

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

JULIANE SCARIOT

A PUNIÇÃO NO SISTEMA MORAL KANTIANO

Caxias do Sul

2013

JULIANE SCARIOT

A PUNIÇÃO NO SISTEMA MORAL KANTIANO

Dissertação de Mestrado Acadêmico em Filosofia
Para a obtenção do título de Mestre em Filosofia
Universidade de Caxias do Sul
Programa de Pós-graduação em Filosofia.

Orientador: Dr. João Carlos Brum Torres

Caxias do Sul

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

S285p Scariot, Juliane
A punição no sistema moral kantiano / Juliane Scariot. – 2013.
119 f. : il. ; 30 cm

Apresenta bibliografia.
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013.
Orientador: Prof. Dr. João Carlos Brum Torres.

1. Direito e Ética. 2. Juízo (Ética) - Punição. 3. Ética. 4. Kant, Immanuel, 1724-1804 – Filósofo. I. Título.

CDU 2.ed.: 340.12

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito e Ética	340.12
2. Juízo (Ética) - Punição	17.022.2
3. Ética	17
4. Kant, Immanuel, 1724-1804 – Filósofo	1KANT

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Ana Guimarães Pereira – CRB 10/1460



UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

“A punição no sistema moral kantiano”

Juliane Scariot

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Filosofia. Linha de Pesquisa: Conceitos Fundamentais de Ética

Caxias do Sul, 30 de abril de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Carlos Brum Torres (orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Jayme Paviani
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Julio Cesar Ramos Esteves
Universidade Estadual do Norte Fluminense

CIDADE UNIVERSITÁRIA

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 - B. Petrópolis - CEP 95070-560 - Caxias do Sul - RS - Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 - CEP 95020-972 - Caxias do Sul - RS - Brasil

Telefone / Telefax (54) 3218 2100 - www.ucs.br

Entidade Mantenedora: Fundação Universidade de Caxias do Sul - CNPJ 88 648 761/0001-03 - CGCTE 029/0089530

Para a elaboração deste trabalho foram fundamentais as críticas dos Professores Dr. Delamar Volpato Dutra e Dr. Alessandro Pinzani, as sugestões do Professor Dr. Jayme Paviani, o material enviado por Vinícius Bergonsi e Antônio Dias da Costa e o incondicional apoio de meus pais.

Meus sinceros agradecimentos a todas as contribuições.

“Existem bons motivos para recear que, neste caminho inexplorado, ocorram deslizes que só mais tarde se tornarão conhecidos”.

Kant (Ak, II, 198).

RESUMO

Este trabalho constitui uma investigação sobre a finalidade que Kant atribui à punição na doutrina dos deveres e, portanto, analisa as questões punitivas relacionadas à doutrina do Direito, à doutrina da Virtude (Ética) e à doutrina dos costumes (Moral), bem como suas relações, afinal a Moral, entendida como um sistema composto por princípios puramente *a priori*, divide-se em Ética e Direito. A mencionada investigação inicia com a apresentação de noções básicas acerca do tratamento dispensado por Kant à pena, de forma a explicitar o que o filósofo entende por justiça punitiva, infração e punição, bem como apresentar alguns casos polêmicos analisados por ele. Na sequência, expõe-se e analisa-se criticamente algumas possíveis interpretações para os escritos kantianos sobre a punição. Assim, fala-se (i) do retribucionismo puro em sua versão tradicional e em duas versões sofisticadas, uma com a aplicação da noção de negação real e outra defendendo a punição como uma espécie de lei definida pela máxima do criminoso; (ii) do retribucionismo parcial decorrente da percepção de duas faces da punição ou da desaprovação moral social que acompanha a pena; (iii) da retribuição moral e do utilitarismo jurídico, que separa as punições moral e jurídica; (iv) da prevenção especial, entendida como neutralização e ressocialização. A partir da constatação dos problemas existentes nas possibilidades interpretativas postas, propõe-se a construção de uma nova interpretação, calcada na diferenciação de Direito, Ética e Moral e nas implicações da última nas doutrinas do Direito e da Virtude. A nova interpretação, ao contrário da tradicional visão puramente retributiva, defende a existência de um âmbito preventivo da punição, o qual pode ser verificado inclusive na obra *A Metafísica dos Costumes*, obra tardia de Kant que constituiria a visão madura do filósofo. Dessa forma, (a) a punição moral possui uma finalidade meramente retributiva, (b) não há uma punição ética, apesar da existência de um processo interno de autoavaliação, e (c) a punição jurídica possui finalidade preventiva e retributiva. A dupla finalidade da pena jurídica decorre de sua justificação moral e de sua necessidade hipotética, como meio para prevenir a ocorrência de crimes. As mencionadas finalidades da punição jurídica são alcançadas em três momentos: (i) quando se considera a sanção jurídica em abstrato que, contida na própria lei penal, intimida a coletividade; (ii) na determinação, pelo juiz, da pena aplicável àquele caso concreto, pois o magistrado deve fixar uma sanção retributiva, mas, nos limites da retribuição, deve escolher uma pena que previna novos crimes; (iii) na execução da pena, visto que essa fase possibilita que o condenado reedueque-se e/ou sirva de exemplo aos demais. Por fim, apresenta-se um subcapítulo com esclarecimentos gerais que corroboram a tese de coerência nos escritos de Kant sobre a punição.

Palavras-chave: Punição. Retribucionismo. Kant. Deveres.

ABSTRACT

This work constitutes an investigation about the purpose that Kant assigns to punishment in doctrine of duties and, therefore, analyzes the punitive questions related with doctrine of the Law, with doctrine of the Virtue (Ethic) and with doctrine of the Morals (Moral), well as their relations, at last the Moral, understood like a system composed of principles purely a priori, divides in Ethics and Law. The mentioned investigation begins with presentation of basic notions about the treatment spent for Kant to penalty, so that to explain what the philosopher understands by punitive justice, wrongdoing and punishment, well as present some polemic cases analyzed by him. In sequence, exposes and analyzes, critically, some possible interpretations to the Kantian writers about the punishment. Thereby, talks (i) about pure retributivism in your traditional version e in two sophisticated version, one with application of the notion of real negation and other defending the punishment like a kind of law defined by the criminal's maxim; (ii) about partial retributivism stems from the perception of two punishment's faces or of the social moral disapprobation that follows the penalty; (iii) about moral retribution and juridical utilitarianism, that separates the punishments moral and juridical; (iv) about special prevention, understood like neutralization and resocialization. As from the verification of problems existents in interpretative possibilities established, proposes a construction of one new interpretation, based on a differentiation of Law, Ethic and Moral and in implications of this last (Moral) in the doctrine of the Law and of the Virtue. A new interpretation, in contrast to the traditional observation purely retributive, defends the existence of a preventive ambit of punishment, whose may be verified even in the book *The Metaphysics of Morals*, one of the latest works of Kant that would constitute the mature vision of this philosopher. That way, (a) the moral punishment have a merely retributive purpose, (b) there isn't an ethical punishment, despite the existence of internal self-evaluation process, and (c) the juridical punishment have preventive and retributive finality. The dual purpose of juridical penalty stems from moral justification and its hypothetical necessity, as means to prevent the criminal occurrences. The mentioned purposes of juridical punishment are reached in three moments: (i) when considering the juridical sanction in the abstract that, contained in the criminal law itself intimidates the collectivity; (ii) in the determination, from the judge, of the penalty applicable to that particular case, because the magistrate must sets a retributive sanction, but, within the limits of retribution, must choose a penalty that prevents new crimes; (iii) in the execution of the penalty, since this phase allows that the condemned reeducate themselves and/or serve as an example to others. Finally, presents a subchapter with general clarifications that support the thesis of coherence in Kant writings about punishment.

Keywords: Punishment. Retributivism. Kant. Duties.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PROLEGÔMENOS DA <i>TEORIA</i> KANTIANA DA PENA.....	15
2.1 JUSTIÇA PUNITIVA.....	15
2.2 INFRAÇÃO.....	25
2.3 PUNIÇÃO.....	32
2.4 CASUÍSTICA.....	41
3 INTERPRETAÇÕES DOS ESCRITOS DE KANT SOBRE A PUNIÇÃO.....	47
3.1 RETRIBUCIONISMO PURO.....	48
3.1.1 A versão tradicional.....	49
3.1.2 Aplicando as ciências exatas à filosofia moral.....	52
3.1.3 A punição como lei definida pela máxima do criminoso.....	56
3.2 RETRIBUCIONISMO PARCIAL.....	60
3.2.1 Ameaça e retribuição: as duas faces da punição.....	60
3.2.2 A punição vista como desaprovação moral social.....	65
3.3 RETRIBUIÇÃO MORAL E UTILITARISMO JURÍDICO.....	69
3.4 NEUTRALIZAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO.....	73
4 O SISTEMA PUNITIVO KANTIANO.....	79
4.1 A PUNIÇÃO NO DIREITO E NA ÉTICA.....	79
4.2 A PUNIÇÃO NO ÂMBITO MORAL.....	87
4.3 UMA ÚLTIMA DEFESA.....	94
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	115

1 INTRODUÇÃO

No início da obra *A ideia de justiça*, Amartya Sen afirma que o que nos move é a compreensão “de que a nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar” (SEN, 2011, p. 9). Essa ideia, que permeia todo o referido livro de Sen, pode ser considerada o ponto de partida deste trabalho. Explica-se: Immanuel Kant, apesar de ter escrito pouco sobre direito penal, é citado unissonamente, segundo a literatura jurídico-criminal que se conhece, como o principal autor a defender o retribucionismo; Kant consideraria absoluta a necessidade de pena jurídica, sequer permitindo que indivíduos condenados à morte em uma sociedade prestes a dissolver-se consensualmente pudessem escapar da execução. Apesar dessa posição juridicamente consolidada, ao ler alguns trechos de *A Metafísica dos Costumes* percebe-se que a defesa da pura retribuição não é compatível com o exposto por Kant. E mais, ao ler as anotações dos ouvintes das aulas de Kant, editadas pela Academia no volume XXVII das *Obras Completas*, resta explícito que o filósofo vislumbra uma finalidade preventiva na punição.

Diante de tamanha incoerência entre o escrito e a interpretação proposta, inevitavelmente se considerará Kant vítima de uma injustiça, pois (i) se disse que o filósofo defendeu um sistema *x*, que ele não defendeu (pelo menos não nos moldes que tradicionalmente se apresenta), (ii) se critica o sistema *x*, supostamente elaborado por Kant, mas o sistema sequer pertence a ele, (iii) se critica as ideias jurídico-criminais do filósofo a partir da concepção contemporânea de punição e sem considerar o contexto no qual foram defendidas, e (iv) não se conhece integralmente a concepção kantiana de punição, apesar de Kant ter falecido há mais de duzentos anos. Assim, visando *remediar uma injustiça*, surgiu o problema de pesquisa, consubstancializado na questão “Qual é a finalidade da punição no sistema moral kantiano?”.

Em busca de possíveis respostas à referida questão, encontrou-se, na filosofia estrangeira, algumas possibilidades interessantes, argumentando que Kant: (a) não possui uma *teoria* da pena, mas apenas alguns escritos esparsos (Murphy); (b) possui uma *teoria* da pena retributiva, baseada na negação real, pois o crime exige que se imponha uma pena quantitativamente igual e assim produzir um nada relativo, restaurar o *status quo ante* (Johnson); (c) possui uma *teoria* da pena retributiva, na qual a punição é a aplicação, ao criminoso, da máxima que seu crime define (Fleischacker); (d) defende um retribucionismo parcial, pois a sanção penal possui duas faces, uma preventiva, contida na lei penal em abstrato, e outra retributiva, que se manifesta apenas na execução da pena (Byrd); (e) defende

um retribucionismo moderado, pois há uma lei em abstrato que ameaça a coletividade, mas essa ameaça somente é levada à sério quando se sabe que será executada e sua execução dá-se retributivamente e expressando a desaprovação moral da comunidade (Hill Jr.); (f) aplica a retribuição no âmbito da moral e é utilitarista (pensa na prevenção) quando o assunto é punição jurídica (Brooks); (g) defende a neutralização do transgressor e sua ressocialização pelo caminho mais curto (Merle).

Essas diferentes possibilidades interpretativas foram analisadas e agrupadas com a finalidade de comporem as hipóteses deste trabalho. Dessa forma, (a) foi provisoriamente abandonada; (b) e (c), juntamente com a visão retributiva tradicional, formaram a hipótese de retribuição pura; (d) e (e) representam o retribucionismo parcial; (f) considera a hipótese de existência de um retribucionismo moral e de um utilitarismo jurídico; (g) defende a hipótese de prevenção pura, a partir da neutralização e da ressocialização. Essas hipóteses foram complementadas por uma quinta, enunciada da seguinte forma: “Kant concebeu um sistema punitivo altamente complexo, com diferentes instâncias punitivas e cujas finalidades ainda não foram corretamente explicitadas”, uma verdadeira incógnita.

A insatisfação frente às interpretações analisadas e a ignorância inicial acerca de qual seria a finalidade atribuída por Kant à punição culminaram não apenas na criação de uma hipótese *aberta*, mas no objetivo principal, qual seja, interpretar as aparentemente contraditórias ideias kantianas sobre a finalidade da punição. Secundariamente este trabalho objetivou analisar as diferentes interpretações dadas aos escritos kantianos relacionados ao castigo, bem como a compatibilidade de cada uma com os textos de Kant, explicitar a *teoria* da pena arquitetada por Kant, examinar a relação existente entre as diferentes instâncias punitivas e discutir a afirmação de que “a lei penal é um imperativo categórico” (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 331).

Para atingir os referidos objetivos empregou-se a especulação crítica, ou seja, o método próprio da Filosofia que é caracterizada como um conhecimento independente das Ciências. Ademais, o método foi complementado pelo modo básico de conhecer hermenêutico, fundamental para a análise e interpretação do material bibliográfico utilizado. Aliás, no que tange ao material bibliográfico, convém tecer alguns comentários acerca das obras de Kant. Este trabalho baseou-se principalmente em *A Metafísica dos Costumes*, obra tardia que representaria uma visão madura de Kant, e tentou-se demonstrar que mesmo nesse texto há trechos incompatíveis com o retribucionismo puro. Elementos preventivos da pena foram identificados também em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*.

O reconhecimento expresso, inequívoco e relativamente detalhado da finalidade preventiva da punição somente é encontrado em textos de autoria mediata de Kant, ou seja, nas anotações de aula, nos manuscritos dos ouvintes de Kant. Dentre esses textos estão *Moralphilosophie Collins*, *Moral Mrongovius*, *Praktische Philosophie Powalski*, *Naturrecht Feyerabend* e *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, todos integrantes do volume XXVII das *Obras Completas* editadas pela Academia e importantes na medida em que trazem maiores explicações e exemplificações, como é próprio de uma aula, e contribuem para demonstrar a unicidade do pensamento de Kant no tocante à punição. É fundamental que se tenha em mente a situação peculiar destes escritos, pois no decorrer do trabalho eles serão citados como pertencentes à Kant, sem maiores advertências, em que pese a autoria mediata.

Após essas observações de cunho geral, cabe fazer alguns esclarecimentos quanto ao conteúdo desse trabalho. Assim, importante frisar a defesa da existência de um *sistema* punitivo kantiano, visto o filósofo analisar a possibilidade e a finalidade da punição no campo do Direito, da Ética e da Moral, as quais estão relacionadas, afinal Direito e Ética são divisões da Moral. Ainda, Kant examina a punição teológica, imposta em razão da violação dos deveres para com Deus, os quais somente são conhecidos mediante a religião. Dessa forma, ao considerar os diferentes âmbitos nos quais Kant fala da punição, é possível concluir que há um conjunto de ideias racionalmente estruturadas e interligadas, isto é, um *sistema* – no sentido ordinário da palavra.

É fundamental perceber que neste trabalho emprega-se a palavra ‘sistema’ em duas acepções. A primeira, como acima mencionado, para defender a existência de um *sistema* punitivo, no sentido comumente atribuído a ‘sistema’ e, por essa razão, a palavra encontra-se grafada em itálico. Já a segunda acepção de ‘sistema’ é grafada normalmente, sem nenhum destaque, pois representa a forma como Kant emprega o termo. É neste segundo sentido que se fala de um sistema da metafísica dos costumes, da doutrina dos deveres ou moral – como é empregado no título desta dissertação. Para Kant um sistema caracteriza-se pela completude e pela continuidade (KANT, 2011, p. 26 – Ak, VI, 218 – nota) e, no caso da metafísica dos costumes, pelos conhecimentos *a priori*. Nesse sentido, *a punição no sistema moral kantiano*, título do presente trabalho, indica que a análise da punição estará centrada na Moral (doutrina dos deveres) e nas divisões desta, quais sejam, Direito e Ética (doutrina da Virtude).

Ainda no tocante ao conteúdo, é importante examinar a forma de estruturação da dissertação, a qual visa propiciar ao leitor pensar sobre a problemática exposta e não apenas concordar ou discordar da posição interpretativa aqui defendida. Assim, o primeiro capítulo (item 2 da dissertação) apresenta os principais trechos nos quais Kant aborda questões

punitivas, sem, no entanto, estabelecer interpretações conclusivas; seu objetivo é situar o leitor e fazê-lo perceber que há aparentes incoerências nos escritos de Kant e que os mesmos não são plenamente compatíveis com a defesa do retribucionismo puro. Aqui convém interromper a exposição da estruturação do trabalho para esclarecer o que é o retribucionismo.

Quando se fala em punição jurídico-penal há quem defenda a existência dessa sanção, os justificacionistas, e há quem negue qualquer legitimidade a ela, os abolicionistas. O grupo dos justificacionistas, por sua vez, divide-se em duas grandes vertentes: os prevenicionistas e os retribucionistas. Estes, grupo no qual Kant tradicionalmente foi incluído, defende que a punição deve ser aplicada em virtude do cometimento do crime, independentemente de qualquer resultado que se siga da punição; os prevenicionistas defendem que a pena deve ser aplicada para prevenir a ocorrência de crimes, seja intimidando a coletividade (prevenção geral negativa), confirmando a vigência da norma violada (prevenção geral positiva), neutralizando ou eliminando o transgressor (prevenção especial negativa) ou, ainda, mediante a reeducação do desviante (prevenção especial positiva). Todas essas justificações para a sanção criminal são estudadas sob o título ‘teorias da pena’, entretanto utilizam indevidamente o termo ‘teoria’, pois uma *teoria* da pena é formulada ou criticada com referência a valores, sem representar respostas científicas verificáveis empiricamente. Por essa razão o vocábulo ‘teoria’, da expressão *teoria* da pena, será grafado de forma diferenciada.

Após essa breve explanação acerca das *teorias* da pena, resta claro que o capítulo intitulado *Prolegômenos da teoria kantiana da pena* menciona também passagens nas quais Kant não defende que a punição jurídica seja aplicada independentemente de qualquer resultado que se siga de sua aplicação (caso do exemplo da tábua de salvação e do elevado número de cúmplices que ameaça a dissolução do estado). No capítulo seguinte expõe-se as interpretações já propostas aos escritos punitivos de Kant, conforme as primeiras quatro hipóteses retromencionadas. A cada interpretação proposta segue-se uma análise crítica demonstrando as incoerências da interpretação em questão quando cotejada com as afirmações de Kant.

Na sequência apresenta-se uma nova proposta interpretativa dos escritos de Kant sobre a punição, a qual está calcada na diferenciação das punições jurídica e moral. A análise evidencia que para o filósofo não é possível uma autopunição no âmbito ético, enquanto na seara do direito há uma punição necessária hipoteticamente, como meio para prevenir crimes, cuja finalidade é preventiva e retributiva, visto que a sanção jurídica somente pode ser aplicada após o cometimento de um crime, ou seja, exige uma justificação moral. Há ainda a

punição moral, vinculada a uma ideia da razão prática, qual seja, que toda transgressão merece punição; sua necessidade é categórica e sua finalidade é puramente retributiva, sendo aplicada por um Ser onisciente. Convém lembrar que a punição moral não pode ser confundida com a punição teológica, decorrente da violação de um dever para com Deus, conhecido somente mediante a religião.

Por fim, convém situar o leitor acerca do contexto no qual Kant escreveu suas passagens sobre punição. A primeira advertência diz respeito aos tipos de pena aplicados durante o século XVIII. Como o próprio filósofo exemplifica, havia penas de esquarteramento, despedaçamento por cães, corte do nariz (KANT, 2011, p. 414 – Ak, VI, 463), castração e expulsão da sociedade civil (KANT, 2011, p. 257 – Ak, VI, 363); a execução de tais penas era pública, como se depreende da afirmação kantiana acerca das punições que “fazem o **espectador** corar de vergonha” (KANT, 2011, p. 415 – Ak, VI, 463) (**grifo nosso**). Nota-se que as penas aplicadas na época de Kant assemelham-se aos suplícios descritos por Foucault na primeira parte de seu livro *Vigiar e Punir* (2010), isto é, punia-se o corpo do condenado em um espetáculo público.

Quanto à prisão, importante lembrar que, apesar de sua existência, sua finalidade não era a mesma que nos tempos atuais: servia como meio de manter os condenados aguardando a execução de sua punição, era uma prisão-custódia. Nas palavras de Luís Francisco Carvalho Filho (2002, p. 21), “o encarceramento era um meio, não era o fim da punição”. As poucas casas de correção que existiam, conforme Liszt, destinavam-se a mendigos, prostitutas e outros indivíduos cuja forma de ser desagradava à sociedade da época. Assim, as casas de correção constituíam estabelecimentos de educação forçada (LISZT, 2003, p. 385). Em síntese, Kant não conheceu a prisão-pena como substituta da pena corporal, ou seja, o filósofo não acompanhou a mudança do objeto da punição que passou do corpo para a alma.

A partir desse cenário punitivo percebe-se como os escritos de Kant sobre a punição representam uma evolução criminal para a época, afinal o filósofo defende uma sanção jurídica proporcional à transgressão, insurge-se contra os suplícios e as torturas e estimula a prevenção de delitos sem forçar a uma reeducação do condenado. Mesmo a intimidação social provocada pela sanção penal em abstrato, a coação psicológica de que fala Feuerbach (1999, p. 58-61), respeita o fato de cada pessoa ser um fim em si mesmo, pois dirige-se à coletividade e não a um indivíduo específico. Tendo em mente tal contexto pode-se passar à análise pormenorizada dos escritos de Kant sobre a punição.

2 PROLEGÔMENOS DA *TEORIA KANTIANA DA PENA*

Encontrar um ponto inicial para a exploração dos escritos de Immanuel Kant sobre a punição é uma tarefa no mínimo difícil, afinal exige que um todo seja (re)construído a partir de partes esparsas. Importante esclarecer que se fala em (re)construção, pois Kant não escreveu uma obra específica sobre a temática, tampouco apresentou de forma clara e inequívoca a finalidade da punição no sistema da metafísica dos costumes. Dessa forma, cada excerto no qual o filósofo refere-se à punição deve ser entendido como uma peça de “um grande quebra-cabeça” (HILL JR., 2000, p. 174), cuja montagem é o desafio deste trabalho e cujo início ocorrerá a partir da explicitação de conceitos básicos e da análise de casos mencionados pelo próprio Kant.

2.1 JUSTIÇA PUNITIVA

A justiça punitiva é um conceito jurídico pertencente à metafísica dos costumes, entretanto essa afirmação requer uma explicação do que seja a *metafísica dos costumes*. Segundo Kant, “um sistema de conhecimentos *a priori* mediante meros conceitos se denomina metafísica” (KANT, 2011, p. 23 – Ak, VI, 216) e o termo *costumes* (*sitten* em alemão ou *mores* em latim) designa ordinariamente “somente maneiras e forma de vida” (KANT, 2011, p. 23 – Ak, VI, 216), em que pese os preceitos da moralidade não serem extraídos da observação do comportamento dos homens. Assim, a palavra *costumes* refere-se a preceitos cujas ordens valem para todos os seres racionais possuidores de liberdade e razão prática, independentemente de suas inclinações. Destarte, a expressão *metafísica dos costumes* designa um sistema que pretende expor conceitos relacionados a leis morais, não derivados da experiência e válidos universalmente.

O referido sistema é dividido em *princípios metafísicos da doutrina do direito* e *princípios metafísicos da doutrina da virtude*, cujo resultado é o binômio direito-ética. Apesar de a metafísica dos costumes ser um sistema íntegro, a diferenciação de direito e ética e a explicação de cada um desses elementos possui maior destaque, ou seja, não há a preocupação de caracterizar minuciosamente a metafísica dos costumes. Essa afirmação é ratificada quando se observa que a obra *A Metafísica dos Costumes* possui duas grandes partes: a primeira referente ao direito e a segunda, à ética; já a explicitação dos elementos comuns restringe-se a um trecho da introdução, no qual há a apresentação de conceitos aplicáveis às duas partes. Aparentemente Kant presume que a partir de cada uma das partes da metafísica

dos costumes (direito e ética) pode-se conhecer o todo, assim não seriam necessárias maiores caracterizações deste.

Ressalta-se que a exposição desse sistema *a priori* não impede a apresentação de casos particulares retirados da experiência, como resta evidente em ambas as partes do livro mencionado. O próprio filósofo alerta:

teremos frequentemente que tomar como objecto a *natureza* peculiar do homem, cognoscível somente mediante a experiência, para mostrar nela a consequência de princípios morais universais, sem, todavia, afectar com isso a pureza dos últimos nem pôr em dúvida a sua origem *a priori* (KANT, 2011, p. 24 – Ak, VI, 217).

Na passagem acima Kant destaca a importância da experiência como meio para o conhecimento da *natureza peculiar do homem* e aproveita para lembrar que os princípios morais não derivam da experiência, apenas se aplicam a ela. O leitor de *A Metafísica dos Costumes* não pode esquecer-se dessa informação, pois, ao contrário do que o título sugere, esta obra não trata somente de um sistema moral *a priori*, cuja validade é universal; tem-se também elementos empíricos, aos quais se aplicam os referidos princípios morais. Inclusive o filósofo afirma que elementos derivados do sistema *a priori* constituem *o texto* e os elementos empíricos *serão objeto de anotações por vezes extensas* (KANT, 2011, p. 6 – Ak, VI, 205-206). Essa afirmação pode ser tomada figurativamente ou, considerando a existência de trechos nominados *Anotação*,¹ literalmente.

Ainda quanto à metafísica dos costumes, Kant expressamente atribui a ela *status* de sistema, como se observa, por exemplo, em Ak, VI, 205, 216 e 218 - nota de rodapé. Já as partes que a compõem – *princípios metafísicos da doutrina do Direito* e *princípios metafísicos da doutrina da Virtude* – apesar de aproximarem-se de um sistema próprio, não o alcançam, pois levam em consideração “os casos a que se aplica[m]” (KANT, 2011, p. 6 – Ak, VI, 205). A consideração desses casos empíricos nas duas partes de *A Metafísica dos Costumes*, congregado ao fato de a metafísica dos costumes propriamente dita restringir-se à parte introdutória do mencionado livro, reforça a advertência acerca do conteúdo da mencionada obra não ser apenas composto por princípios *a priori*.

Como indica o já exposto conceito de metafísica dos costumes, esta se relaciona à moral, a qual, por sua vez, diz respeito a deveres. Assim, falar da doutrina dos costumes é falar da doutrina dos deveres (KANT, 2011, p. 281 – Ak, VI, 379), mas se deve fazer uma pequena ressalva: em obras como *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e *Crítica da Razão Prática* Kant empregava os termos *moral* e *ética* de forma diversa daquela empregada

¹ A título exemplificativo veja-se as *Anotações* iniciadas em Ak, VI, 318, 384, 407, 409, 411, 431, 461, 463, 467, 480 e 488.

em *A Metafísica dos Costumes*. Naquelas obras a ação moral era identificada somente como aquela praticada *por dever* e a ética era conceituada como a ciência das leis da liberdade e a teoria dos costumes (KANT, 2011fmc, p. 13 – Ak, IV, 387). Em *A Metafísica dos Costumes* essa nomenclatura muda: *moral* passa a designar a doutrina geral dos deveres, enquanto *ética* refere-se apenas a uma parte dessa doutrina, a doutrina da virtude.²

Quanto à diferenciação de direito e ética, Kant inicia frisando as distintas molas propulsoras³ que envolvem cada tipo de legislação. Primeiramente cabe esclarecer que a legislação é composta (i) pela representação de uma ação objetivamente necessária, representação essa chamada *lei*, e (ii) pela mola propulsora “que liga subjectivamente com a representação da lei o fundamento de determinação do arbítrio para a realização dessa acção” (KANT, 2011, p. 26 – Ak, VI, 218). Assim, na legislação ética assume-se que, quando respeitada, a mola propulsora é o dever, enquanto na legislação jurídica, em virtude de não se pressupor que tal mola propulsora integre a lei, admite-se molas propulsoras diferentes do dever (KANT, 2011, p. 27 – Ak, VI, 219). Na hipótese de ter-se em mente que as ações podem ser praticadas *conforme ao dever* ou *por dever*, como exposto na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (KANT, 2011fmc, p. 27 e ss – Ak, IV, 397 e ss), o âmbito ético

² Expressamente Kant afirma: “**Ética** significava nos tempos antigos doutrina dos costumes (*philosophia moralis*) em geral, a qual também era chamada doutrina dos deveres. Mais tarde, considerou-se adequado aplicar este nome só a uma parte da doutrina dos deveres, a saber, à doutrina dos deveres que não estão submetidos a leis externas (para o que se julgou adequada na Alemanha a designação doutrina da virtude): de modo que agora o sistema da doutrina geral dos deveres divide-se no sistema da doutrina do Direito (*ius*), que trata de leis externas, e no sistema da doutrina da virtude (*ethica*), que não diz respeito a tais leis; podemos, pois, atermo-nos a uma tal definição” (KANT, 2011, p. 281-282 – Ak, VI, 379).

Nessa passagem Kant denomina a doutrina dos costumes de *philosophia moralis*, entretanto em Ak, VI, 239 (KANT, 2011, p. 59) já havia deixado claro que a doutrina dos costumes é a moral. Aliás, essa conclusão também é confirmada mediante a verificação do título da tabela apresentada em Ak, VI, 242 (KANT, 2011, p. 63). Assim se pode concluir que na obra *A Metafísica dos Costumes* Kant toma como sinônimos os termos “moral”, “*philosophia moralis*” e “doutrina dos costumes”.

Quanto à concepção diferenciada de moral, Valerio Rohden lembra que “na época tardia da *Aufklärung* (Esclarecimento/Iluminismo), o termo latino *mores* foi refletido filosoficamente e passou a dizer respeito à ideia e aos princípios de uma possível vontade pura (Introdução à edição brasileira da *Crítica da Razão Prática* – KANT, 2003, p. XI, nota 5). Considerando essa acepção do termo *moral*, Rohden propõe que *Metaphysik der Sitten* seja traduzido por *Metafísica da Moral*. Por fim, ainda nesse sentido, Guido Antonio Almeida lembra que “o complemento *der Sitten* (*dos costumes*) pode ser tomado como equivalente ao adjetivo *sittlich* (*moralis*, moral). A *Metafísica dos Costumes* é, por conseguinte, a *Metafísica Moral*, ou *da Moral*” (Notas do Tradutor – KANT, 2009, p. 88).

³ A explicação que segue no texto principal pode ser encontrada em Ak, VI, 218, entretanto uma ressalva deve ser feita. O termo *mola propulsora* representa a tradução do termo alemão *Triebfeder*, cujo sentido é controverso. Como alerta Valerio Rohden, “a fonte da controvérsia sobre a tradução desse termo reside em que Kant, inicialmente na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, distinguiu entre *Triebfeder* (literalmente ‘mola propulsora’), como um ‘fundamento subjetivo de apetência’ e *Bewegungsgrund* (literalmente ‘razão movente’), como um ‘fundamento objetivo do querer’, merecendo apenas este o nome de ‘motivo’.” (Notas complementares à *Crítica da Razão Prática* – KANT, 2003, p. 583). Assim, apesar de José Lamego e Artur Morão, em suas respectivas traduções de *A Metafísica dos Costumes*, traduzirem *Triebfeder* como *móbil*, aqui se empregará o termo *mola propulsora*, visando maior fidelidade ao texto de Kant. Também para manter a fidelidade ao texto de *A Metafísica dos Costumes*, não se mencionará possíveis divisões de *Triebfeder*.

exige ações praticadas *por dever*, enquanto para a seara jurídica bastam ações praticadas *conforme ao dever*.

Praticar algo *por dever* significa agir em virtude de uma máxima com conteúdo moral, em obediência à lei, indiferente às reações e disposições sensíveis que não sejam o puro respeito à lei moral. Conforme o filósofo, “exactamente aí é que começa o valor do caráter, que é moralmente sem qualquer comparação o mais alto, e que consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever” (KANT, 2011fmc, p. 29 – Ak, IV, 399). Há valorização e exaltação das ações por dever, já que exigem a adesão íntima às próprias leis e, portanto, há respeito a uma legislação internalizada. Já uma ação *conforme ao dever* apenas se amolda à lei, sem necessidade de adesão interna. Nesse sentido, não interessam as inclinações que determinam o agir, mas apenas sua conformidade.

As disposições de ânimo não poderiam ser exigidas juridicamente, visto sua natureza interna impedir seu reconhecimento (KANT, 2009, p. 74 – Ak, XXVII.1, 273). Assim, o direito somente pode exigir ações ou abstenções, não intenções, ou seja, as molas propulsoras não integram e tampouco podem integrar a lei jurídica. *Contrario sensu*, caso o direito exigisse também uma mola propulsora específica teria que existir um meio hábil para verificar se cada cidadão está a adotando, o que se mostra inviável.⁴ Notadamente isso não significa que as intenções são juridicamente irrelevantes, afinal, após o cometimento de um delito, a análise das intenções do agente é fundamental para a determinação do tipo penal, bem como da pena que deve incidir. Quando se afirma que o direito não exige intenções, está-se a dizer que *para o cumprimento do dever jurídico* não é necessária uma disposição especial, uma mola propulsora específica; na hipótese de uma ação contrária ao dever jurídico, *no descumprimento do dever jurídico*, a intenção torna-se relevante.

Ao seguir a distinção entre direito e ética, pode-se tomar em consideração a liberdade e afirmar que o direito liga-se à liberdade exterior, à relação do sujeito com os outros, enquanto a ética vincula-se à liberdade interna, à relação do sujeito consigo mesmo. Essa última modalidade de liberdade exige que o indivíduo seja autolegisador e reprima seus afetos (KANT, 2011, p. 326 – Ak, VI, 407). Além disso, o direito vincula-se ao aspecto formal da liberdade exterior, isto é, com “a concordância [da liberdade externa] consigo própria quando a sua máxima se convertesse em lei universal” (KANT, 2011, p. 284 – Ak, VI, 380), com a possibilidade de coexistência da liberdade externa de todos os cidadãos. A ética,

⁴ Como posteriormente se analisará, sequer o próprio sujeito pode explicitar inequivocamente quais são suas verdadeiras molas propulsoras.

por sua vez, produz uma matéria da liberdade, uma finalidade que é dever dos seres humanos possuir e cuja necessidade mostra-se objetiva pela razão pura.

No que tange à coerção, o dever de virtude caracteriza-se pelo autoconstrangimento e o dever de direito, pelo constrangimento externo, de forma que a imposição do último pode ocorrer mediante emprego da força. Sublinha-se que o dever jurídico pode ser imposto pois requer apenas ações, que envolvem uma obrigação estrita; em contrapartida a ética propõe máximas das ações, cujo dever envolve uma obrigação ampla, afinal deixa uma margem ao não determinar inequivocamente a ação a ser executada pelo agente.⁵ No campo da virtude o conceito de dever influencia os fins e as máximas que o agente estipula para si próprio, isto é, não se procede de igual maneira à seara jurídica, na qual há um dever claro e o fim pode ser estabelecido pelo sujeito. Esse fim, no dever jurídico, pode ser tanto algo moral quanto o medo da reação da autoridade.

Como já referido, os deveres jurídicos não exigem que a mola propulsora⁶ seja o dever e, dessa forma, *podem* ser somente normativamente externos, sem a necessidade que uma mola propulsora vincule-se à lei. De outro lado, a legislação ética *não pode* ser normativamente externa, porque inclui no interior de sua lei a mola propulsora; assim, todo dever em geral pode ser ético, mesmo que indiretamente. Dessa forma, a doutrina do direito e a doutrina da virtude não se distinguem pelos deveres, mas pelos tipos de obrigação. Exemplo disso é a situação na qual um sujeito realiza um empréstimo e tem o dever de pagá-lo, ou seja, tem uma obrigação jurídica que também pode ser considerada ética; essa obrigação pode ser realizada tanto por medo das consequências jurídicas do inadimplemento, como pelo fato do indivíduo reconhecer que é correto, e mais precisamente, honesto, quitar os empréstimos tomados.⁷

Ao buscar o princípio supremo da metafísica dos costumes encontrar-se-á o imperativo categórico, cuja enunciação é “age segundo uma máxima que possa valer simultaneamente como lei universal” (KANT, 2011, p. 35 – Ak, VI, 225) e cuja orientação serve ao âmbito do direito e da ética. Neste último âmbito o imperativo deve ser pensado como uma lei da própria vontade, a qual, reformulada, ordenaria: “age de acordo com uma máxima dos fins tal que assumi-los possa ser para cada um uma lei universal” (KANT, 2011,

⁵ As expressões *obrigações amplas/latas* e *obrigações estritas* são empregadas pelo próprio Kant (2011, p. 298-301 – Ak, VI, 390-391). No original: “Die ethischen Pflichten sind von weiter, dagegen die Rechtspflichten von enger Verbindlichkeit.”

⁶ Verificar a nota 3, sobre a tradução do termo *Triebfeder*.

⁷ Como anteriormente destacado, na hipótese de uma ação contrária ao dever jurídico as intenções do agente passam a ser relevantes. Na situação proposta, o inadimplemento do empréstimo será tratado juridicamente de uma forma se ocasionado por força maior e de outra se decorrente de uma ação livre do agente.

p. 307 – Ak, VI, 395), ou simplesmente “age em conformidade ao dever por dever” (KANT, 2011, p. 300 – Ak, VI, 391). Ao considerar que o princípio da doutrina da virtude relaciona-se ao conceito de liberdade externa, mas o ultrapassa, percebe-se que o mesmo é sintético (KANT, 2011, p. 308 – Ak, VI, 396). Os elementos para além da liberdade exterior são (i)a liberdade interior, compreendida como capacidade da razão prática autoconstranger o sujeito, e (ii)a virtude como próprio fim.

No âmbito da lei universal do direito há o seguinte mandamento: “age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal” (KANT, 2011, p. 44 – Ak, VI, 231). Nota-se que esta proposição está contida no conceito de liberdade e, como Kant lembra, “o fim a que cada um se propõe pode ser o que cada um quiser” (KANT, 2011, p. 308 – Ak, VI, 396), isto é, o cumprimento do dever jurídico deixa o agente livre para escolher seus fins. Para o filósofo a lei universal do direito é um princípio analítico, pois a coerção externa é um impedimento àquilo que obstaculiza a liberdade segundo leis universais, ou seja, a compreensão da lei universal do direito não exige nada além do conceito de liberdade externa (KANT, 2011, p. 308 – Ak, VI, 396).

Implicitamente Kant considera que a liberdade é uma limitação recíproca dos arbítrios, isto é, ela exige “que cada um possa perseguir seus fins, sem que seja privado de tal possibilidade ou prive os outros de fazerem o mesmo” (NOUR, 2004, p. 96). Dessa forma, o conceito de liberdade externa traz consigo a necessidade de impedir o uso indevido da liberdade, aquele uso que impede a liberdade segundo leis universais; essa limitação culmina na promoção da liberdade segundo leis universais. Em síntese, é possível compreender o porquê de Kant considerar analítica a lei universal do direito: o conceito de liberdade externa carrega consigo a necessidade de limitação, pois as ações humanas geram influência sobre os outros indivíduos, de forma que a liberdade externa exige a criação de obstáculos àqueles usos da liberdade que impedem à liberdade segundo leis universais.

A lei universal do direito fornece uma regra para a faculdade de escolher (arbítrio), consubstancializa-se em um princípio de execução e vincula-se ao princípio universal do direito. Aliás, esse princípio que dá uma regra para a faculdade de julgar pode ser entendido como um princípio de avaliação (ALMEIDA, 2006, p. 210) e é enunciado por Kant da seguinte forma: “uma ação é conforme ao direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal.” (KANT, 2011, p. 43 – Ak, VI, 230). Importante notar que em uma situação na qual o agente pode escolher entre observar a lei universal do direito ou violá-la e

cumprir um dever imperfeito (somente ordenado pela lei da virtude), deverá observar aquela, pois “a primeira condição de todo dever ético é que a obrigação jurídica seja satisfeita previamente” (KANT, 2009, p. 89 – Ak, XXVII.1, 282).

Ao verificar os *conceitos preliminares da Metafísica dos Costumes* observa-se que para Kant aquilo que é conforme ao direito, isto é, “o que é correcto segundo leis externas” (KANT, 2011, p. 34 – Ak, VI, 224), é justo. Já a ação injusta, a partir do princípio universal do direito, pode ser caracterizada como aquela que viola a liberdade (de acordo com a lei universal) de outro indivíduo. Dessa forma, cabe ao direito criar um óbice externo às referidas violações da liberdade. Para agregar tal obstáculo, Kant oferece outra definição de direito: “o direito estrito pode também ser representado como a possibilidade de uma coerção recíproca universal em consonância com a liberdade de cada um segundo leis universais” (KANT, 2011, p. 45 – Ak, VI, 232). Se um direito alheio a qualquer elemento ético,⁸ apenas com exigências externas, é representado pela coerção recíproca, pode-se concluir que “direito e faculdade de coagir significam, pois, uma e mesma coisa” (KANT, 2011, p. 46 – Ak, VI, 232).

Kant prossegue sua explicação:

A lei de uma coerção recíproca que está necessariamente de acordo com a liberdade de cada um sob o princípio da liberdade universal é, de certo modo, a construção daquele conceito, quer dizer, algo como a sua representação na pura intuição *a priori*, por analogia com a possibilidade dos movimentos livres dos corpos sob a lei da simetria de acção e reacção (KANT, 2011, p. 46 – Ak, VI, 232).

A comparação da coerção recíproca com a lei da ação e reação remete ao retribucionismo punitivo, pois *a priori* já se concebe que a transgressão deve acarretar punição e a punição jurídica nada mais é que uma reação legalmente estipulada para uma ação criminosa. *Contrario sensu*, ao inexistir punição não há como assegurar a não interferência injusta na liberdade, ou seja, não há como garantir o gozo de direitos, logo, tolhe-se a possibilidade de uma sociedade civil.

Após essa longa digressão pode-se compreender as razões da justiça punitiva ser um conceito pertencente à metafísica dos costumes, afinal é concebida *a priori*, uma ideia encontrada na razão e válida independentemente de qualquer existência fática. Além disso, segundo Kant há um argumento moral para a mencionada modalidade de justiça, porque a punição é um ato concebido *a priori* como consectário necessário da violação de um dever jurídico e não um ato concebido *a posteriori* como meio eficaz na erradicação do crime; como o filósofo diz, está-se a falar do justo e não do útil (KANT, 2011, p. 257 – Ak, VI, 363).

⁸ Novamente é fundamental lembrar a diferenciação de *ética* e *moral* que Kant efetua em *A Metafísica dos Costumes*, pois ao desvincular o direito da ética não se está a desvincula-lo da moral.

A partir disso, pode-se examinar a origem do poder que o Estado possui para punir os cidadãos, isto é, do *jus puniendi*. Kant aborda o direito de punir juntamente com a defesa da pena de morte e uma sarcástica crítica a Cesare Beccaria, um jusfilósofo italiano reconhecido pela militância em prol da humanização das sanções criminais. Beccaria, em seu livro nominado *Dos delitos e das penas*, rechaça a possibilidade da pena capital ser coerente com o contrato social. Essa conclusão deriva do seguinte argumento: o fundamento do direito de punir está no conjunto das pequenas porções de liberdade que cada homem cedeu ao Estado visando à sua segurança, entretanto essa pequena porção não inclui o direito de tirar a vida do indivíduo.

Assim, Beccaria indaga: “Mas quem já pensou em dar a outros homens o *direito* de tirar-lhe à vida? [...] Se assim fosse, como conciliar esse princípio com a máxima que proíbe o suicídio? Ou o homem tem o direito de se matar, ou não pode ceder esse direito a outrem, nem à sociedade inteira” (BECCARIA, 2003, p. 50). Conforme o jurista, no momento do pacto o indivíduo somente poderia transferir à sociedade direitos que lhe pertencem, os quais não incluem o suicídio, logo, a sociedade não teria o direito de matar qualquer de seus cidadãos. Para Beccaria, no momento do pacto há a alienação de uma parcela mínima da liberdade do indivíduo, a qual não retornará a ele no momento pós pacto.

A argumentação de Beccaria induz o leitor a pensar que a pena de morte jamais será admitida em uma sociedade normal, isto é, sem guerra ou conflitos internos. Afinal, ninguém cederá o direito de matar sua pessoa, seja porque tal direito não lhe pertence ou porque é precioso demais. Contudo, paradoxalmente, o autor italiano admite a necessidade de tirar a vida de um cidadão se este for “o único freio capaz de impedir novos crimes” (BECCARIA, 2003, p. 50); não explica qual seria a origem desse direito estatal, apenas segue com os argumentos contrários às penas atrozes, bem como a execução pública destas. Nesse sentido, o próprio jusfilósofo indica uma incoerência interna em seu pensamento.

A crítica de Kant a essas alegações é fundamentada em uma distinção entre submeter-se à lei e querer ser objeto de punição. O filósofo esclarece que “ninguém sofre um castigo porque o tenha querido, mas porque quis uma ação punível” (KANT, 2004mc1, p. 150 – Ak, VI, 335),⁹ ou seja, o indivíduo não quer ser multado, decapitado ou exilado, mas quer uma ação contrária à lei, cuja consequência é a multa, a decapitação ou o exílio. O contrato apenas estipula a submissão à lei e, no caso do cometimento do crime, a lei

⁹ Nesta citação não se utilizou a tradução de José Lamego da obra *A Metafísica dos Costumes*. Preferiu-se a tradução de Artur Morão por ser mais coerente com o texto original. Enquanto o texto original era “Strafe erleidet jemand nicht, weil er sie, sondern weil er eine strafbare Handlung gewollt hat”, a tradução de José Lamego afirmava “ninguém sofre uma pena por ter querido uma ação punível” (p. 215).

determina que a ameaça punitiva seja executada, ou seja, o cidadão deve submeter-se à coerção unilateral.

Na hipótese de admissão da necessidade do assentimento do sujeito como requisito para a penalização, o que por si já é incoerente com a função do direito, também se deveria admitir que o transgressor julgasse a si mesmo como punível – ele seria juiz em causa própria (KANT, 2011, p. 215 – Ak, VI, 335) e subverteria “o igualitarismo do processo penal” (FLEISCHACKER, 1992, p. 207). Torna-se evidente que os cidadãos não precisam expressar seu *querer deixar-se punir* no momento da punição, tampouco no contrato social; basta a anuência à submissão à lei.

Kant prossegue a explanação da seguinte forma:

Eu, enquanto legislador que dita a lei penal, não posso ser a mesma pessoa que, enquanto súbdito, é punida de acordo com a lei; porque, enquanto tal, quer dizer, enquanto criminoso, não posso ter um voto na legislação (o legislador é sagrado). Portanto, quando formulo uma lei penal contra mim, como criminoso, é a razão pura juridicamente legisladora em mim (*homo noumenon*) que me submete à lei penal, como capaz de cometer crimes, por conseguinte, como uma outra pessoa (*homo phaenomenon*) em conjunto com todas as outras na associação civil (KANT, 2011, p. 215 – Ak, VI, 335).

Na *Dissertação de 1770* Kant concebe o *noumenon* como “aquilo que nada contém a não ser o que deve ser conhecido pela inteligência” (KANT, 2004, p. 39 – Ak, II, 392), ou seja, não é algo que apareça no tempo e no espaço, mas algo suprassensível. Destarte, o *homo noumenon* é o ser humano considerado em sua “característica da sua faculdade de liberdade” (KANT, 2011, p. 60 – Ak, VI, 239), independentemente de seus atributos físicos. O *homo noumenon* representa a humanidade do homem, pois ao abstrair seus atributos físicos resta algo comum à espécie, algo independente do *homo phaenomenon*, a razão pura.

Essa construção de *homo noumenon* lembra um artifício criado por John Rawls: o véu de ignorância (CLARK, 2004, p. 242). O referido artifício possibilita ao indivíduo desconhecer sua posição social, seus talentos e atributos naturais, suas concepções de bem e suas características psicológicas e, assim, legislar de forma imparcial (RAWLS, 1993, p. 33). No caso da lei criminal, ao desconsiderar a sua realidade fenomênica, o homem coberto pelo véu da ignorância ou o *homo noumenon* kantiano garante a inexistência de benefícios pessoais na hipótese de perpetração de crime. Destarte, há um *homo noumenon* que legisla com imparcialidade e sem criar exceções particulares ao *homo phaenomenon*.

Como partícipe da legislação o indivíduo não pode ser a mesma pessoa que, como súdito, é punida com base naquela legislação, pois como criminoso não se pode participar da legislação. Quando se cria uma lei contra si próprio como criminoso há manifestação da razão pura juridicamente legisladora, a qual submete à lei penal o próprio indivíduo, enquanto capaz

de delinquir e como outra pessoa (CATTANEO, 1981, p. 223). Reinhard Brandt atenta para um aspecto importante, qual seja:

Kant tenta desenvolver uma solução que salogue a autonomia do autor do crime e o faz da seguinte maneira. Cada cidadão infrator (e Kant, ao contrário de John Locke, faz que sejam os *próprios* cidadãos que se submetam à justiça penal de seus respectivos Estados) é também legislador, pois inclusive os cidadãos passivos estão idealmente de acordo com as leis. Enquanto legislador provê às leis de sanções que serão impostas àqueles que transgridem a lei. Enquanto autor do crime não perpetrará nenhum feito físico (como poderia fazer um animal ou um alienado com idênticas consequências), senão uma ação marcada pela lei; subsume seu obrar mesmo sob a lei e atenta livremente contra o que a lei diz, cometendo uma quebra da mesma (BRANDT, 2001, p. 225).

Nota-se a permanência da ideia kantiana de que cada pessoa sujeita-se a leis dadas por si mesma. No caso criminal significa dizer que a razão pura de cada pessoa, juntamente com a razão pura dos demais cidadãos, fixou a lei. Dessa forma, todo ato contrário à legislação penal é uma ação submetida a leis de obrigação e cujo agente possui liberdade de escolha; aliás, esses são os requisitos para caracterizar a infração (KANT, 2011, p. 32-33 – Ak, VI, 221-222). É fundamental perceber que o indivíduo conhece a lei, todavia decide violá-la. Portanto, como *homo phaenomenon* deve se submeter às penalidades determinadas pelo *noumenon*, como se fossem pessoas diferentes.¹⁰

Em síntese, a legislação jurídico-criminal e o direito de punir são concebidos de modo a preservar a autonomia do agente, mesmo que seja autor de um crime; evidencia-se a existência, no direito, de elementos derivados da metafísica dos costumes, isto é, elementos morais, o que não significa que haja no direito elementos éticos, pois, como já exposto, a moral (ou doutrina dos deveres) engloba tanto o direito como a ética. A justiça punitiva mostra-se como uma exigência racional para que as transgressões a deveres externos sejam punidas e para que seja possível aos seres humanos a convivência em um meio no qual a liberdade externa de todos seja reciprocamente limitada e expresse uma lei universal.

¹⁰ Na passagem citada há pouco Kant afirma que “enquanto legislador que dita a lei penal, não posso ser a mesma pessoa que, enquanto súbdito, é punida de acordo com a lei”, pois “quando formulo uma lei penal contra mim, como criminoso, é a razão pura juridicamente legisladora em mim (*homo noumenon*) que me submete à lei penal, como capaz de cometer crimes, por conseguinte, como outra pessoa (*homo phaenomenon*)” (KANT, 2011, p. 215 – Ak, V, 335).

Assim, metaforicamente, o filósofo explica que um mesmo homem pode ser considerado sob dois aspectos: um puramente racional (*homo noumenon*, ou o homem coberto sob o véu de ignorância de Rawls) e outro fenomênico, levando em conta as peculiaridades de cada indivíduo. Essa dupla consideração culmina na possibilidade de um indivíduo *x*, por exemplo Tício, anuir racionalmente à lei penal e, de igual forma, cometer um crime. É nesse sentido que Kant considera que o *homo phaenomenon* é como outra pessoa, distingue-se de seu âmbito puramente racional (*homo noumenon*).

2.2 INFRAÇÃO

A infração é um ato que, além de ser sujeito a leis obrigatórias e cujo executor possui liberdade de arbítrio, contraria o dever, “seja qual for o dever quanto ao seu conteúdo ou à sua origem” (KANT, 2011, p. 33 – Ak, VI, 224). É possível perceber que a infração não se limita a deveres externos e equivale ao ato incorreto, excluindo da rubrica *infração*, por exemplo, qualquer *ação* supostamente criminosa, mas praticada por um animal irracional¹¹ ou por um homem insano. Para Kant as infrações podem ser intencionais e as não-intencionais. As primeiras evidenciam que no momento do ato o agente possuía consciência (dolo) de que praticava uma infração e, de forma diversa, as infrações não-intencionais caracterizam-se apenas pela culpa e ainda assim são imputáveis ao agente. Evidentemente os elementos dolo e culpa influenciam na fixação da pena, como se verá adiante, mas a infração não-intencional não exime o agente da devida penalização. Essa divisão das infrações a partir da intenção do agente ratifica que após o *descumprimento do dever jurídico* a intenção torna-se fundamental, enquanto a mesma intenção é irrelevante na hipótese de *cumprimento do dever*.

Como suprarreferido, a infração é um ato contrário ao dever, independentemente da origem deste dever. Assim, no que tange especificamente às violações no âmbito jurídico, tem-se o seguinte:

A infracção da lei pública que incapacita aquele que a comete de ser cidadão chama-se, pura e simplesmente, crime (*crimen*), mas também crime público (*crimen publicum*); portanto, o primeiro (o crime privado) há-de ser presente à justiça civil, o outro, presente à justiça criminal (KANT, 2011, p. 207-208 – Ak, VI, 331).

Há dois elementos dignos de destaque: a inaptidão à cidadania e as modalidades de crime. Quanto às modalidades, Brandt esclarece que “no delito privado é a vítima do delinquentes quem fica comprometida com este, enquanto que os delitos públicos se dirigem contra qualquer cidadão e no fundo contra cada um deles, incluindo também ao próprio criminoso” (BRANDT, 2001, p. 229). Essa explicação fica ainda mais clara quando se tem em mente alguns exemplos: a apropriação indevida dos bens que o fiel depositário apenas guardava e a fraude em uma compra e venda seriam crimes particulares, pois ameaçam somente um indivíduo; já a falsificação de dinheiro e o roubo são crimes públicos, porque ameaçam a todos. Quanto ao roubo deve-se esclarecer que sua inclusão no rol dos crimes públicos decorre do efeito que produz na comunidade, qual seja, deixa a propriedade insegura.

¹¹ A título ilustrativo lembra-se dos *processos de animais*, mencionados por Luc Ferry (2009, p. 09-19), nos quais besouros, sanguessugas e outros animais são tratados como parte no processo.

Essa classificação já fora exposta por Platão no diálogo *As Leis* (VI, 767b) e, com as devidas ressalvas, lembra os atuais crimes de ação penal pública e de ação penal privada.¹²

Quanto à incapacitação para a cidadania, Kant não esclarece o sentido dessa afirmação. Contudo, a prática de um crime evidencia que o indivíduo não conseguiu viver em uma sociedade governada pela lei universal da liberdade, na qual a liberdade de cada cidadão é reciprocamente limitada. A prática de um ato injusto traz consigo a ideia de punição, a qual acarreta alguns ônus ao transgressor. Pela passagem kantiana supracitada, a incapacitação de ser cidadão é um desses ônus e liga-se à suspensão da dignidade como cidadão. Essa suspensão é explicitada por Kant da seguinte forma:

Há em todo o castigo algo de humilhante para a honra do acusado (por boas razões), porque implica uma mera coerção unilateral e, assim, a dignidade de cidadão enquanto tal fica nele suspensa, pelo menos num caso especial: é que ele está sujeito a um dever externo, ao qual, por seu lado, não pode opor resistência alguma (KANT, 2004mc1, p. 180 – Ak, VI, 363).¹³

Mesmo com essa suspensão da dignidade como cidadão, o criminoso não perde sua personalidade inata (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 331). Destarte, não pode ser tratado simplesmente como um meio ou confundido com objetos; ele permanece um fim em si mesmo. Respeita-se a *humanidade do homem* mesmo se o *homem em si* for um malvado e isso se reflete na proibição dos juízes aplicarem castigos humilhantes, que desonrem a humanidade (KANT, 2009, p. 240 – Ak, XXVII.1, 418). De certa forma é a comprovação de que o imperativo categórico, *in casu*, a segunda formulação, é incondicional e universalmente válido.

Ao retomar o conceito kantiano de crime, importante frisar que Kant inicialmente o expressa como uma violação a um dever jurídico, sem mais exigências. Aparentemente o crime seria apenas caracterizado pela tipicidade, ou seja, amolda-se ao descrito na lei penal, à

¹² Apesar da comparação, não se pode esquecer que os atuais crimes de ação penal pública, cujo titular da ação é o Ministério Público – representando a sociedade – (subsidiariamente pode-se ter como titular da ação a vítima ou, no caso de sua morte, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão da vítima), e nos crimes de ação penal privada, cujo titular da ação é o ofendido (ou, em alguns casos, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão), são processados perante a justiça criminal, diferentemente do exposto por Kant.

¹³ Optou-se pela utilização da tradução de Artur Morão pois na tradução de José Lamago o leitor é conduzido a pensar que a dignidade do cidadão punido é *pelo menos* suspensa, enquanto a afirmação kantiana é que *pelo menos* ao considerar a submissão a um dever externo, o cidadão punido tem sua dignidade suspensa.

In verbis, a tradução de José Lamago: “Existe em toda a punição algo que (com razão) causa melindre ao sentimento de honra do acusado; porque a punição contém uma coerção unicamente unilateral e, assim, a dignidade do cidadão enquanto tal é num caso particular pelo menos suspensa; pois que ele se encontra submetido a um dever exterior, a que ele, por seu lado, não pode opor qualquer resistência” (KANT, 2011, p. 257 – Ak, VI, 363).

No original: “In jeder Bestrafung liegt etwas das Ehrgefühl des Angeklagten (mit Recht) Kränkendes, weil sie einen bloßen einseitigen Zwang enthält und so an ihm die Würde eines Staatsbürgers, als eines solchen, in einem besonderen Fall wenigstens suspendirt ist: da er einer äußeren Pflicht unterworfen wird, der er seinerseits keinen Widerstand entgegen setzen darf.”

conduta criminalizada. Aqui convém fazer uma pequena digressão: na legislação brasileira não há uma definição explícita de crime e a doutrina diverge sobre o tema. Contudo, é inequívoco que para a caracterização de um delito não basta que um fato possua tipicidade, isto é, adéque-se a um tipo penal. Frise-se que o tipo é a descrição, contida na lei penal, de uma conduta proibida, como é o caso de “matar alguém” (artigo 121, *caput*, Código Penal) e “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” (artigo 33, § 2º, Lei nº 11.343/2006).

A tipicidade integra o conceito de fato típico, que exige ainda uma conduta humana, um resultado jurídico e o nexos causal entre a conduta e o resultado. Entretanto, o fato típico não é o único elemento necessário à caracterização do delito, pois também se exige a presença da antijuridicidade, ou seja, de contrariedade à ordem jurídica como um todo. Zaffaroni e Pierangeli lembram que a ordem jurídica não é composta apenas por normas proibitivas, há também preceitos permissivos, os quais são considerados para a verificação da antijuridicidade:

Devemos ter presente que *a antijuridicidade não surge* [somente] *do direito penal*, mas de toda a ordem jurídica, porque a antinormatividade pode ser neutralizada por uma permissão que pode provir de qualquer parte do direito: assim, o hoteleiro que vende a bagagem de um freguês, havendo perigo na demora em acudir a justiça, realiza uma conduta que é típica do art. 168 do CP, mas não é antijurídica, porque está amparada por um preceito permissivo que não provém do direito penal, e sim do direito privado (art. 1.470 do CC/2002) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 489).

Apesar de o exemplo frisar uma excludente de ilicitude (ou antijuridicidade) trazida do direito civil as mencionadas excludentes também podem ser encontradas na legislação criminal, como é o caso do estado de necessidade, da legítima defesa, do estrito cumprimento do dever legal e do exercício regular de um direito (artigo 23 do Código Penal). Inclusive se pode dizer que no exemplo supracitado a previsão contida no diploma cível é uma especificação da previsão genérica contida no Código Penal, *in casu*, do exercício regular de um direito. Importante notar que uma excludente de antijuridicidade faz com que, em virtude de circunstâncias especiais, uma norma geral não se aplique àquele caso específico. A título ilustrativo pode-se pensar em um homicídio cometido no Brasil, o qual viola a norma geral insculpida no artigo 121 do Código Penal, contudo, ao considerar uma circunstância específica, como a legítima defesa, não haverá crime, ou seja, deixa-se de aplicar a norma geral prevista no artigo 121 do Código Penal.

Por fim, ao considerar o conceito tripartido de crime, além da tipicidade e da antijuridicidade, exige-se a presença da culpabilidade, o complemento psicológico do delito, que evidencia a capacidade do agente compreender o caráter incorreto de sua ação e

determinar-se de acordo com essa compreensão, bem como a reprovabilidade sobre o agente.¹⁴ Em linguagem jurídico-criminal uma conduta é culpável quando é reprovável pois “o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 517).

A partir dessa breve incursão na teoria do delito pode-se perceber quão distintos são os conceitos kantiano e contemporâneo de delito, afinal Kant afirma que uma infração é “um acto contrário ao dever” (KANT, 2011, p. 33 – Ak, VI, 224). Dessa forma, percebe-se que Kant exclui a possibilidade da antijuridicidade em uma legislação *a priori*, o que é realizado para manter a coerência do sistema, ou seja, não cabe uma exceção subjetiva em uma lei objetiva. Relembrando o já exposto, a legislação jurídica estabelece obrigações estritas, incondicionais e válidas universalmente; portanto, as exceções subjetivas trazidas ao conceito de crime pela antijuridicidade não poderiam integrar a legislação.¹⁵ Caso Kant admitisse a previsão legal das excludentes de antijuridicidade condicionaria os deveres jurídicos incondicionais. Ainda pensando no exemplo anterior do homicídio, ao reconhecer a excludente de ilicitude o preceito proibitivo *não matar* deixa de ser incondicional, pois torna permissivo matar em caso de legítima defesa. No caso específico do estado de necessidade Kant expressamente propõe que seja analisado pelo tribunal, mas não integre a legislação.

Quanto à culpabilidade, considerando que um ato é uma ação sujeita a leis obrigatórias e executada por um sujeito com liberdade de escolha (KANT, 2011, p. 33 – Ak, VI, 223), talvez Kant tenha incluído a culpabilidade em seu conceito de crime ou, ainda, pode ser que o filósofo tenha a concebido como um mero pressuposto para a imputação, considerada para fins de responsabilização. A dúvida surge pois o cometimento de uma infração exige um sujeito livre e as condições subjetivas da liberdade são a capacidade de atuar (saber o que lhe é próprio) e o conhecimento do motivo e do objeto de sua ação (KANT, 2009, p. 101 – Ak, XXVII.1, 291). Dessa forma, pode-se cogitar se sem uma das condições subjetivas da ação não haveria uma liberdade plena e, portanto, o indivíduo não poderia cometer uma infração. Todavia, o próprio Kant lembra que os prejuízos causados por crianças ou por pessoas

¹⁴ Utilizando a terminologia da área, a culpabilidade exige cumulativamente: imputabilidade penal do agente, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

¹⁵ Em *Naturrecht Feyerabend* afirma-se que quando a própria vida do agente estiver em risco e o Estado não puder defendê-lo, também não lhe pode ordenar nada (Ak, XXVII.2.2,1374). Nesse caso Kant admitiria também a legítima defesa, mas sem esclarecer se ela pode ser prevista na legislação faticamente vigente em um Estado, que assim não seria apenas concebida *a priori*, mas congregaria elementos pragmáticos, ou deveria ser apenas declarada pelo tribunal, sem previsão na lei. A própria argumentação de Kant em *A Metafísica dos Costumes* sugere que a última hipótese é adotada.

embriagadas¹⁶ não lhes são imputáveis, informação que contribui para a hipótese que a culpabilidade seria um mero pressuposto para a imputação.

Outro elemento interessante é a afirmação kantiana acerca da frequente impossibilidade de punição do indivíduo que inicia a ação contrária ao direito, mas não obtém o efeito desejado. Assim, aquele que pretende cometer um homicídio contudo apenas é surpreendido com a espada em mãos não pode ser punido (KANT, 2009, p. 102 – Ak, XXVII.1, 292), afinal o direito exige e pune ações e o sujeito em questão ainda não cometeu a ação, logo, não pode ser punido. Em suma, para a penalização Kant exige a lesão e não apenas a ameaça, isto é, a ação do sujeito deve efetivamente causar prejuízo ilegal ao direito de uma pessoa (KANT, 2011, p. 410 – Ak, 460). Fala-se em prejuízo ilegal pois mesmo agindo conforme ao direito pode-se, por acaso, causar prejuízo a outra pessoa e isso não seria imputável ao agente.

Ainda quanto à questão da responsabilização, lembra-se que após a ação incorreta há a imputação, cujo sentido moral expressa:

o juízo por meio do qual alguém é considerado como o autor (*causa libera*) de uma acção, que é então chamada de um acto (*factum*) e está submetido a leis; se o juízo, por seu turno, acarreta consigo as consequências jurídicas do acto, é uma imputação com força jurídica (*imputatio iudiciaria s. valida*), em caso contrário, somente uma imputação de avaliação (*imputatio diiudicatoria*). A pessoa (física ou moral) que tem a faculdade legal de imputar chama-se juiz ou também tribunal (*iudex s. forum*) (KANT, 2011, p. 38 – Ak, VI, 227).

Kant pressupõe a existência de duas instâncias: uma responsável pela imputação judiciária, outra pela imputação de avaliação.¹⁷ Aquela imputação liga-se ao foro externo, que é humano; enquanto a imputação de avaliação vincula-se ao foro interno, o *forum conscientiae*. Com este “nos vinculamos ante o *forum divinum*, já que nossos feitos desta vida não podem ser imputados ante o *forum divinum*, senão *per conscientiam*; por conseguinte, o *forum internum* é o *forum divinum* nesta vida” (KANT, 2009, p. 107 – Ak, XXVII.1, 227).

Esse tribunal interior, apesar de ser uma metáfora, possui acusador, defensor e julgador, todos na mesma pessoa natural: o agente moral que efetua o processo de autorreflexão. Por outro lado essa corte interna é mais complexa que um tribunal criminal, pois as decisões não se limitam a *culpado* ou *inocente*, também se pode julgar se um ato pode ser meritório (WOOD, 2008, p. 184-185). Dessa forma, aparece a consciência moral como a razão prática que representa ao homem seu dever para com a lei, para absolvê-lo ou condená-lo (KANT, 2011, p. 314 – Ak, VI, 400).

¹⁶ No caso do embriagado, a embriaguez em si lhe é imputável.

¹⁷ A expressão *imputação de avaliação* é empregada para manter a fidelidade à tradução utilizada. Kant emprega a expressão em latim: *imputatio diiudicatoria*.

Em que pese o indivíduo, como autojugador, emitir um veredito, essa sentença da corte interna, se condenatória, não pode ser executada, no sentido de autoimposição de pena, como, por exemplo, a deliberada privação da felicidade. Infligir sofrimento a si próprio não constitui uma verdadeira punição, tampouco se considera um ato racional justificado (WOOD, 2008, p. 187-188). O desconforto, a agitação interna e dolorosa do agente que resultam da consciência, mas não são penas, podem ser encarados como uma responsabilidade existente em um agente moral (HILL JR., 1999, p. 422). Para Ramos (2008, p. 61), o juiz do tribunal da consciência “é o próprio homem do ponto de vista do ‘sujeito da legislação moral’: o *homo noumenon* submetido a uma lei que ele se dá a si mesmo.”

Ao questionar qual é a utilidade de uma corte interna que julga, mas não pune, Kant prontamente responderia:

O juízo da consciência é legítimo quando é sentido e posto em prática. Daqui derivam duas consequências. O arrependimento moral é o primeiro resultado dessa sentença judicial que tem força de lei. O segundo resultado, sem o qual tal sentença não teria efeito algum, é que a ação seja adequada a esse ditame judicial. A consciência é inútil se não acarreta afã algum para por em prática aquilo que se requer para satisfazer a lei moral, assim como também não serve de nada mostrar arrependimento quando não se cumpre com o dever ditado pela lei moral (KANT, 2009, p. 171 – Ak, XXVII.1, 353).

Nesse sentido, restaria ao agente moral condenado no foro interno arrepender-se e adequar-se, ou seja, mudar sua forma de agir. Segundo Kant (2009, p. 171 – Ak, XXVII.1, 353-354), sequer no foro humano a dívida é satisfeita com o simples arrependimento. Entretanto, no sistema kantiano haveria uma terceira instância: o *forum divinum*, cujo juiz é um Ser onisciente (KANT, 2009, p. 79 – Ak, XXVII.1, 278). Esse Ser seria o único capaz de punir a culpa moral, pois seria o único que realmente poderia conhecê-la (CLARK, 2004, p. 18). Afinal, sequer o próprio agente conhece suas verdadeiras molas propulsoras, como o filósofo salienta:

A moralidade própria das acções (o mérito e a culpa), mesmo a da nossa própria conduta, fica-nos pois completamente oculta. As nossas imputações podem apenas reportar-se ao carácter empírico. Mas em que medida o efeito puro se deve atribuir à liberdade, em que medida à simples natureza e ao vício involuntário do temperamento ou à sua feliz disposição (*merito fortunae*), é o que ninguém pode aprofundar, nem portanto julgar com inteira justiça” (KANT, 1989, p. 474 nota – Ak, III, 579).

Acontece por vezes na verdade que, apesar dos mais agudos exames de consciência, não possamos encontrar nada fora do motivo moral do dever, que pudesse ser suficientemente forte para nos impelir a tal ou tal boa acção ou a tal grande sacrifício. Mas daqui não se pode concluir com segurança que não tenha sido um impulso secreto do amor-próprio, oculto sob a simples capa daquela ideia, a verdadeira causa determinante da vontade. Gostamos de lisonjear-nos então com um móbil mais nobre que falsamente nos arrogamos; mas em realidade, mesmo pelo exame mais esforçado, nunca podemos penetrar completamente até aos móveis secretos dos nossos actos, porque, quando se fala de valor moral, não é das acções

visíveis que se trata, mas dos seus princípios íntimos que se não vêem (KANT, 2011fmc, p. 42 – Ak, IV, 407).

Ambas as citações evidenciam quão difícil é descobrir o princípio íntimo, a mola propulsora da própria ação, muito mais a ação alheia. Parece que há uma zona de penumbra, na qual somente uma Criatura onisciente poderia identificar com precisão as molas propulsoras. Contudo, a punição jurídica também exigiria a consideração dos elementos volitivos do agente? Mas, como saber a perversidade interior do sujeito? Brooks salienta que a dificuldade de avaliar atitudes intencionais de criminosos está na incerteza quanto à culpabilidade e no risco de punir inocentes (BROOKS, 2003, p. 208). Samuel Fleischacker lembra que “o que de fato passa na mente de um agente é irrelevante para a justiça, contudo pode ser crucial para o que é próprio da moralidade.” (FLEISCHACKER, 1992, p. 202), afinal nenhum ser humano pode, com segurança, avaliar moralmente outro.

Todavia, Kant considera que:

O grau de imputabilidade (*imputabilitas*) das ações há-de valorar-se subjectivamente segundo a magnitude dos obstáculos que tiveram que ser superados. Quanto maiores são os obstáculos naturais (da sensibilidade) e quanto menor o obstáculo moral (do dever) tanto mais a boa ação é creditada como mérito; por exemplo: se salvo de grande dificuldade à custa de considerável sacrifício pessoal uma pessoa que me é completamente estranha.

Pelo contrário, quanto menor é o obstáculo natural e quanto maior é o obstáculo fundado no dever tanto mais é imputável a infracção (como culposa). Por conseguinte, o estado de espírito do sujeito, se ele praticou a ação em estado de excitação ou com fria premeditação, implica uma diferença na imputação, diferença essa que tem consequências (KANT, 2011, p. 39 – Ak, VI, 228).

A passagem transcrita atribui importância ao *estado de espírito* do sujeito no momento da prática do ato criminoso. Na hipótese disso se referir ao âmbito jurídico, tem-se uma aparente incoerência: o direito não é o âmbito onde as molas propulsoras não importam? Contudo, um crime praticado com premeditação e outro decorrente de negligência merecem a mesma punição? E quando for impossível saber a intencionalidade do acusado? Talvez por essas questões Brooks dê tanta ênfase a este problema, declarando que a intencionalidade é a maior contribuição de Kant para o direito criminal.

Apesar de parecer que o direito não deve considerar nenhum elemento volitivo do agente, eles devem ser considerados para fins de determinação da punição jurídica. Reitera-se a relevância, no direito, da intenção do agente após o descumprimento do dever jurídico. Obviamente no castigo jurídico considerar-se-á apenas a intenção referente ao feito imputado e não a intenção universal do agente. De igual forma, a tarefa é difícil, pois não há meios para determinar com exatidão a intenção do agente no tocante ao crime. Ademais, pode-se

aumentar a complexidade do problema caso se considere que os fatos do mundo não são automaticamente subsumidos à legislação criminal.

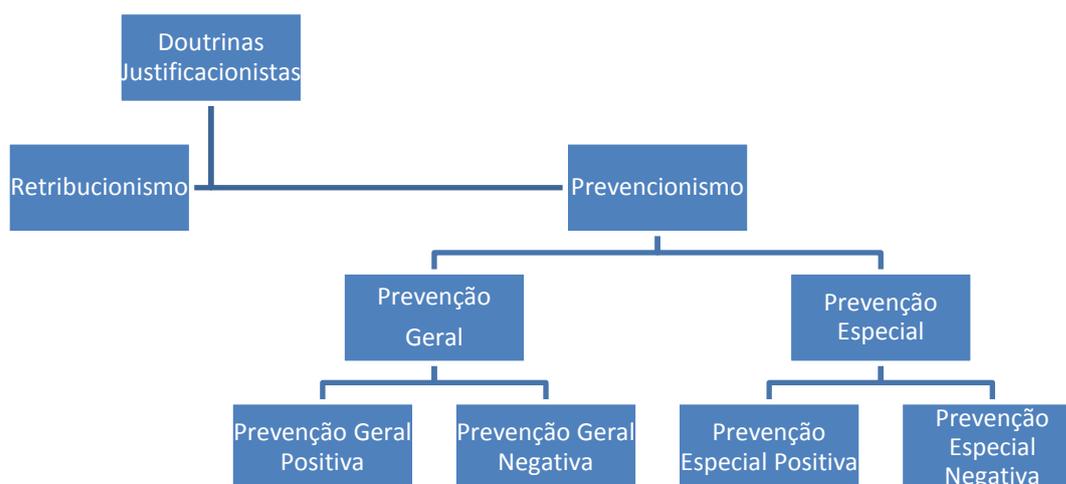
Em síntese, reconhece-se que a possibilidade de erro é imensa e a complexidade da questão é flagrante, contudo esse problema não será minuciosamente examinado no momento, pois será posteriormente retomado. Por ora é suficiente lembrar que Kant está ciente dessa problemática. A ciência fica evidente quando o filósofo de Königsberg afirma que *uma vez estabelecidos os fatos num processo* o tribunal pode aplicar a lei e dar a cada um o que é seu, entretanto o chefe do Estado não deve julgar, “quer dizer, colocar-se na possibilidade de cometer injustiças” (KANT, 2011, p. 186 – Ak, VI, 318). Entretanto, como afirmado, essa questão será analisada adiante.

2.3 PUNIÇÃO

Inicialmente cabe contextualizar: os penalistas – salvo melhor juízo – e tradicionais intérpretes dos escritos kantianos acerca da punição (CATTANEO, 1981; HÖFFE, 1993) classificam Kant como defensor do retribucionismo puro, uma *teoria* da pena que se opõe ao prevenicionismo. Para compreender o significado dessa afirmação, cabe uma breve explicação: a partir das questões *se e por que é necessário proibir, julgar e castigar*, há historicamente duas respostas: uma positiva e outra negativa. As respostas negativas são propiciadas pelas doutrinas abolicionistas que, ao abordar a questão da pena, apontam para a ilegitimidade ou desnecessidade da pena. Já as respostas positivas, contrariamente, oferecem justificações para a existência da punição (FERRAJOLI, 2000, p. 247). Assim, as doutrinas justificacionistas proporcionam diferentes *teorias*¹⁸ da pena, agrupadas de acordo com a finalidade que se atribui à sanção e esquematicamente¹⁹ apresentadas da seguinte maneira:

¹⁸ Ferrajoli lembra que “as teses axiológicas e os discursos filosóficos acerca do fim que justifica (ou não justifica) a pena ou mais em geral o direito penal não são ‘teorias’ no sentido empírico ou assertivo comumente associado a essa expressão. São doutrinas normativas – ou mais simplesmente normas ou modelos normativos de valoração ou justificação – formuladas ou rechaçadas por referência a valores” (FERRAJOLI, 2000, p. 323). Por essa razão – uso impróprio do termo – a palavra *teoria*, da expressão *teoria da pena*, será grafada em itálico.

¹⁹ Em que pese a apresentação esquemática ser inédita, tem-se como referencial teórico FERRAJOLI, 2000, p. 247-320.



Essas *teorias* concebem a pena como um ato imposto em virtude de uma finalidade. Para o prevencionismo (ou *teorias* relativas ou utilitárias) a finalidade da pena é prevenir a ocorrência de delitos através da ação sobre a coletividade, no caso da prevenção geral, ou sobre o desviante, na prevenção especial. Dessa forma, a prevenção geral negativa almeja a intimidação social, enquanto a prevenção geral positiva visa à integração disciplinar de todos os cidadãos, como resultado da confirmação da vigência da norma. Já as *teorias* focadas no desviante, podem visar à correção deste e sua reinserção social (prevenção especial positiva) ou à neutralização do infrator (prevenção especial negativa).

Como já dito, ao grande grupo prevencionista opõe-se o retribucionismo, pois, diferentemente daquele, este não concebe a pena como meio para a realização de um fim preventivo. As *teorias* retribucionistas olham para o passado, visto punirem justamente porque houve o crime. A retribuição dá-se em virtude da violação da norma, assemelhando-se à concepção tradicional de castigo. O retribucionismo liga-se ao princípio talional,²⁰ pelo qual toda ação criminosa tem uma igual reação jurídica, e, segundo Roberto Lyra (1942, p. 24), Basileu Garcia (1980, p. 78) e Aníbal Bruno (1978, p. 33), tem como expoentes Kant e Hegel.

A ideia retributivista é resumida por Rawls da seguinte forma:

a perspectiva retributiva ocorre quando a punição é justificada pelo fundamento da transgressão merecer punição. É moralmente adequado que uma pessoa que faz algo errado deva sofrer na proporção de sua transgressão. Que o criminoso deve ser punido decorre de sua culpa e a severidade da punição apropriada depende da depravação de seu ato. O estado de coisas onde um transgressor sofre punição é moralmente melhor do que o estado de coisas onde ele não a recebe e isso é melhor independentemente de qualquer uma das consequências de puni-lo (RAWLS, 1955, p. 4-5).

²⁰ Baseado na Lei de talião (do verbo taliar, partir ao meio), cujo preceito basilar era a equivalência entre a ação e a reação. É lembrada sob o adágio “olho por olho, dente por dente”.

Rawls sintetiza a retribuição através da noção de merecimento de punição, de proporcionalidade entre esta e o erro cometido e da independência da aplicação da pena em relação a supostos benefícios advindos de sua aplicação. O referido filósofo também concebe a penalidade como algo imposto em virtude da violação da lei, ou seja, de algo que está no passado; o defensor da perspectiva retributiva entende que o mundo com a referida imposição é melhor do que o contrário. Esse esboço que Rawls faz do retribucionismo, é plenamente compatível com os ideais de Kant.

Após essa nota prévia, pode-se adentrar nos escritos kantianos, o que será efetuado a partir da seção *Sobre os prêmios e os castigos*, do texto *Moralphilosophie Collins*. Importante esclarecer que o texto mencionado integra o volume XXVII das *Obras Completas* editadas pela Academia e, igualmente a outros textos do volume citado, representa manuscritos de ouvintes das aulas de Kant, *in casu*, de Collins. O conteúdo de *Moralphilosophie Collins* é muito similar ao de outros manuscritos de alunos do filósofo de Königsberg,²¹ ou seja, é possível considera-lo um texto kantiano sem, no entanto, ter sido escrito por Kant. Visto que nas anotações de Collins a temática da punição é analisada mais minuciosamente, ela servirá de ponto de partida para a apresentação da punição e de algumas figuras correlatas.

A primeira dessas figuras é a dos (a)prêmios, o qual se subdivide em: (a.1) *auctorantia*, quando o prêmio é uma consequência natural, mas cuja recompensa motiva a ação, tornando-a pragmática e não moral, como pode ser o caso da saúde em relação ao indivíduo moderado (KANT, 2009, p. 92 – Ak, XXVII.1, 284); (a.2) *remuneratia*, ou seja, “recompensas que não constituem motivos para as ações, que acontecem por mor da boa disposição de ânimo, pela moralidade pura” (KANT, 2009, p. 91-92 – Ak, XXVII.1, 284). O caráter moral dos prêmios *remuneratia* somente se configura se a compensação não motivar a ação, mas for uma crença ou esperança. Neste caso o exemplo kantiano é a relação felicidade – ações morais:

O moralmente bem-intencionado faz-se com isso credor de uma recompensa e uma felicidade infinitas, já que sempre se predispôs a executar boas ações. [...] O homem pode esperar recompensa por parte do Ser Supremo, o qual saberá ressarcir-lhe por isso; mas, essa compensação não há de ser o motivo de sua ação. O homem pode esperar ser feliz, mas essa esperança não pode motivar-lhe, senão tão somente lhe confortar (KANT, 2009, p. 92-93 – Ak, XXVII.1 284).

Nota-se que esse prêmio moral é revestido de um aspecto divino, pois a consecução de uma ação pela boa vontade não garante a fruição da felicidade, *praemium remunerans* por excelência. Ratifica esse entendimento a afirmação de que “nenhum homem pode reclamar

²¹ Por exemplo, Menzer publicou uma obra conjugando o manuscrito de Mrongovius, de Kutzner e Brauer, cujo resultado possui apenas pequenas divergências do texto de Collins.

que Deus lhe recompense e faça-lhe feliz” (KANT, 2009, p. 92 – Ak, XXVII.1, 284). Assim, a conduta moral apenas torna o homem digno de felicidade, mas não a garante inequivocamente, pois essa é uma recompensa retributiva, cuja concessão não depende do indivíduo. Esse tipo de prêmio não é uma consequência natural da ação.

Outra modalidade inclusa nos prêmios e castigos é a das *(b)mercês*, “uma retribuição que pode ser exigida de pleno direito a alguém” (KANT, 2009, p. 93 – Ak, XXVII.1, 285). Essa modalidade não é uma recompensa, mas uma retribuição exigível em virtude de uma dívida, cuja origem está nas ações realizadas “em proveito alheio e que não estávamos obrigados a fazer” (KANT, 2009, p. 94 – Ak, XXVII.1, 285). Dessa forma, as ações meritórias geram uma espécie de crédito para o agente, o qual não poderá ser totalmente compensado no plano humano; para que essas ações sejam retribuídas Kant evoca novamente um ser divino.

Por fim, analisa-se o *(c)castigo*, ou seja, “o mal físico que se impõe a alguém por causa do mal moral que este infligiu” (KANT, 2009, p. 95 – Ak, XXVII.1, 286). Esse conceito salienta que a punição é um sofrimento e afasta qualquer pretensão utilitarista de que a pena seria um bem. Aliás, a pena sequer é concebida como um bem social. Além disso, há menção à pessoalidade ou intranscendência da sanção, visto que a punição apenas incide sobre quem *infligiu mal moral*. Essas noções são complementadas na obra *Crítica da Razão Prática*, quando Kant explica que:

embora aquele que castiga possa perfeitamente ter ao mesmo tempo a boa intenção de dirigir a punição também para esse fim, todavia enquanto punição, isto é, como simples mal <Übel>, tem que antes justificar-se por si mesma, de modo que o punido, se ficasse nisso e ele tampouco visasse algum favor oculto por trás desse rigor, tem que ele mesmo reconhecer que isso lhe ocorreu de modo justo e que sua sorte corresponde perfeitamente a sua conduta. Toda punição enquanto tal tem que conter, em primeiro lugar, justiça, e esta constitui o essencial desse conceito. A ela, na verdade, pode ligar-se também bondade, mas o punível, depois de seu procedimento, não tem a mínima razão para contar com ela. Portanto a punição é um mal <Übel> físico, o qual, mesmo que enquanto consequência natural não se vinculasse ao moralmente mau <Bösen>, todavia, enquanto consequência segundo princípios de uma legislação moral teria de estar vinculado a ele (KANT, 2011cprp, p. 62 – Ak, V, 37).

Em síntese, a punição é um mal autojustificado que qualquer pessoa (inclusive o punido) deve reconhecer como expressão da justiça, mesmo se o ato de punir não visar a nenhum objetivo além da justiça. Isso significa que o primordial na punição é a justiça, mas não exclui que outros objetivos sejam agregados. Ademais, concebe-se a pena, o mal físico, como vinculada ao *moralmente mau*, ao menos na seara dos princípios de uma legislação moral, ou seja, a legislação moral exige que a punição seja uma retribuição ao mal moral. A defesa da retribuição também ocorre quando Kant anui à seguinte afirmação de Herr Klein:

o objetivo da punição não pode ser compensado por danos ou melhorias ou exemplo, nem podemos dizer que ele é o sofrimento de um tal mal físico em razão de uma transgressão moral. Antes, a punição é o símbolo de uma punição merecida [*Strafwürdigkeit*] da ação, por meio de uma mortificação do criminoso que corresponde aos direitos que o criminoso violou (ZWEIG, 1999, p. 449 – Ak, XI, 305-306²²).

Resta claro que a justiça, objetivo principal da punição, não pode ser substituída por outra finalidade, seja a melhoria do indivíduo punido ou a intimidação da comunidade a partir da punição exemplar de um de seus membros; tampouco se pode afirmar que o objetivo da punição restringe-se ao sofrimento do transgressor. Nota-se que a punição é *símbolo* de uma punição merecida, mas não a própria punição merecida, o que possibilita a cogitação de uma instância além da aqui analisada, talvez o *forum divinum*, responsável pela aplicação da punição merecida.

A supracitada afirmação é comentada por Kant nos seguintes termos:

os teólogos escolásticos usam para falar da verdadeira punição (*pena meremoralis*) que é imposta não para anular a ofensa, mas porque há uma ofensa. Portanto, eles definem punição como “mal físico infligido em razão do mal moral”. Em um mundo governado de acordo com princípios morais (de Deus) punições são necessárias categoricamente (para o âmbito das transgressões que lá ocorrem). Mas em um mundo governado pelo homem a necessidade de punição é somente hipotética e a união direta do conceito de transgressão e do conceito de punição merecida serve aos governantes somente como uma justificação, não como uma prescrição para seus decretos (ZWEIG, 1999, p. 448 – Ak, XI, 398).

Nessa passagem Kant afirma que as punições apenas são exigências categóricas sob o prisma dos princípios morais, caso contrário, *em um mundo governado pelo homem*, elas se mostram como exigências hipotéticas, ou seja, parece reconhecer que a punição é necessariamente aplicada como perfeita retribuição à culpa somente quando se concebe um Ser onisciente e que no mundo governado pelo homem a punição é necessária como meio para prevenção de crimes. Assim, a conjugação dos conceitos de transgressão e punição merecida é utilizada pelos governantes como *uma justificação*, isto é, apesar da punição no foro humano ser necessária como meio para prevenir crimes, é justificada a partir de um argumento moral, qual seja, de que toda a transgressão merece ser punida. Esses dois âmbitos de punição, com suas diferentes necessidades e com suas aparentes incoerências serão posteriormente retomados.

Voltando à exposição contida nas *Moralphilosophie Collins*, tem-se que os castigos em geral podem ser (c.1) preventivos ou (c.2) retributórios. Aqueles (c.1) provêm da autoridade, visam evitar que a falta ocorra e ensinam o próprio infrator ou tendem a ensinar os

²² O texto citado encontra-se, como indicado, em 305-306 (Ak, XI), uma carta de J. B. Erhard datada de 06 de novembro de 1791, mas Kant anui a essa proposição em outra carta, de 21 de dezembro de 1792, em um trecho que se encontra 398-399 (Ak, XI).

outros pelo exemplo do infrator (KANT, 2009, p. 95 – Ak, XXVII.1, 286). Os castigos preventivos são pragmáticos e possuem um caráter impeditivo, pois tentam garantir que o mal não ocorra; decorrem da prudência do legislador, ou são impostos pelo príncipe, e constituem uma espécie de *poena medicinalis*, seja para melhorar quem delinuiu ou dissuadir os demais. Já os (c.2)castigos retributivos são castigos morais, exigidos pela justiça punitiva²³ como resultado da transgressão moral. São impostos como um penar justamente porque o mal ocorreu.

Caso se tenha em mente a justiça administrada por humanos e aquela pertencente ao campo moral, cujo legislador é um Ser onisciente, apenas se pode garantir que Kant conceba a segunda como puramente retributiva. Quanto à justiça humana, parece que há equivocidade quanto à finalidade da punição, pois enquanto em *Moralphilosophie Collins* e em suas correspondências Kant parece ratificar a possibilidade de finalidades preventivas, há outros momentos que isso parece ser negado com veemência. Uma passagem na qual há negação de qualquer fim preventivo é a seguinte:

A pena judicial (*poena forensis*), distinta da pena natural (*poena naturalis*), mediante a qual o agravo se pune a si mesmo e que não é, de modo algum, tomada em conta pelo legislador, nunca pode servir simplesmente de meio para fomentar um outro bem, seja em favor do próprio delinquente seja da sociedade civil, mas há-de ser-lhe sempre infligida somente porque cometeu um crime; porque o homem não pode nunca ser tratado simplesmente como meio para os propósitos de outrem e confundido com os objectos do direito real, tratamento relativamente ao qual o protege a sua personalidade inata, se bem que possa, bem entendido, ser condenado a perder a personalidade civil (KANT, 2011, p. 208-209 – Ak, VI, 331).

A partir desse trecho resta claro o porquê da inclusão de Kant no rol dos retribucionistas: de plano o filósofo afasta qualquer possibilidade de prevenicionismo puro ao aplicar a pena, pois esta não pode ser executada unicamente com o fito de promover um bem ao desviante ou à sociedade. Deve-se punir em razão do cometimento do ato criminoso, isto é, em virtude de algo passado e não com vistas a um bem futuro. É importante notar que aqui se está a falar da punição imposta por um tribunal externo, da sanção jurídico-criminal.

Outro elemento importante é a vedação ao tratamento do criminoso como um simples objeto. Dessa forma, preserva-se o mandamento contido na segunda formulação do imperativo categórico, qual seja: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 2011fmc, p. 73 – Ak, IV, 429). Essa lei tem validade universal, independentemente de situações particulares, o que garante também ao criminoso que não seja tratado como simples meio.

²³ A justiça punitiva é um conceito moral e não pode ser confundida com os tribunais jurídico-criminais.

Essa noção acerca da existência de um elemento irrenunciável, cujo reflexo é a exigência de que cada ser humano, independentemente de suas condições, seja tratado sempre como um fim em si e nunca simplesmente como um meio, é considerada por Cattaneo como a maior contribuição de Kant para direito penal (CATTANEO, 1981, p. 270). Ademais, gera reflexos na proibição de suplícios e na vedação de algumas penas estritamente retributivas, como no caso de estupro. Merle (2002, p. 242) complementa citando dois níveis de vedação ao tratamento de pessoas como meros meios: no imperativo categórico e na ordem jurídica; nessa última a proibição fundamenta-se na limitação mútua das liberdades e no imperativo categórico, na liberdade de vontade.

Além disso, segundo Kant:

A lei penal é um imperativo categórico e mal daquele que rasteja pelas sinuosidades do eudemonismo para encontrar algo que o exima da pena ou mesmo de parte dela mediante a vantagem que promete, de acordo com o provérbio farisaico: “É melhor morrer um homem a perecer todo um povo”; pois que se a justiça soçobra deixa de ter valor que os homens vivam sobre a terra (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 331-332).

A primeira afirmação – acerca de a lei penal ser um imperativo categórico – não tem seu sentido explicitado pelo filósofo. Allen Wood interpreta-a como apontando para a independência da punição de qualquer fim não integrante da natureza racional da própria ação, isto é, uma negação aos fins preventivos como necessários à sanção (WOOD, 2008, p. 211). Já Mario Cattaneo liga a afirmação kantiana ao fato da lei penal garantir a liberdade jurídica externa, que todos são obrigados a respeitar; há um dever moral, pois somente é possível um autêntico comportamento moral se a liberdade jurídica externa for assegurada (CATTANEO, 1981, p. 304).

Ao substituir a expressão *imperativo categórico* pelo seu conceito expresso na *Introdução à Metafísica dos Costumes* tem-se uma conclusão semelhante à de Allen Wood, ou seja:

[a lei penal] (incondicionad[a]) é aquel[a] que pensa a acção como objectivamente necessária e a torna necessária não de modo mediato, através da representação de um fim que pode alcançar-se através da acção, mas através da mera representação da própria acção (da sua forma), ou seja, de modo imediato (KANT, 2011, p. 31-32 – Ak, VI, 222).

Essa construção exegética evidencia que, para Kant, a punição é objetivamente necessária e independe de qualquer fim que possa ser obtido através dela. Como Alf Ross afirma, Kant não admite que considerações de utilidade possam justificar uma pessoa não culpada ser condenada ou uma pessoa culpada permanecer livre (ROSS, 1975, p. 55). Também se deve incluir nesse rol de impossibilidades um condenado não cumprir a pena que

lhe foi imposta. O próprio filósofo de Königsberg salienta a violação da justiça advinda de um condenado à morte ser objeto de experimentos, mesmo que estes tragam bons conhecimentos à comunidade (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 332).

Interessante apresentar o modo como Jeremy Waldron entende a frase: *se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra* (anteriormente citada). Para este autor, Kant acredita “que a busca conscienciosa da justiça importa mais do que o conflito e a inconveniência que poderiam resultar de cada indivíduo fazer o que lhe parece correto e justo” (WALDRON, 2003, p. 47). O fato de existirem muitas pessoas e elas discordarem acerca da justiça (WALDRON, 2003, p. 43) exige que o direito positivo estabeleça uma unidade sobre o assunto, a visão da comunidade.

Destarte, há a exigência moral de obediência absoluta, pois a coação legal visa garantir aos seres humanos aquilo que eles tem direito, ou seja, algo preciso. Na hipótese de considerar-se os julgamentos particulares acerca do que parece bom e correto como fundamento daquilo *a que os seres humanos tem direito*, a contradição seria inevitável. Em suma, “quando penso em justiça, devo reconhecer que os outros estão pensando em justiça e que a minha confiança na qualidade objetiva das minhas conclusões correspondem (*sic*) à confiança deles na qualidade objetiva das suas” (WALDRON, 2003, p. 76). Assim, a necessidade de respeito à lei penal também se mostra absoluta, mesmo que o agente entenda que determinada conduta não deveria ser típica.

Quanto ao tipo e à quantidade de punição jurídica, Kant fixa o justo princípio da igualdade:

Só a lei de retribuição (*ius talionis*), mas, bem entendido, na condição de se efectuar perante a barra do tribunal (não no teu juízo privado), pode indicar de maneira precisa a qualidade e a quantidade de pena; todos os demais oscilam aqui e acolá e, porque se imiscuem outras considerações, não têm adequação ao veredicto da justiça pura e rigorosa (KANT, 2011, p. 209-210 – Ak, VI, 332).

Novamente se sublinha a necessidade de um tribunal aplicar a penalidade, separando fisicamente a pessoa do acusado e do julgador. Além disso, a lei de talião é exposta como meio para determinar precisamente a quantidade e a qualidade da pena. Resta claro que os demais princípios *oscilam* quando se coteja a determinação com a finalidade da punição: (a)na prevenção geral positiva aplicar-se-ia qualquer pena prevista em lei, pois o ato apenas visa à confirmação da vigência desta lei; (b)na prevenção geral negativa, algo que amedrontasse aos cidadãos; (c)na prevenção especial positiva, algo que ressocializasse o criminoso; (d)na prevenção especial negativa, algo que neutralizasse o criminoso.

Obviamente se percebe que todas as finalidades deixam alguma margem para o arbítrio, seja do legislador ou do julgador: (a) deixa o julgador adstrito à lei, mas o legislador livre para criar qualquer sanção; (b) culmina em penas cruéis, espetáculos públicos e aumento gradativo da severidade punitiva, pois após um lapso temporal as pessoas se acostumam com determinado ato e ele não amedronta mais tanto quanto na primeira aplicação; (c) é imprecisa pois seria necessário aferir algo interno para saber se houve mudança; (d) legitima a pena de morte e a prisão perpétua para qualquer crime, exceto aqueles nos quais não há possibilidade do infrator cometer outro delito, mas haverá um meio de saber isso?

Portanto, resta claro que Kant dispensa considerações empíricas para a fixação da punição. O princípio talionar não deriva da experiência acerca de quais medidas mostram-se eficazes para a eliminação do delito, mas da razão pura (KANT, 2011, p. 256 – Ak, VI, 363). O *homo noumenon* estabelece estrita igualdade entre ação delitiva e punição, permanecendo livre das críticas sobre severidade ou suavidade das penas. Como o filósofo lembra, “nunca se ouviu dizer que um condenado à morte por homicídio se tenha queixado de que com isso lhe está a acontecer algo de excessivo e, portanto, injusto; qualquer um se lhe riria na cara se ele se expressasse nesse sentido” (KANT, 2011, p. 213 – Ak, VI, 334). Não se poderia reclamar de receber tratamento igual ao que se dispensa aos demais cidadãos.

Entretanto, há casos em que a aplicação estrita da retribuição não é possível:

Mas que fazer em relação às penas para os crimes que não admitem retribuição, seja porque tais punições são em si mesmas impossíveis ou constituem por si só um crime punível contra a humanidade em geral, como, por exemplo, o crime de violação, à semelhança do de pederastia ou de bestialidade? Os dois primeiros deveriam ser punidos com castração (como a dos eunucos brancos ou negros no serralho), o último com a expulsão para sempre da sociedade civil, dado que o autor se tornou a si próprio indigno da sociedade humana. - *Per quod quis peccat, per idem punitur et idem*. Os referidos crimes chamam-se, por isso, crimes contra a natureza, porque são cometidos contra a própria Humanidade. – Impor arbitrariamente penas para estes crimes é literalmente contrário ao conceito de uma justiça penal. Só que o criminoso não pode queixar-se de que se comete contra ele uma injustiça quando faz recair sobre si mesmo a sua má ação e lhe acontece aquilo que infligiu a outras pessoas, mesmo que não seja segundo a letra, mas sim segundo o espírito da lei penal (KANT, 2011, p. 257-258 – Ak, VI, 363).

Essa passagem aparentemente representa uma rígida concepção de direito penal, contudo, uma análise mais cuidadosa, evidencia a preocupação com o respeito à humanidade no momento da aplicação do castigo. Nos casos citados o estrito talião violaria a dignidade humana, então se adota um talião simbólico, cuja retribuição é mais branda que o crime perpetrado. Mesmo nessas situações específicas o filósofo frisa a necessidade de determinação da sanção, pois deixá-la ao arbítrio do julgador contraria a justiça punitiva.

Em síntese, apesar da defesa da pena de morte e de outras penas hoje consideradas atroztes, Kant preocupa-se com a dignidade do transgressor, com a humanidade presente nele. Dessa forma, o filósofo restringe a ideia de perfeita retribuição entre infração e punição e veda a aplicação de suplícios, que constituíam uma prática comum na sua época. Também fica evidente que a pena é concebida como passível de aplicação em dois âmbitos, quais sejam, moral e humano. Apesar do primeiro ser puramente retributivo, ainda não se esclareceu qual a finalidade da punição na seara humana e isso será o objeto central dos capítulos três e quatro que apontarão, respectivamente, quais não são e quais possivelmente são as finalidades da referida sanção.

2.4 CASUÍSTICA

Além de apontar conceitos, afinal a metafísica dos costumes é um sistema composto por conceitos, Kant dedica-se ao estudo de casos. No campo da punição cabe destacar o caso da tábua de salvação, do elevado número de criminosos que ameaça a dissolução do Estado, da insurreição escocesa, dos crimes motivados pela honra e da possível dissolução da sociedade da ilha. Importante atentar para esses exemplos, pois há comentadores que os consideram como prova de que o filósofo de Königsberg defendia uma ideia prevencionista, ou seja, seria um utilitarista quanto à punição jurídica.

O primeiro caso analisado é o famoso exemplo da tábua de salvação,²⁴ exposto por Kant da seguinte maneira:

Não pode, com efeito, haver uma lei penal que imponha a morte a quem, num naufrágio, correndo com outro risco de morte similar, o empurre da prancha onde este se tinha posto a salvo, para se (*sic*) salvar a si próprio. Pois que a pena cominada pela lei não poderia ser maior do que a perda da vida sofrida pelo primeiro. Em tal caso, uma tal lei não pode ter o efeito visado; pois a ameaça de um mal, que ainda é incerto (a ameaça de morte por efeito de sentença judicial), não pode prevalecer sobre o medo de um mal que é certo (quer dizer, morrer afogado). Portanto, o acto de autoconservação por meio do recurso à violência não há-de julgar-se como inocente (*inculpabile*), mas tão-somente como não punível (*impubile*) e esta isenção subjetiva de pena é tomada, em virtude de uma assombrosa confusão dos jurisconsultos, como objectiva (como licitude). (KANT, 2011, p. 51-52 – Ak, VI, 235-236).

Kant recorre a esse exemplo na passagem sobre o pretenso direito de necessidade, o qual constituiria uma violência permitida, uma autorização para, quando a vida de um

²⁴ Essa questão já aparece no livro *De officiis*, de Cícero, quando este filósofo cita algumas questões práticas levantadas por Hecatão (outro filósofo estoíco), tais como: “‘Se, num naufrágio, o tolo agarrar uma prancha, o sábio lha arrebatará se puder?’ Diz ele que não, achando que seria iníquo.” (CÍCERO, 1999, p. 167 – Livro III, 89) e “‘Se houver uma única prancha para dois naufragos: nenhum dos dois a tomaria para si ou um a cederia ao outro?’ ‘Que um a ceda, mas àquele cuja vida seja mais útil, em interesse próprio ou da república.’ ‘Que acontecerá se as condições forem idênticas para os dois?’ ‘Não haverá conflito, pois um cederá a sobrevivência ao outro como se a tivesse perdido por jogo ou sorteio’” (CÍCERO, 1999, p. 167-168 – Livro III, 90). Nota-se que nessas passagens Cícero apenas apresenta questões mencionadas por Hecatão, sem as responder.

indivíduo estiver ameaçada, ele poder violentar alguém que não lhe causou dano (KANT, 2011, p. 50 – Ak, VI, 235). Há dois elementos que merecem destaque na passagem que ilustra o *ius necessitatis*: o efeito atribuído à lei penal e a confusão dos juristas quanto à inclusão do direito de necessidade na legislação jurídica. O último elemento já foi analisado por ocasião da exposição do conceito de transgressão e, como já referido, evidencia que a legislação jurídica ordena objetivamente e não comporta exceções subjetivas.

Para o filósofo *não pode haver lei penal que condene* alguém que aja em estado de necessidade, entretanto *os juristas consideram ser impunidade objetiva (conformidade com a lei) essa impunidade subjetiva* caracterizada pelo *ius necessitatis*. Portanto, não se está a dizer que a lei penal deve conter a possibilidade de não condenação em virtude de o agente estar sob o suposto direito de necessidade, apenas se frisa que é incoerente alguém agir em estado de necessidade e ser condenado. Mesmo no estado de necessidade a transgressão existe, a culpa existe, mas ao transgressor não deve ser imposta pena pelo tribunal, ou, utilizando os termos kantianos, *o ato de salvar a própria vida por meio de violência não é para ser julgado inculpável mas apenas impunível*.²⁵

Kant esclarece que o estado de necessidade é um *pretense direito*, pois constitui uma suposta autorização para efetuar uma agressão injusta contra alguém que não empregou nenhuma violência contra o agente. Nesse sentido, admitir a existência de um direito, propriamente falando, de agir em estado de necessidade é admitir algo contraditório, visto violar a liberdade externa de outro indivíduo e, dessa forma, contrariar o princípio universal do direito. O *ius necessitatis* é um não-direito, seu reconhecimento apenas pode ocorrer pelo tribunal.

Além disso, tem-se *que a ameaça de um mal que é ainda incerto (a morte determinada por uma sentença judicial) não é capaz de superar o medo de um mal que é certo (ou seja, o afogamento)*, portanto *uma lei penal deste tipo seria incapaz de produzir o efeito desejado*. Assim, a lei penal poderia ser considerada meio para inibir a prática de delitos, ou seja, atribuir-se-ia àquela efeito preventivo geral negativo, em suposta colisão com os ideais retributivos. Por ora essa questão permanece em aberto, mas será posteriormente retomada.

Quanto à afirmação de que toda transgressão exige punição, parece que o próprio Kant admite uma exceção, conforme se depreende do exemplo a seguir:

²⁵ Kant esclarece que, no crime praticado sob o estado de necessidade, a partir de um pretense direito, há culpa e há um ato contrário ao dever; não há que se falar em inimputabilidade (incapacidade de entender o caráter ilícito). Todavia, pelas circunstâncias particulares do caso, o agente não será punido.

Mas se o número de cúmplices (*correi*) em tal acção for tão grande que o Estado, para se ver livre de tais criminosos, estivesse à beira de não ter já mais súbditos e se, todavia, não quisesse dissolver-se, quer dizer, passar ao estado de natureza, que é muito pior, porque está desprovido de toda a justiça exterior (e, sobretudo, se não quisesse embotar o sentimento do povo com o espectáculo de uma carnificina), então o soberano tem também neste caso de necessidade (*casus necessitatis*) que ter o poder para fazer ele mesmo de juiz (de o representar) e de proferir uma sentença que imponha aos criminosos outra pena que não a pena de morte, que mantenha a existência da população, como é a deportação: mas isto não por intermédio de uma lei pública, mas por um acto de autoridade, quer dizer, por um acto de direito de majestade, que, enquanto agraciamento, só pode exercer-se em casos particulares (KANT, 2011, p. 213-214 – Ak, VI, 334).

Ao ler essa passagem tem-se a impressão de que ela está em contradição com a exigência absoluta de justiça, independentemente de qualquer benefício, inclusive o benefício estatal. Como se verá no próximo capítulo, Jane Johnson argumenta que o risco de retorno ao estado de natureza, desprovido de justiça, permite ao soberano alterar as sentenças; *a punição é inseparável do direito dentro da sociedade civil* e se Kant não optasse por uma punição diversa da retribuição pura, que é imposta discricionariamente pelo soberano, todo o sistema de direito ruiria (JOHNSON, 2008, p. 295).

O caso do elevado número de criminosos que ameaça a dissolução do Estado é classificado por Kant como um *casus necessitatis*, sem nenhuma explicação do que isso significa. Caso se recorra ao direito de necessidade, é possível perceber que *a necessidade não tem lei* e, ao aplicar isso ao caso em questão, pode-se concluir que a não aplicação da retribuição punitiva acarreta uma situação injusta, que não se conforma à lei. Aliás, a solução dada para evitar a dissolução do Estado parte do soberano e não de um tribunal externo. Aparentemente o filósofo aceita esse ato injusto de não executar a pena imposta para que não se passe ao estado de natureza. Segundo ele, o mencionado estado “é muito pior, porque está desprovido de toda a justiça exterior” (KANT, 2011, p. 213 – Ak, VI, 334).

Kant também enfrentou o problema da perfeita retribuição quanto à perversidade interior do agente e isso se deu no exemplo da insurreição escocesa. Ao supor que um homem acreditasse que através da sua acção apenas cumpria seu dever, enquanto outro agia motivado por interesses pessoais e ambos pudessem optar pela morte ou pelos trabalhos forçados, o filósofo de Königsberg conclui que, em razão da concepção de honra, o homem que acreditava cumprir seu dever preferiria a morte e o outro, os trabalhos forçados. Ao considerar que:

o primeiro [o homem honrado] é, pois, indiscutivelmente menos merecedor de castigo do que o outro e por isso são todos punidos de um modo proporcionado com o infligir a morte a eles todos por igual; ao primeiro, mais suavemente, tendo em conta o seu modo de sentir peculiar, a este severamente, de acordo com o seu (KANT, 2011, p. 212-213 – Ak, VI, 334).

De maneira oposta, os trabalhos forçados acarretariam uma punição muito severa para o homem honrado e muito branda para o outro indivíduo. Além do argumento implícito que para o homem honrado que é preferível morrer do que ser escravo, isto é, a perder a autonomia, duas ideias gerais subjazem essa explanação de Kant: a primeira é que a punição deve retribuir não somente a ação contrária ao dever, mas a intencionalidade do agente; a segunda é a consideração de que “o melhor nivelador perante a justiça pública é a morte” (KANT, 2011, p. 213 – Ak, VI, 334). Quanto à primeira cabe recordar que na seara jurídica considera-se apenas a intencionalidade relacionada à transgressão. Ademais, a retribuição perfeita inclui a consideração da intencionalidade e, apesar de constituir um ideal para a punição humana, apenas é plenamente alcançada quando se concebe um Ser onisciente, capaz de conhecer e retribuir todas ações e intenções do indivíduo. O risco de erro no foro humano é reconhecido pelo próprio Kant em uma passagem que salienta a vedação ao chefe do Estado exercer a função de juiz, porque se colocaria em uma posição em que *poderia cometer injustiça*.

Ao retomar a segunda ideia que subjaz à explanação do caso da insurreição escocesa, isto é, que a morte é *o melhor equalizador ante a justiça pública*, importante perceber que, para Kant, aquele que cometeu um homicídio não pode queixar-se da aplicação da pena de morte, afinal a pena é equivalente ao que ele executou. Além disso, a legislação jurídica já ameaçava aplicar a pena de morte a todo aquele que praticasse homicídio, isto é, antes de praticar o crime o sujeito já conhecia as consequências de sua ação, portanto não pode alegar severidade excessiva. Dessa forma, a questão da intencionalidade é compreendida como uma dificuldade, mas não como um óbice à aplicação do castigo jurídico.

Ainda no terreno dos exemplos, Kant discute, em uma longa e polêmica passagem, o infanticídio de uma criança concebida fora do casamento e a morte de um soldado em um duelo:

Existem, no entanto, dois crimes merecedores de morte, relativamente aos quais subsiste ainda a dúvida de se a legislação tem o direito de os fazer acompanhar de pena capital. A ambos induz o sentimento de honra. Um é o sentimento de honra sexual, o outro o sentimento de honra militar, decerto a verdadeira honra que incumbe como dever a cada uma destas duas categorias de pessoas. O primeiro crime é o infanticídio (*infanticidium maternale*); o outro, o assassinato de um companheiro de armas (*commilitonicidium*), ou seja, o duelo. – Uma vez que a legislação não pode afastar a vergonha de um nascimento ilegítimo e, ainda menos, apagar a nódoa que recai sobre um oficial subalterno por suspeita de cobardia, o qual não opõe a uma afronta desprezível uma força pessoal superior ao temor da morte: parece que nestes casos as pessoas se encontram no estado de natureza e que o homicídio (*homicidium*), que então nem sequer teria que classificar-se como assassinato (*homicidium dolosum*), seria, indubitavelmente, punível em ambos os casos, mas não pode ser punido pelo poder supremo com a morte (KANT, 2011, p. 216 – Ak, VI, 335-336).

Aparentemente os crimes citados são menores que um assassinato (JOHNSON, 2008, p. 294), mas por quê? Na sequência Kant realiza uma comparação: a criança nascida fora do casamento seria como uma mercadoria de contrabando, cuja existência e destruição podem ser ignoradas pela comunidade. Já o soldado insultado é constrangido pela opinião pública a duelar e não a resolver a questão perante uma corte. Dessa forma, ambos os crimes são motivados pela honra e, de certa forma, as ações são corretamente motivadas. Jeffrie Murphy (1987, p. 530) e David Sussman (2008, p. 306-317) propõem que no exemplo do infanticídio e do duelo o imperativo categórico da lei penal continua válido, contudo, a comunidade compartilha de uma concepção de honra problemática. Portanto, não há como aplicar a retribuição, ou seja, a morte àqueles que agiram movidos por algo socialmente estimulado, *in casu*, a honra. Ademais, se a honra for compreendida como dignidade do agente racional, ela não pode ser perdida e merece defesa, mesmo que isso viole direitos de outras pessoas (SUSSMAN, 2008, p. 316).

Kant lembra que a legislação, “enquanto permaneça bárbara e primária, é responsável de que os móveis da honra no povo (subjectivamente) não queiram coincidir com as regras que (objectivamente) são adequadas ao seu propósito, de tal modo que a justiça pública, que dimana do Estado, se converte numa injustiça relativamente àquela que dimana do povo” (KANT, 2011, p. 217-218 – Ak, VI, 337). Apesar disso, o Estado não pode deixar de aplicar a pena até essas concepções bárbaras desaparecerem (BRANDT, 2001, p. 238), ao contrário, deve aplicá-la para mitigar ou findar com essa discrepância. Talvez essa seja a razão de hoje parecer um absurdo completo a comparação de uma criança nascida fora do casamento com uma mercadoria contrabandeada, bem como a inviabilidade dos duelos.²⁶

Nesse dois casos, infanticídio e duelo, Kant não defende crimes cometidos por defesa à honra, contudo reconhece uma incoerência entre aquilo que determinada sociedade estimula e o preceituado por uma legislação concebida *a priori*. Essa incoerência entre *estímulos subjetivos* e *medidas objetivas* coloca a justiça penal *em apuros*, para usar os termos do filósofo. Assim, até o momento em que não houver um avanço social que compatibilize *estímulos subjetivos* e *medidas objetivas*, é difícil afirmar que a legislação jurídica pode impor a pena de morte.

Por fim, cita-se o caso da dissolução da sociedade de uma ilha, exposto por Kant nos seguintes termos:

²⁶ A título de curiosidade lembra-se que no Brasil até o ano de 2002 os duelos integravam o Código Civil no elenco de mortes voluntárias, para fins de contrato de seguro (artigo 1440, parágrafo único). Obviamente já se encontrava em desuso muito antes de sua revogação expressa.

Mesmo que se dissolvesse a sociedade civil com o assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo que habita uma ilha decidisse separar-se e espalhar-se pelo mundo inteiro), teria antes que ser executado o último assassino que se encontrasse na prisão, para que a cada um aconteça aquilo que os seus actos merecem e o sangue derramado não seja da responsabilidade do povo que não exigiu este castigo: pois pode ser considerado como cúmplice desta violação pública da justiça (KANT, 2011, p. 211 – Ak, VI, 333).

Nesse exemplo permanece o conceito de lei penal como imperativo categórico, ou seja, de que a referida modalidade de lei deve ser imposta independentemente de qualquer benefício e como pura retribuição. Todavia, não restam claras as razões pelas quais sequer uma sociedade que se dissolverá por mútuo consentimento pode deixar de punir seus condenados. Como dito por Sharon Byrd, “vários aspectos do exemplo de Kant da sociedade da ilha inicialmente parecem enigmáticos” (BYRD, 2007, p. 321). Aqui não se apresentará nenhuma possibilidade interpretativa, apenas se sublinhará que os indivíduos se *dispersarão pelo mundo*, ou seja, não permanecerão no estado de natureza.

Em suma, após elencar essas ideias fundamentais no tocante à punição no sistema moral kantiano, percebe-se que este capítulo não é esclarecedor, pois sequer aponta qual é a finalidade que Kant atribui à punição jurídica. Entretanto, ao apresentar brevemente as ideias kantianas relacionadas ao castigo apresentam-se os *tijolos* de que fala Murphy ou as *peças do quebra-cabeça*, para seguir a metáfora de Hill Jr.. Apesar de algumas informações parecerem incompatíveis, assegura-se que há uma ordem. Assim, na tentativa de desvelar a concepção de punição expressa pelo filósofo de Königsberg, analisar-se-á, no próximo capítulo, as diferentes interpretações dadas aos seus escritos, bem como as incoerências apresentadas por aquelas.

3 INTERPRETAÇÕES DOS ESCRITOS DE KANT SOBRE A PUNIÇÃO

Ao analisar *en passant* os elementos expostos no capítulo anterior tem-se a impressão que Kant propôs finalidades contraditórias para a punição, afinal não parece possível simultaneamente olhar para trás e para frente, isto é, atribuir à sanção as finalidades retributiva e preventiva. Tradicionalmente esse problema era resolvido de forma simples: afirmava-se que as ideias preventivas estavam restritas a obras precoces²⁷ e/ou ignorava-se os trechos de *A Metafísica dos Costumes* que não eram compatíveis com o retributivismo.²⁸ Somente na década de 1980 alguns pesquisadores começaram a busca por uma interpretação coerente, que congregasse harmoniosamente todos os elementos expostos por Kant ou, pelo menos, todos os elementos expostos por Kant em *A Metafísica dos Costumes*.

Em 1987 Jeffrie Murphy publicou um artigo no qual deixava claro que sua certeza acerca de Kant representar um paradigma de punição retributiva dera lugar a um mal-estar. Segundo Murphy, Kant tem uma visão problemática de castigo, incoerente com a filosofia moral elaborada pelo filósofo e incapaz de representar uma *teoria* da pena. O pesquisador argumenta que uma *teoria* da pena exige o preenchimento de requisitos básicos, como a explicitação da natureza do crime e do castigo, da justificação moral e política da punição, dos princípios da responsabilidade penal e das penas adequadas, os quais, na leitura de Murphy, Kant não explicita. Ademais, Murphy afirma que ao *esquecer* da *Doutrina do Direito* (1ª parte da obra *A Metafísica dos Costumes*) percebe-se que a posição kantiana nos demais escritos criminais é radicalmente diferente e essa descontinuidade contribui para a hipótese de inexistência de uma *teoria* kantiana da pena.

É interessante perceber que apesar de Murphy desenvolver seu artigo em torno da ideia de que Kant não possui uma *teoria* da pena, sua conclusão é que Kant *provavelmente não* construiu uma *teoria* da pena (MURPHY, 1987, p. 532). Considerando essa dúvida na conclusão, pode-se afirmar que Murphy não elaborou uma nova interpretação dos escritos kantianos, apenas pôs em xeque a interpretação tradicional que, em outros tempos, o próprio Murphy adotara. Dessa forma, as questões levantadas por ele serão enfrentadas apenas no próximo capítulo e não neste, que aborda as interpretações dadas à *teoria* kantiana da pena.

Neste capítulo serão analisadas algumas possibilidades interpretativas dos escritos de Kant sobre a punição, as quais estão agrupadas sob quatro títulos. Inicia-se com uma visão

²⁷ Caso de Mario Cattaneo (1981, p. 203-205).

²⁸ A título exemplificativo, Adel El Tasse (2004, p. 66) e Alceu Corrêa Junior e Sérgio Salomão Shecaira (2002, p. 130).

tradicional e posteriormente se apresenta versões alternativas que reconhecem, assim como Murphy, a limitação da visão tradicional, que sequer abarca as ideias contidas em *A Metafísica dos Costumes*; nesse sentido, as versões alternativas são tentativas de responder a *dúvida de Murphy*, ou seja, se Kant construiu uma *teoria* da pena. Cada uma das exposições das possibilidades interpretativas será fiel ao pensamento do comentador e imediatamente seguida por uma análise crítica, na qual serão apontadas as incongruências existentes entre a interpretação analisada e textos kantianos.

3.1 RETRIBUCIONISMO PURO

A interpretação tradicional e mais difundida da *teoria* kantiana da pena é a puramente retributiva. Esse retribucionismo corresponde àquele apresentado no capítulo anterior, no qual, segundo Rawls (1955, p.4), (i) a punição justifica-se pela necessidade do crime merecer punição, (ii) é justo que um indivíduo que cometeu um crime sofra uma punição proporcional a seu ato e (iii) entende-se que é melhor um estado no qual o malfeitor sofre punição, independentemente de suas consequências. Essas características que Rawls elenca contrapõem-se ao que ele nomina *visão utilitarista*, pela qual a punição apenas se justifica em virtude de suas prováveis consequências na ordem social (RAWLS, 1955, p. 5).

As características rawlsianas da visão retributiva da punição representam elementos fundamentais da *teoria* kantiana da pena. Kant expõe os elementos (i) e (ii) como exigências *a priori*, pois “na ideia de nossa razão prática há ainda algo que acompanha a transgressão de uma lei moral, a saber, sua punibilidade” (KANT, 2011crpra, p. 62 – Ak, V, 37) e também porque o *jus talionis* é a única ideia não extraída da experiência (KANT, 2011, p. 256 – Ak, VI, 363). Nesse sentido, qualquer pessoa (inclusive o punido) concebe como justa a punição retributiva aplicada em decorrência do cometimento de uma infração.

Já a terceira característica mencionada por Rawls está parcialmente implícita nos escritos kantianos, afinal é evidente que a pena judicial não pode simplesmente servir de meio para outro bem, seja para o próprio desviante ou para a sociedade (KANT, 2011, p. 208 – Ak, VI, 331); entretanto Kant não menciona expressamente que um estado no qual os infratores são punidos é melhor que o contrário. O filósofo admite que direito e faculdade de coerção significam a mesma coisa (KANT, 2011, p. 46 – Ak, VI, 232) e ao considerar que após a consumação de uma infração a faculdade de coerção é o direito de punir, percebe-se que sem pena não há como garantir os direitos das pessoas; portanto, tendo em vista a natureza humana, torna-se difícil conceber um estado sem punições.

Outro argumento que pode corroborar que Kant considera melhor *um estado no qual o malfeitor é punido* é a afirmação acerca de a punição ser uma ideia *a priori*. Apesar do filósofo não expor os argumentos de sua afirmação, pode-se dizer que a punição visa à manutenção de uma igualdade proporcional entre os cidadãos, pois aquele que livremente age contra o dever jurídico não respeita a liberdade dos demais, busca seus interesses sem considerar o outro e, nesse sentido, obtém uma vantagem injusta. Essa vantagem injusta deve ser corrigida com a imposição de uma pena, caso contrário, isto é, podendo o infrator permanecer com a vantagem injusta, não há razão para que os cidadãos cumpridores da lei continuem cumprindo a lei.²⁹

Essas noções gerais fornecidas por Rawls servem como ponto de partida para que se possa diferenciar o retribucionismo do prevencionismo (ou concepção utilitarista da pena). A partir desse substrato rawlsiano pode-se agregar outras ideias à retribuição, como é efetuado pelas três interpretações da *teoria* kantiana da pena apresentadas a seguir, todas calcadas na retribuição pura, mas com ênfases muito distintas, como se verá.

3.1.1 A versão tradicional

A primeira defesa da retribuição pura representa a interpretação mais difundida da *teoria* kantiana da punição. Os intérpretes que consideram Kant um retributivista puro frisam que para o filósofo a pena jurídica é imposta unicamente porque houve o delito (CATTANEO, 1981, p. 221). Afasta-se a noção de pena como uma medida preventiva e estabelece-se a pena como um *post factum* (HÖFFE, 1993, p. 238). Essa ideia da punição como decorrência da infração de um dever do direito ficou evidente no primeiro capítulo, principalmente no comentário de Alf Ross, qual seja, que Kant não admite culpados não serem punidos e inocentes serem-no. Esse aspecto também é salientado por Höffe, ao afirmar que “só o criminoso pode ser punido e isso unicamente por causa de seu crime” (HÖFFE, 1993, p. 242).

Além da necessidade da pena judicial “ser-lhe sempre infligida somente porque cometeu um crime”, Kant esclarece que o ato “não pode nunca servir simplesmente de meio para fomentar um outro bem, seja em favor do próprio delinquente seja da sociedade civil” (KANT, 2011, p. 208 – Ak, VI, 331). Assim, por maior que seja o efeito de intimidação social ou reabilitação, a punição de inocentes é injusta (HÖFFE, 1993, p. 238), pois a noção punitiva está fundada na ideia absoluta de justiça (CATTANEO, 1981, p. 221). Ademais, a retribuição

²⁹ Para aprofundar essa análise veja-se John Finnis (2007, p. 255-259).

é uma exigência racional, independente dos pontos de vista empírico-práticos (HÖFFE, 1994, p. 244). No sentido de não admitir que considerações de utilidade possam alterar a punição é o exemplo kantiano de que um condenado à morte não pode conservar sua vida mesmo se anuísse em submeter-se a experimentos perigosos que poderiam trazer novos e úteis conhecimentos para a comunidade (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 332).

Também contribui para a defesa do retribucionismo puro o fato de Kant estipular o princípio da igualdade como definidor da espécie e do grau de punição (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 332). Essa lei de retribuição fica livre das críticas sobre as penas serem excessivas ou brandas. Isso resta claro quando o filósofo defende a pena de morte ao assassino, pressupondo que o princípio da igualdade entre infração e punição é uma ideia *a priori*, reconhecida pelo próprio desviante. Em virtude disso, “nunca se ouviu dizer que um condenado à morte por homicídio se tenha queixado de que com isso lhe está a acontecer algo excessivo e, portanto, injusto” (KANT, 2011, p. 213 – Ak, VI, 334).

Há casos, como se viu, nos quais retribuir o igual com o igual não é possível, seja porque a punição estipulada visa reparar ao mal feito à vítima (caso dos crimes privados) ou em virtude da retribuição real acarretar violação à Humanidade. Nesses casos “se o igual não pode ser possível em termos literais, pode permanecer válido quanto aos efeitos” (KANT, 2011, p. 210 – Ak, VI, 332), isto é, uma retribuição “segundo o espírito da lei penal” (KANT, 2011, p. 258 – Ak, VI, 363). Kant impõe a necessidade jurídica de prévia criminalização, bem como da estipulação da pena, pois “impor arbitrariamente penas para estes crimes é literalmente contrário ao conceito de uma justiça penal” (KANT, 2011, p. 257-258 – Ak, VI, 363); em suma, o filósofo reconhece a validade do axioma *nulla poena, nullum crimen sine lege*.

Frisa-se que tanto a hipótese na qual não é aplicado o talião real por desrespeitar a humanidade contida no desviante, quanto a refutação dos fins preventivos da pena, cujo objetivo é simplesmente obter um bem para a sociedade ou para o próprio desviante, decorrem da concepção kantiana de dignidade. Para Cattaneo a maior contribuição de Kant para o estudo do problema penal foi o princípio da dignidade (CATTANEO, 1981, p. 270). Esse elemento irrenunciável, como exposto no capítulo anterior, é decorrência da segunda formulação do imperativo categórico e implica também a vedação à tortura e aos suplícios. Isso fica evidente quando, ao defender a pena de morte, o filósofo faz o seguinte alerta: “morte que, bem entendido, deve ser isenta de qualquer mau tratamento que pudesse degradar monstruosamente a humanidade da pessoa a quem é infligida” (KANT, 2011, p. 211 – Ak, VI, 333).

Outro elemento importante lembrado pelos defensores do retribucionismo puro tradicional vai de encontro à crítica que o *jus talionis* kantiano representa uma vingança. Höffe esclarece que para Kant a punição não manifesta um instinto primitivo de vingança social e a faculdade de punir pertence a um poder juridicamente autorizado e não aos lesados, aos vizinhos irritados ou a um público difuso, como a comunidade (HÖFFE, 1993, p. 236). Aliás, Kant é taxativo ao afirmar que a lei de retribuição deve ser aplicada “perante a barra do tribunal (não no teu juízo privado)” (KANT, 2011, p. 210 – Ak, VI, 332) e que “o castigo não é um acto de autoridade privada do ofendido, mas de um tribunal distinto dele” (KANT, 2011, p. 410 – Ak, VI, 460).

Análise crítica:

Ao aderir à interpretação calcada na noção tradicional de retribuição pura torna-se simples compreender por que para Kant a punição justifica-se por si mesma e é imposta porque houve a ofensa e não meramente visando fins preventivos, afinal isso decorre da concepção punitiva calcada na justiça, concepção que é retributiva *a priori*. Essa também é a explicação para a modalidade e o *quantum* de pena. O retribucionismo puro seria compatível inclusive com o exemplo kantiano da dissolução da sociedade da ilha, visto a necessidade de retribuição ser, segundo essa interpretação, absoluta; inclusive os crimes relacionados ao sentimento de honra – o duelo e o infanticídio de uma criança concebida fora do casamento – podem ser interpretados como casos nos quais uma legislação *a priori* determina a morte dos agentes, mas uma legislação *bárbara* não, ou seja, esses exemplos também poderiam ser coerentes com esse retribucionismo puro.

Essa primeira versão da retribuição pura sequer dá conta de toda a casuística apresentada por Kant na obra *A Metafísica dos Costumes*, obra tardia na qual o filósofo teria apresentado sua visão madura sobre a punição. A primeira incompatibilidade decorre da exemplificação do *ius necessitatis*, quando o filósofo menciona uma situação hipotética na qual dois naufragos, correndo risco de morte, disputam uma tábua para se porem a salvo; o direito de necessidade é o pretenso direito que possui qualquer dos naufragos de empurrar o outro da tábua e salvar a si próprio. A conclusão de Kant frente ao caso de *ius necessitatis* é a seguinte: “em tal caso, uma tal lei não pode ter o efeito visado; pois a ameaça de um mal, que ainda é incerto (a ameaça de morte por efeito de sentença judicial), não pode prevalecer sobre o medo de um mal que é certo (quer dizer, morrer afogado)” (KANT, 2011, p. 51 – Ak, VI, 235). A conclusão kantiana admite que o *efeito visado* com a lei penal é que a *ameaça de um mal*, mal esse juridicamente chamado pena, possa *prevalecer* e, portanto, obstar o

cometimento do crime. Ora, é inequívoco que nessa passagem o filósofo atribui à lei penal um efeito preventivo, o qual é incompatível com a ideia de retribuição pura.

Outro exemplo que destoa da pura retribuição é o do elevado número de cúmplices, cuja punição ameaça deixar o Estado sem súditos, culminando no regresso ao estado de natureza. Kant classifica essa situação de *casus necessitatis* e, para ele, ela autoriza o soberano a proferir sentença diversa da retribuição pura, visando à manutenção da existência de população (KANT, 2011, p. 213-214 – Ak, VI, 334). Deve-se ter em mente que se no exemplo da dissolução da sociedade da ilha Kant exige-se que o último assassino seja executado, uma concepção retributiva exigiria que no caso do elevado número de cúmplices também fosse aplicada uma punição igual ao ato praticado, o que expressamente o filósofo não faz.

Além disso, em *Moralphilosophie Collins* fala-se em castigos preventivos, cujo fim é “que não aconteça o mal”, os quais “constituem meios para prevenir o delito” (KANT, 2009, p. 95 – Ak, XXVII, 286). Nesse diapasão, mostra-se inviável sustentar uma finalidade puramente retributiva à punição e persistir nessa interpretação é sustentar algo que não expressa coerentemente sequer o que Kant escreveu em *A Metafísica dos Costumes*. Em busca de uma interpretação mais coerente passar-se-á para a análise de duas versões mais sofisticadas da retribuição pura.

3.1.2 Aplicando as ciências exatas à filosofia moral

A primeira versão sofisticada do retribucionismo foi defendida por Jane Johnson, que propõe uma análise a partir da relação existente entre a concepção kantiana de justiça e os conceitos de negação real e lei de ação e reação. Ela inicia sua exposição lembrando que o exemplo da tábua de salvação, do duelo do soldado insultado e do infanticídio da criança concebida fora do casamento “são casos especiais que precisam ser explicados a fim de evitar a confusão sobre sua [de Kant] visão” (JOHNSON, 2008, p. 294). Para a comentadora as três situações mencionadas constituem exceções, as quais não representam a forma como Kant compreende a punição; ela propõe um início a partir da seguinte questão: “por que nós temos a prática da punição” (JOHNSON, 2008, p. 295), cuja resposta relaciona-se à noção de negação real.

Kant fala sobre a negação real em um texto pré-crítico intitulado *Ensaio para introduzir a noção de grandezas negativas em filosofia*, no qual propõe a utilização filosófica da matemática. Nesse escrito o principal objetivo do filósofo é demonstrar que o conceito de negação real pode ser utilizado na filosofia e para isso ele diferencia dois tipos de oposição: a

lógica e a real. A primeira ocorre quando “de uma única e mesma coisa, afirma-se e nega-se algo ao mesmo tempo” (KANT, 2005, p. 57 – Ak, II, 171) e, assim, tem-se como resultado “*absolutamente nada (nihil negativum irrepraesentabile)*, como o exprime o princípio de contradição” (KANT, 2005, p. 57-58 – Ak, II, 171). Já a oposição real dá-se quando dois predicados são opostos, entretanto isso não ocorre pelo princípio de contradição.

Para explicar as modalidades de oposição o filósofo fornece exemplos: (i) há oposição lógica quando se afirma que um corpo simultaneamente está em movimento e não está em movimento e (ii) há oposição real quando se afirma que um sujeito é credor de R\$ 100,00³⁰ em uma relação *a* e devedor de R\$ 100,00 em uma relação *b*. Assim, enquanto o primeiro tipo de oposição é constituído por um predicado que afirma o que outro nega, cuja consequência é *absolutamente nada*, isto é, algo impensável, na oposição real tem-se dois predicados afirmativos em oposição recíproca, cujo resultado é a supressão parcial ou completa dos predicados. Mesmo no caso dos predicados em oposição real se suprimirem completamente eles originam algo: um nada relativo (*nihil privativum, repraesentabile*) que Kant representa por zero (0).

Essa breve exposição da oposição real é fundamental na medida em que Johnson utiliza esse conceito para expor a concepção kantiana de justiça e de punição. Aprofundando a relação vislumbrada por Kant entre a filosofia moral e as ciências exatas, a intérprete salienta que na obra *A metafísica dos costumes* o direito estrito é representado como a possibilidade de uma coerção recíproca universal conforme a liberdade de cada um segundo leis universais e essa lei de coerção recíproca é comparável à “possibilidade dos movimentos livres dos corpos sob a lei da simetria de acção e reacção” (KANT, 2011, p. 46 – Ak, VI, 232). Dessa forma, a terceira lei de Newton descreveria também a relação dos cidadãos na esfera normativa do Estado e, por conseguinte, em resposta ao crime exige-se punição calcada no sistema de igualdade (JOHNSON, 2008, p. 302).

Além de a punição ser uma reação à ação delitativa, em analogia à terceira lei de Newton, pode-se entendê-la como “fundamental e essencialmente ligada ao direito de acordo com o princípio da negação real, que serve para cancelar o impedimento ao direito que representa o injusto” (JOHNSON, 2008, p. 302). Essa conclusão de Johnson calca-se no fato de Kant afirmar:

A resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele. Ora, tudo aquilo que não é conforme com o Direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais; mas a coerção é um impedimento ou

³⁰ Obviamente Kant não utiliza a moeda brasileira – o real – para ilustrar a negação real. No original fala-se em dívida ativa e passiva de 100 táleres.

resistência com que se defronta a liberdade. Consequentemente, se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme com o Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito (KANT, 2011, p. 44-45 – Ak, VI, 231).

Johnson comenta essa passagem da seguinte forma: “Portanto, a punição é uma forma legítima de coerção dentro do estado porque atua para neutralizar o crime” (JOHNSON, 2008, p. 303). Para a comentadora a justiça é feita quando a coerção punitiva cancela o ato errado e a liberdade prevalece, contudo ela frisa que Kant não sugere que a punição representa algo metafísico capaz de corrigir erros. A punição estabelece a justiça ao restaurar o equilíbrio social e não alterando o que já ocorreu no mundo físico.

Para cancelar o crime de acordo com o princípio de negação real é necessário, segundo Johnson, que a punição seja proporcional ao erro cometido, isto é, que se adéque ao princípio da igualdade retributivista. Essa igualdade entre crime e pena é defendida por Kant, de forma que a precisão das penas é uma exigência de justiça. Como exemplo da exigência da precisão das punições Johnson cita os seguintes trechos da obra *A metafísica dos costumes*: (i) a defesa, quanto à punição, da adoção do princípio da igualdade pela justiça pública, visto “não inclinar-se mais para um lado do que para o outro” (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 332); (ii) a determinação do *jus talionis* como forma precisa e livre de oscilações para atribuir pena, (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 332); (iii) a afirmação que o criminoso não pode queixar-se de injustiça quando “faz recair sobre si mesmo a sua má acção e lhe acontece aquilo que infligiu a outras pessoas” (KANT, 2011, p. 258 – Ak, VI, 363).

A intérprete cita uma quarta passagem, na qual Kant compara o correto juridicamente com uma linha reta e segue afirmando que a linha reta pode ser oposta por uma curva ou por uma linha oblíqua. No caso da segunda oposição há “duas linhas, que se cruzam ou chocam entre si, das quais só pode haver uma (a perpendicular) que não se incline mais para um lado do que para o outro e que divida o espaço em duas partes iguais” (KANT, 2011, p. 47 – Ak, VI, 233). O filósofo conclui que a doutrina do direito também quer determinar precisamente o *seu* de cada um. Conforme Johnson “é a simetria entre os dois ângulos criados pela perpendicular que [...] deve ser replicada quando o montante de punição é determinado. O ângulo criado pelo crime deve ser equilibrado pelo ângulo feito pela sua punição” (JOHNSON, 2008, p. 304). Para ela essa explicação com base na matemática também aponta para a exigência de precisão na determinação das penas.

A comentadora considera Kant um retributivista não apenas porque ele parece aceitar (i) que o destino de um criminoso depende das ações que ele praticou e (ii) que a punição é

somente decorrência do cometimento do crime, como fazem os defensores da retribuição penal. Ela acrescenta que ao violar o direito e ilegitimamente interferir no exercício da liberdade de outro cidadão, o criminoso acarreta implicações amplas, pois a sociedade está baseada na reciprocidade. “A punição é requerida para reabilitar o direito – para reconhecer a injustiça que o criminoso perpetrou, para colocar as coisas na linha e para restaurar o *status quo* no sentido conceitual” (JOHNSON, 2008, p. 305), afinal o ato criminoso havia se oposto ao direito e, conforme a intérprete, essa oposição atua efetivamente cancelando o direito.

Por fim, a afirmação kantiana de que a constituição civil traz consigo o conceito de justiça punitiva (KANT, 2011, p. 256 – Ak, VI, 362) é interpretada como uma justificação do objetivo geral da punição, ou seja, a punição é exigência da justiça que por sua vez é exigência da sociedade civil. Inclusive Johnson conclui com a seguinte frase: “para saber o que a justiça é para Kant necessitamos do conceito de punição” (JOHNSON, 2008, p. 306), indicando que a punição é necessária para a existência de justiça. Em suma, sua interpretação propõe a consideração de elementos das ciências exatas, que teriam sido utilizados por Kant para explicar sua concepção de punição.

Análise crítica:

Pode-se notar que Johnson classifica Kant como um retributivista, entretanto sua interpretação destoa do retribucionismo puro tradicional por ser calcada em uma concepção sofisticada de justiça e por expressamente reconhecer que Kant fala de exemplos incompatíveis com a retribuição pura (como o caso da tábua de salvação e os crimes praticados pelo sentimento de honra), os quais devem ser encarados como casos especiais. Todavia a comentadora não explica por que inclui parte da casuística na categoria *casos especiais*, enquanto outros exemplos, também incoerentes com o *jus talionis*, sequer são lembrados – como o elevado número de cúmplices que tem aplicada pena diversa da estipulada pelo estrito talião. A possibilidade de castigos preventivos tampouco é mencionada.

Também é relevante perceber que a partir da passagem Ak 231 de *A metafísica dos costumes*, não se segue diretamente a conclusão de Johnson, isto é, que *a punição é uma forma legítima de coerção dentro do estado porque atua para neutralizar o crime*. A conclusão da comentadora é decorrência do princípio da negação real e poderia ser representada pelo seguinte exemplo:

Um agente X cometeu uma infração y, foi condenado à pena y e já a executou.

$$\begin{array}{ccc} \downarrow & \downarrow & \downarrow \\ - a & + a & = 0 \end{array}$$

Entretanto na mencionada passagem Kant não afirma isso, apenas esclarece que:

A resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito.

$$\begin{array}{ccc} \downarrow & \downarrow & \downarrow \\ - & (- a) & = + a \end{array}$$

Ou seja, o filósofo apenas explica que apesar da pena ser um obstáculo à liberdade, ela fomenta e concorda com a liberdade pois a pena visa obstar o uso indevido da liberdade. Outra possível fonte de equívocos é a menção superficial à terceira lei de Newton, que faz o leitor ter a impressão que quando o agente A pratica uma ação delitiva x contra o cidadão B, B tem o direito de impor uma pena x ao infrator A. Todavia isso representaria anuência à vingança, o que Kant expressamente veda ao determinar que a pena (a “reação”) deve ser aplicada por um tribunal.

Também merece reparo a passagem na qual Kant faz uma analogia do juridicamente correto com uma linha reta (Ak, VI, 233), afirmando que o direito *quer determinar a cada um o que é seu*. Neste trecho há menção à obrigação estrita, que acompanha os deveres jurídicos, em oposição à ética, cujos deveres são de obrigação ampla. O filósofo fala que o direito *quer determinar* e não que o direito determina, afinal essa passagem antecede o *ius aequivocum* (equidade e *ius necessitatis*). Em suma, diferentemente da interpretação de Johnson, Kant não fala na necessidade de um ângulo ser replicado na determinação da punição. Aliás, em momento algum ele fala em replicar ângulos e sequer menciona a punição nesse trecho.

Apesar da explicação de Johnson de que o termo *cancelar* não significa algo metafísico, capaz de corrigir erros, afirmar que *a punição serve para cancelar o impedimento ao direito* vai de encontro com a afirmação kantiana de que a punição “é imposta não para anular a ofensa, mas porque há uma ofensa” (ZWEIG, 1999, p. 448 – Ak, XI, 398). Também destoam dos escritos kantianos considerar a justiça como objetivo geral da punição, pois o filósofo diz que a pena deve conter justiça (que ele identifica com o princípio da igualdade); isso significa que a justiça comporia a punição, o que é diferente de ser objetivo (meta/fim).

3.1.3 A punição como lei definida pela máxima do criminoso

A terceira possibilidade baseada na retribuição pura é fornecida por Samuel Fleischacker. Ao perceber que as interpretações contemporâneas da *teoria* kantiana da pena destoam do pensamento moral de Kant, Fleischacker propõe-se a apresentar “uma

interpretação alternativa que, embora um pouco complicada, deve pelo menos preservar a integridade da perspectiva moral de Kant” (FLEISCHACKER, 1992, p. 191). O comentador frisa que uma teoria moral fundada na liberdade deve enfrentar dois problemas para aceitar a imposição forçada de dor àquele que infringiu a lei positiva: primeiro, como os soberanos justificam o uso da força contra um ser livre; segundo, qual é a base moral que justifica os cidadãos consentirem em ser punidos.

Ao buscar respostas nos escritos morais de Kant, pode-se afirmar que a utilização da força é legítima quando “um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais” (KANT, 2011, p. 44-45 – Ak, VI, 231). Nesse sentido é universalizável agir de modo a coagir aqueles e somente aqueles que estão tentando impedir a liberdade do agente, como se houvesse uma licença de coerção, visando à defesa da liberdade pessoal. Entretanto isso não é aplicável à punição visto ela ser aplicada após o delito e não no momento da ocorrência, como um obstáculo à consumação do crime (FLEISCHACKER, 1992, p. 192).

Já a segunda questão proposta – acerca da justificação moral do consentimento dos potenciais infratores em serem punidos – parece ser incoerente com a vontade que seres livres possuem de manter sua liberdade, principalmente ao considerar que “a punição sempre atua como uma intimidação, como Kant reconhece nas *Lições de Ética*, sejam quais forem os outros propósitos os quais ela possa servir” (FLEISCHACKER, 1992, p. 192). Além disso, consentir com uma coerção injusta é comparável à violação de um dever para consigo mesmo, pois ameaça a capacidade da pessoa agir livremente sob a lei da vontade (FLEISCHACKER, 1992, p. 192).

Para Fleischacker há razões morais para a existência da punição, tanto que Kant afirma que “a lei penal é um imperativo categórico” (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 331), contudo o filósofo não explicita as mencionadas razões. Há apenas indícios do valor moral da punição, como a estipulação da punição como um fim em si mesmo, a necessidade dos tribunais imporem os castigos, a ligação entre justiça penal e constituição política e a determinação do *jus talionis* como única forma legítima de punição. Aliás, quanto a este último aspecto, a intimidação, para Kant, não determina o valor moral da punição, “mas talvez ele veja a intimidação como um ideal racional para toda a punição, aplicável universalmente (a priori) (*sic*) ao crime mesmo que às vezes não funcione” (FLEISCHACKER, 1992, p. 194).

A premissa *a punição surge da vontade do próprio criminoso* é utilizada como ponto de partida para investigar (i) se ao querer seu crime o indivíduo quis sua punição e (ii) se a punição é uma oportunidade para o criminoso recuperar sua dignidade. Ambas as hipóteses

parecem falsas, pois (a) ao falar do *homo noumenon* e do *homo phaenomenon* Kant admite que um ser racional quer viver sob um sistema que pode punir, mas isso não significa que alguém realmente queira ser punido; (b) se a punição representasse uma possibilidade de recuperar a dignidade, o criminoso iria querer sua punição, o que o filósofo veda (KANT, 2011, p. 215 – Ak, VI, 335). Nesse sentido, quando o *homo noumenon* submete o *homo phaenomenon* à lei penal, ele quer algo diverso da lei da punição particular.

Ao considerar um sistema que retribui o igual com igual, parece óbvio que a punição do criminoso seja igual ao sacrifício dos cidadãos cumpridores da lei, entretanto o *jus talionis* estipula que a punição seja igual ao crime perpetrado. Assim, Fleischacker propõe que na punição retributiva “o criminoso viva sob a lei que ele implicitamente estabelece” (FLEISCHACKER, 1992, p. 200), como se a máxima do criminoso se tornasse lei, ou seja, dando uma interpretação racional para o ato delitivo. Dessa forma a função do juiz limita-se a considerar as ações externas e interpretar as máximas do delinquente como expressão de uma lei universal (FLEISCHACKER, 1992, p. 201-202). Mesmo porque o magistrado não possui meios para verificar se há uma contradição intrínseca na vontade do criminoso que, por exemplo, rouba; ter-se-ia que considerar a possibilidade do ladrão querer um mundo sem propriedade privada (FLEISCHACKER, 1992, p. 203).

Para Fleischacker:

Kant constrói o seu reino da legalidade sobre o modelo do reino moral. Como um todo, o último forma uma espécie de estado ideal, regido pelas leis da racionalidade prática pura que são criadas e consentidas por todo ser numenal (sujeito) e executadas sob a soberania de um Deus racional que distribui recompensas e punições (FLEISCHACKER, 1992, p. 204).

Assim, em uma interpretação semelhante à de Johnson, Fleischacker conclui que “o bom cidadão não pede mais da sociedade do que a proteção dos seus fins tradicionais e isso ele recebe desde que sejam punidos os criminosos. A punição não apenas aplica a lei do criminoso para ele mesmo, mas também destrói os efeitos de sua criminalidade” (FLEISCHACKER, 1992, p. 205). Segundo o comentador, a punição dos delinquentes possibilita que os demais cidadãos vivam sob suas próprias leis.

Por fim, Fleischacker menciona que a aplicação da punição por um tribunal torna o procedimento impessoal e possibilita converter a vingança em algo racional, preservando o respeito dos demais cidadãos para com o criminoso, bem com seu respeito próprio (FLEISCHACKER, 1992, p. 206-207). Já ao abster-se de aplicar a punição o Estado anui com a degradação da humanidade provocada pelo criminoso em si mesmo, por não viver de acordo com as leis da razão, e nas vítimas, que são tratadas como simples meios (FLEISCHACKER,

1992, p. 207-8); dessa forma, pode-se compreender as razões que levam Kant a exigir a execução das penas mesmo no caso de dissolução consensual de uma sociedade.

Análise crítica:

A interpretação de Fleischacker é sujeita a críticas pois a passagem na qual Kant fala da *resistência que se opõe à obstaculização de um efeito* (Ak, VI, 231), diferentemente do afirmado pelo comentador, pode ser aplicada à punição, por exemplo quando se pensa na punição prevista abstratamente na lei penal. Também merece correção a afirmação que *a punição sempre atua como impedimento*, afinal o filósofo concebe duas modalidades de punição, das quais apenas uma é puramente preventiva (atua como impedimento) (KANT, 2009, p. 95 – Ak, XXVII.1, 286).

Além disso, para Fleischacker (i) o juiz limita-se a apreciar as ações externas, enquanto Kant afirma que a pena deve retribuir a maldade interior (KANT, 2011, p. 212 – Ak, VI, 333); (ii) o reino moral *forma uma espécie de estado ideal*, todavia o estado ideal kantiano não possui punições (KANT, 1989, p. 311 – Ak, III, 373) e o filósofo fala em *castigos morais*, o que parece incompatível com a afirmação do comentador; (iii) o tribunal converte a vingança em algo racional, todavia Kant não admitiria isso, pois “não só constitui dever de virtude não responder à hostilidade alheia de modo vingativo, com ódio, como também nem sequer se deve pedir vingança ao juiz do universo” (KANT, 2011, p. 410 – Ak, VI, 460).³¹

A principal tese do comentador também é questionável, pois ao afirmar que a punição é concebida como aplicação da máxima do criminoso, deve-se aceitar que o tribunal jurídico deve repetir a máxima irracional do criminoso. Contudo, a explicação da terceira formulação do imperativo categórico possui o seguinte teor: “segundo este princípio são rejeitadas todas as máximas que não possam subsistir juntamente com a própria legislação universal da vontade” (KANT, 2011fmc, p. 77 – Ak, IV, 431). Dessa forma, máximas incoerentes com a legislação universal (não particular) da vontade devem ser rejeitadas. Assim não faz sentido falar em punição baseada em uma máxima irracional.

Ademais, Kant é taxativo: “o criminoso pode cometer o seu crime seja segundo a máxima de uma regra adoptada como objectiva (como universalmente válida), seja apenas como excepção à regra (eximir-se em certas ocasiões)” (KANT, 2011, p. 192 – Ak, VI, 321). Todavia, para o filósofo, é impossível que homens cometam um crime do primeiro modo,

³¹ Essa passagem, combinada com a necessidade do *ius talionis* ser aplicado por um tribunal (Ak, VI, 332) e com a inexistência de menção a algum tipo de vingança pública ou estatal faz o leitor de Kant concluir que não há um processo contínuo entre vingança privada e pena, tampouco racionalização da vingança.

afinal o criminoso teria que rejeitar a autoridade da lei que sua própria razão considera válida. O fato de Kant considerar as transgressões como *exceções à regra* e não como máximas que o criminoso entende ser universalmente válidas, por si só já obstaculiza a interpretação de Fleischacker, cujo núcleo básico exige que se considere o crime como expressão de uma máxima que o criminoso consideraria universalmente válida.

Nota-se que as interpretações calcadas na noção de retribuição pura sequer fornecem uma interpretação coerente do que Kant escreveu na obra *A metafísica dos costumes*. Além dos pequenos equívocos interpretativos que Jane Jonhson e Samuel Fleischacker cometeram, o retribucionismo puro destoa ou olvida-se da casuística kantiana e vai de encontro à possibilidade de castigos preventivos. Visando considerar também esses elementos, tem-se outra possibilidade interpretativa: o retribucionismo parcial.

3.2 RETRIBUCIONISMO PARCIAL

Ao retomar os estudos sobre a teoria kantiana da punição percebeu-se que a noção de retribuição pura não é coerente com os escritos de Kant. Em busca de uma interpretação coerente recorreu-se principalmente às anotações de aula dos alunos de Kant. A consequência foi a percepção de um lado preventivo da punição, como se verá nas interpretações de Sharon Byrd e Thomas Hill Jr.

3.2.1 Ameaça e retribuição: as duas faces da punição

Sharon Byrd afirma que a teoria kantiana da punição não é corretamente compreendida em virtude da moderna visão monística da pena, a qual diverge da concepção dualística defendida por Kant. Conforme a intérprete, para o filósofo a punição teria duas faces independentes, mas mutuamente restritivas: a primeira é a ameaça que a sociedade civil utiliza para deter ações humanas destinadas a violar o direito dos outros, enquanto a segunda é a retribuição na execução da ameaça, cuja finalidade é limitar a reação estatal e garantir o respeito ao indivíduo. A primeira face diz respeito à lei penal em abstrato, por exemplo, o artigo 121 do Código Penal tenta intimidar as pessoas a não matarem a partir da ameaça da pena prevista. A segunda face dá-se após o cometimento do crime, quando se executa a pena ameaçada; essa face preocupa-se com a retribuição para que se obste a reação estatal

desmedida e mantenha-se o respeito ao indivíduo. Assim a comentadora mantém a consistência dos escritos kantianos, inclusive com os mais antigos.

Para desenvolver sua interpretação Byrd parte de noções básicas, pois esclarece que (i) as leis de liberdade podem ser conhecidas *a priori* e podem ser tanto éticas como jurídicas (BYRD, 2007, p. 282); (ii) deveres internos são aqueles cujo cumprimento não pode ser observado, enquanto a observância dos deveres externos é empiricamente verificável e pode ocorrer independentemente da razão que o agente possui para atuar (BYRD, 2007, p. 286); (iii) os deveres legais restringem-se às ações externas e não exigem motivações internas do agente, como faz a ética (BYRD, 2007, p. 278).

A partir da classificação dos deveres, a comentadora determina o âmbito de atuação da legislação jurídica:

Se nós considerarmos a classificação de Kant dos deveres em geral como perfeitos e imperfeitos de um lado e deveres para com os outros e para consigo mesmo de outro, existem quatro grupos de deveres possíveis: (1) deveres perfeitos para com os outros, v.g, proibição de homicídio, (2) deveres perfeitos para consigo, v.g, proibição de suicídio, (3) deveres imperfeitos para com os outros, v.g, dever de caridade, (4) deveres imperfeitos para consigo mesmo, v.g, dever de empenhar-se no autoaperfeiçoamento. A exigência que os deveres legais sejam externos exclui somente o grupo 4 da série de possíveis obrigações jurídicas já que ao menos certos aspectos do autoaperfeiçoamento não são verificáveis empiricamente. Acrescendo a exigência de que o dever externo, adicionalmente, seja motivado externamente exclui o grupo, 2 já que um ator que busca a sério a autodestruição não pode ser persuadido a abandonar permanentemente o plano por qualquer motivação externa. Finalmente, acrescendo à estipulação que a liberdade à qual o dever relaciona-se é a liberdade externa, exclui-se o dever de caridade para com os outros (BYRD, 2007, p. 290).

Ao verificar que somente os deveres perfeitos para com os outros podem ser objeto da legislação jurídica e com motivação externa, a comentadora afirma que o cumprimento de tais deveres pode ser exigido coercitivamente (BYRD, 2007, p. 291). Entretanto essa afirmação requer explicação, pois a liberdade é o único direito originário que todo homem possui em virtude de sua humanidade (KANT, 2011, p. 56 – Ak, VI, 237). As ações humanas podem ter influência umas sobre as outras, razão pela qual as liberdades são reciprocamente limitadas. Assim, uma ação é correta quando pode coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal e errada quando não puder coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal; também é correto o impedimento de uma ação errada, pois “a resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele” (KANT, 2011, p. 44 – Ak, VI, 231).

Ao entender a liberdade como um direito originário da humanidade e considerar o conceito de direito como coerção decorrência do conceito de liberdade, Byrd conclui que o “direito coercitivo também é originário para o homem. Ele não pode, portanto, depender da

existência de uma sociedade civil” (BYRD, 2007, p. 294). Segundo essa interpretação a coerção justificada pode ser empregada para a defesa própria, mas não constitui vingança, isto é, “ela pode ser empregada para manter um direito mas não para vingar uma violação de direito” (BYRD, 2007, p. 295), afinal Kant rechaça a possibilidade de vingança pessoal tanto na doutrina do direito como na doutrina da virtude.

Byrd também analisa a questão da posse e conclui que “o propósito da sociedade civil na teoria kantiana é adquirir e assegurar direitos” (BYRD, 2007, p. 301) e para que essa obrigação seja cumprida a sociedade possui o direito de punir as violações criminais. A comentadora lembra que “somente crimes públicos são puníveis criminalmente e crimes públicos são aqueles que põem em risco a segurança da sociedade” (BYRD, 2007, p. 303). Tal modalidade de crime pode ser exemplificado pelo furto, cuja vítima pode ser qualquer um e cujo resultado é uma situação de insegurança ao direito de propriedade de todos; evidencia-se que a máxima do criminoso está em contradição com a vontade comum.

Segundo a comentadora, Kant atribui à lei criminal o propósito de dar segurança para a vontade comum, o que não pode ser alcançável com uma teoria retributiva, considerando que a retribuição ocorre após a consumação do delito (BYRD, 2007, p. 305). Dessa forma, deve-se diferenciar dois momentos punitivos, pois “a punição é ameaçada para induzir a observância de normas de direito criminal ou para deter violações, mas é executada de acordo com as demandas da justiça estatal no princípio da retribuição, porque o ator violou a norma” (BYRD, 2007, p. 305-306). Byrd lembra que “a distinção entre punição como uma ameaça ativamente usada para prender um indivíduo às regras de conduta e a execução da punição como uma resposta para uma quebra da obrigação que é de cada um foi feita tanto antes como imediatamente após a filosofia crítica de Kant” (BYRD, 2007, p. 306).

Conforme Byrd, ao endereçar a ameaça à coletividade, e não a um indivíduo particular, não se utiliza o indivíduo como um simples meio, ou seja, não há violação à segunda formulação do imperativo categórico. Nas palavras da comentadora, “para a sociedade, a ameaça de punição é a coerção usada profilaticamente para prevenir interferências injustas contra a liberdade individual” (BYRD, 2007, p. 309), pois ao entrar na sociedade civil os indivíduos desistem de utilizar a força coercitivamente contra os demais, pois recebem uma garantia de segurança. Segundo a comentadora, o estado pode obrigar o indivíduo porque lhe dá proteção (BYRD, 2007, p. 310). Aqui é importante perceber que o estado apenas obriga o indivíduo a não limitar indevidamente a liberdade do outro, de forma os demais objetivos do indivíduo podem ser livremente perseguidos (BYRD, 2007, p. 320).

Interessante notar que, segundo a comentadora, quando o agente é incapaz de ser motivado pela lei em virtude de um defeito pessoal “a sociedade é necessariamente ineficaz em seu dever de garantir a segurança e, portanto, não pode executar a ameaça empregada” (BYRD, 2007, p. 312-313). Além disso, “somente ofensas intencionalmente cometidas são crimes e puníveis na lei criminal” (BYRD, 2007, p. 313), afinal a ameaça de punição não pode ter nenhum efeito sobre os negligentes e, portanto, atos negligentes não podem ser punidos, mas apenas se pode, como vítima, exigir uma compensação

Byrd esclarece que o princípio retributivo determina o tipo e a quantidade de punição para “deter cada indivíduo de cometer uma ofensa particular” (BYRD, 2007, p. 317), além de vedar a punição de um inocente e a não punição de um culpado (BYRD, 2007, p. 319). Segundo a comentadora pode-se não punir um culpado para preservar o estado, mas, em virtude da liberdade inata, pela mesma razão não é possível punir um inocente (BYRD, 2007, p. 318). Quanto à afirmação que a lei criminal é um imperativo categórico, refere-se ao juiz, que deve aplicá-la (BYRD, 2007, p. 318).

Por fim, Byrd interpreta os exemplos da dissolução da sociedade da ilha e dos crimes contra a honra. No tocante ao primeiro exemplo, conforme a comentadora, Kant é muito criticado em virtude da pena de morte, pois “se alguém considerar um débito nacional pertencente à sociedade, por exemplo, o argumento que ele deve ser reembolsado antes da sociedade poder permissivamente se dissolver é intuitivamente persuasivo. Que alguém deva ser executado não é tão persuasivo” (BYRD, 2007, p. 321-322).³² Já os crimes motivados pela honra, mencionados em *A metafísica dos costumes*, evidenciam que no tempo de Kant “a honra era mais altamente valiosa que a vida” (BYRD, 2007, p. 322).

Análise crítica:

Dentre as interpretações expostas neste capítulo, a proposta por Byrd é a menos sujeita a críticas visto relacionar diversos escritos de Kant, inclusive anotações de aulas, as quais integram o volume XXVII das *Obras Completas* editadas pela Academia. Dessa forma, a comentadora propõe a existência de unidade na posição defendida por Kant frente à punição e, nesse sentido, sua análise assemelha-se com a proposta apresentada no próximo capítulo, isto é, com a tese defendida nesse trabalho. A análise de Byrd, em que pese a divergência

³² O argumento de Byrd consiste em uma defesa de que para os indivíduos dissolverem consensualmente sua sociedade e poderem integrar outra sociedade é necessário um prévio *fechamento de contas*. Para a comentadora, é um argumento *intuitivamente persuasivo* que antes da dissolução social os débitos sejam quitados (quitação financeira), mas *não é tão persuasivo* que os condenados sejam executados (quitação penal).

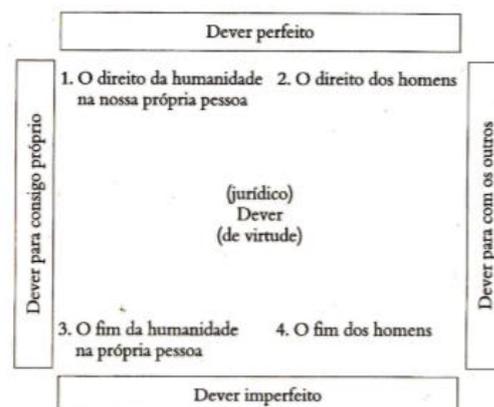
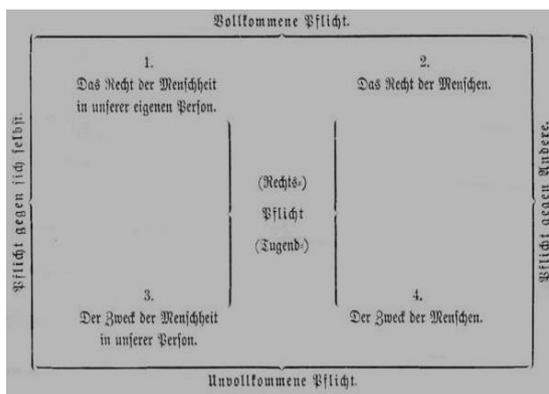
existente entre sua conclusão e aquela apresentada nesta dissertação, será examinada criticamente em apenas três pontos.

Um dos pontos questionáveis é a passagem na qual Byrd afirma que os deveres legais referem-se apenas aos deveres perfeitos para com os outros. É evidente que Kant classifica os deveres imperfeitos unicamente como deveres de virtude (KANT, 2011, p. 299 – Ak, VI, 309), entretanto essa clareza não é aplicável aos deveres perfeitos. Ao considerar o esquema apresentado na página 240 (Ak, VI)³³ o leitor poderia identificar o dever jurídico com o dever perfeito, seja para com os outros ou para consigo mesmo. Como exemplo do último seria possível mencionar a proibição de venda dos próprios órgãos.

De outro lado, a posição de Byrd parece ter sustentação no próprio conceito de direito, bem como na afirmação kantiana de que os deveres para consigo mesmo “não admitem um tratamento jurídico, posto que o direito se ocupa unicamente do comportamento frente a outros homens” (KANT, 2009, p. 157 – Ak, XXVII.1, 340). Todavia, ainda assim, pode-se discordar de Byrd e afirmar que juridicamente é possível que o agente veja a si próprio como *outro*, um representante da humanidade, e, nesse sentido, o dever jurídico pode referir-se a um dever perfeito para consigo próprio. Essa conclusão, contrária à afirmação da comentadora, mostra-se coerente com a consideração kantiana de que há um dever jurídico expresso “pela proposição: ‘não te convertas para os demais num simples meio, mas sê para eles, ao mesmo tempo, um fim’” (KANT, 2011, p. 53 – Ak, VI, 236), um dever cuja obrigação pode ser derivada do direito da humanidade presente na própria pessoa.

O segundo ponto que merece destaque é o direito coercitivo: Byrd não enfatiza sua distinção do direito de punir. Evidentemente já há direito coercitivo, isto é, uma lei análoga à lei de igual ação e reação (KANT, 2011, p. 46 – Ak, VI, 232), no estado de natureza. Em *Naturrecht Feyerabend* resta claro que o direito coercitivo pode ser implementado tanto no estado de natureza como no estado civil, mas no primeiro através da guerra, enquanto no

33



segundo dá-se por meio do processo (Ak, XXVII.2.2, 1372). Dessa forma, o direito coercitivo é um direito da vítima, do ferido. Já o direito de punir é um direito da autoridade em relação a seus subordinados (KANT, 2011, p. 207 e 256 – Ak, VI, 331 e 362), um direito de castigar em virtude da consumação de um crime, ou seja, algo que não pode ocorrer no estado de natureza. Em síntese, direito coercitivo e punição, mesmo sendo modalidades de coação, não se confundem.

O terceiro e último ponto que merece destaque é a conclusão que a comentadora deduz a partir da ligação entre lei criminal e segurança, qual seja, que a sociedade não pode executar a ameaça de pena quando é ineficaz em seu dever de garantir a segurança. Essa conclusão de Byrd segue inclusive com a afirmação que não se pode punir transgressões negligentes. Contudo Kant é taxativo: “uma infração não intencional, mas que, não obstante, pode imputar-se ao agente, chama-se culpa” (KANT, 2011, p. 34 – Ak, VI, 224). Ao considerar que a imputação pode trazer as consequências jurídicas do ato, percebe-se que mesmo o delito culposos possui como efeito jurídico a pena. Em *Naturrecht Feyerabend* expressamente se afirma que a transgressão culposa é passível de punição (Ak, XXVII.2.2, 1390). Quanto à ligação entre o dever de garantir a segurança e o direito de executar a ameaça penal, talvez se poderia dizer que quando não há segurança é *incoerente* que haja punição no Estado afinal na política a punição é vista apenas como meio para prevenir delitos e garantir a segurança. Entretanto, isso não autoriza que se declare a impossibilidade de punição, tampouco a anuência moral a isso.

3.2.2 A punição vista como desaprovação moral social

Outra possibilidade de interpretação é proposta por Thomas Hill Jr. que, similarmente a Sharon Byrd, rotula Kant de retributivista parcial³⁴, considerando que a ameaça de punição desempenha um papel relevante e a retribuição apenas se refere ao momento pós-consumação do delito. Entretanto, diferentemente de Byrd, Hill Jr. entende que o direito de punir justifica-se por ser parte de um sistema de ameaças críveis (e coercitivas) necessário para a proteção da justiça (HILL JR., 1999, p. 414). Para o referido comentador a ameaça é relevante apenas se os cidadãos sabem que ao infringir a lei não serão apenas ameaçados, mas efetivamente punidos.

Antes de explicitar sua interpretação Hill Jr. adverte: “os pontos de vista expressados por Kant sobre a punição são como peças intrigantes de um grande quebra-cabeça. É bastante

³⁴ Para ser fiel à terminologia de Hill Jr., *retributivista limitado* (1999, p. 409).

óbvio como algumas peças simultaneamente se encaixam, mas não inteiramente como outras completam e unem o resto” (HILL JR., 2000, p. 174). As peças que se tem à mão, segundo o comentador, dizem respeito à posição kantiana sobre quem deve ser punido, como e quanto. Para além disso, ele fornece apenas algumas sugestões que não representam a totalidade do panorama punitivo desenhado por Kant, afinal algumas peças parecem faltar (HILL JR., 2000, p. 174).

Antes de apresentar propriamente suas sugestões, Hill Jr. faz observações gerais, salientando que: (i) para uma pessoa cometer atos moralmente incorretos Kant exige um mínimo de condições de racionalidade e liberdade (HILL JR., 1999, p. 415); (ii) os deveres morais são, em certo sentido, autoimpostos (HILL JR., 1999, p. 416); (iii) a noção de que toda pessoa racional tem dignidade como legislador da lei moral é considerada um conteúdo mínimo da lei moral (HILL JR., 1999, p. 417); (iv) idealmente a lei impõe sanções somente aos atos externos que impedem a liberdade dos outros sob leis universais (HILL JR., 1999, p. 419); (v) a consciência de cada pessoa está esperando para advertir, estimular e motivar a reforma, (HILL JR., 1999, p. 419), pois cada um é responsável por cumprir seus deveres morais respeitando seus fundamentos racionais.

A partir dessas observações gerais Hill Jr. afirma que a violação reconhecida de um dever moral vira-se contra o próprio indivíduo e esse sofrimento:

não é somente uma sanção contingencialmente conectada com o julgamento do agente da injustiça [...]. Além disso, isto é presumivelmente não meramente um “mal necessário” que alguém deva desejar para ser livre, porque o preço de perder isso, na visão de Kant, seria perder o efetivo senso de obrigação moral da pessoa, a humanidade do sujeito, a base da dignidade humana (HILL JR., 1999, p. 420) (**grifo nosso**).

Segundo Hill Jr. esse mesmo desconforto é experienciado quando se reconhece que houve dano nas relações sociais, pois princípios morais podem ser vistos como construídos por pessoas razoáveis para que as interações sejam benéficas para todos e não oprimam injustamente ninguém (HILL JR., 1999, p. 421). Quando há uma infração os cidadãos não infratores consideram o criminoso como violador de algo valorizado pela comunidade, uma espécie de elo. Assim, as consequências negativas da infração sobre o agente não serão lamentadas pelos demais, contudo isso não significa que os cidadãos não infratores podem fazer o infrator sofrer. Na seara ética, na qual o agente deve cumprir seus deveres sem ameaça, a violação de um dever também quebra um vínculo de confiança; além disso, o indivíduo trai seus próprios compromissos acerca de como deve agir (HILL JR., 1999, p. 421).

Uma infração, conforme Hill Jr., traz *(i)*a autorreprovação, pois o indivíduo violou princípios que ele próprio, em momentos imparciais, anuiu e *(ii)*a reprovação das outras pessoas, que também se sentem prejudicadas (HILL JR., 1999, p. 422). Contudo não se pode afirmar que o infrator, por não possuir boa vontade, deve ser privado de felicidade ou ter sofrimentos deliberadamente impostos. O propósito da punição é proteger a liberdade de cada pessoa segundo leis universais e isso é realizado através da ameaça de pena, cujo objetivo é desestimular aqueles que estão dispostos a violar a justa liberdade dos demais (HILL JR., 1999, p. 429-430). Todavia a ameaça seria inútil se não fosse executada, de forma que toda a infração deve ser punida. Nesse sentido é a afirmação kantiana de que a lei penal é um imperativo categórico, ou seja, sempre deve ser aplicada por aqueles que operam o sistema penal (HILL JR., 1999, p. 431).

Frisa-se que o sistema penal apenas deve avaliar atos externos (HILL JR., 2000, p. 182) e mesmo a passagem acerca da insurreição escocesa, na qual Kant parece exigir que a punição seja proporcional à maldade interior, constitui, de acordo com Hill Jr., uma mera defesa do *jus talionis*. O comentador argumenta que não há a exigência da pena ser proporcional à maldade interior pois o exemplo dos rebeldes escoceses sucede uma análise da aplicação da pena de multa para criminosos de condições financeiras diferentes, cuja conclusão é que penas iguais podem ser mais severas para um tipo de criminoso (no caso, o mais pobre); no caso da insurreição tem-se crimes superficialmente iguais que representam casos diferentes e ainda assim a aplicação do *jus talionis* é adequada (HILL JR., 1999, p. 435). O comentário kantiano sobre a maldade interior apenas evidencia que o padrão judicial produz um resultado equivalente ao que comumente se associa à justiça divina (HILL JR., 2000, p. 184).

Quanto aos outros exemplos mencionados por Kant, Hill Jr. lembra que no caso da dissolução da sociedade da ilha a exigência da execução do último condenado representa uma compreensão de que aqueles que liberam um infrator a quem deveriam punir também fazem mal e, de certa forma, compartilham da culpa do infrator (HILL JR., 1999, p. 433); nesse sentido a exigência não decorreria do retribucionismo puro. Já a passagem na qual Kant afirma que cada ato injusto será praticado contra o próprio agente não estabeleceria um princípio moral, mas uma explicação do conteúdo da regra prática do castigo, isto é, exemplificaria a aplicação da lei de retribuição.

Em síntese, Hill Jr. entende que na concepção kantiana a retribuição representa uma diretriz para aqueles que aplicam as penalidades legais e a punição *(i)*tem a função de transmitir a desaprovação moral da comunidade aos infratores (HILL JR., 1999, p. 437),

(ii)deve evitar tratar o infrator como mero meio e (iii)não serve para moralizar (HILL JR., 1999, p. 439). Além disso, o medo de punição pode ser um motivo moralmente digno, pois ao não querer a desaprovação moral dos demais cidadãos o infrator mostra respeito pelos outros agentes racionais (HILL JR., 1999, p. 439).

Análise crítica:

A principal crítica que se pode fazer a Thomas Hill Jr. diz respeito à falta de indicação do que corresponde às ideias de Kant, bem como sua localização, e o que é mera construção do comentador, sem qualquer suporte em textos kantianos. Exemplo desse problema é a tese central de Hill Jr., isto é, que na concepção de Kant a punição tem a função de transmitir a desaprovação moral da comunidade aos infratores. O comentador não aponta onde Kant diz ou sugere isso e, salvo melhor juízo, tampouco se pode localizar qualquer passagem nesse sentido ou no sentido de que em toda a infração os cidadãos não infratores consideram que o criminoso violou o elo social. Também possui este problema a afirmação acerca do medo de punição poder ser um motivo moralmente adequado.

Outra ideia que não possui amparo nos escritos kantianos refere-se à consideração do sofrimento decorrente da consciência do infrator como uma sanção. Como já explicitado no capítulo anterior, a consciência moral pode absolver ou condenar o agente, mas não pode puni-lo. Em *Metaphysik der Sitten Vigilantius* afirma-se que seria contraditório admitir que o infrator pudesse punir a si mesmo, pois a punição é uma coerção fixada em oposição à transgressão das leis da liberdade e possui uma fonte externa, ou seja, a punição não é qualquer ação que o infrator deseja e é externa. Em *A Metafísica dos Costumes* resta claro que “quando a alguém acontece aquilo que quer não existe pena” (KANT, 2011, p. 215 – Ak, VI, 335). Ademais, no âmbito jurídico há vedação ao infrator ser juiz em causa própria (KANT, 2011, p. 215 – Ak, VI, 335).

O argumento que sustenta a explicação de Hill Jr. para a passagem sobre a insurreição escocesa (Ak, VI, 333-334) não é verídico. Ao afirmar que o exemplo dos rebeldes escoceses sucede uma análise sobre a aplicação da pena de multa a infratores de condições financeiras diferentes, o comentador induz o leitor a pensar que ambas as ideias são expostas por Kant na sequência, como se uma fosse a continuação da outra. Contudo, a análise da aplicação da multa inicia na linha 29 da página 332 (Ak, VI) e termina na linha 03 da página 333 (Ak, VI), enquanto o exemplo da insurreição apenas inicia na linha 31 da página 333 (Ak, VI), ou seja, 28 linhas depois.

Salienta-se que qualquer objeção fundada na suposta continuidade da ideia nas 28 linhas que separam os dois exemplos pode ser refutada a partir de uma simples leitura do trecho, no qual Kant *(i)*explicita o sentido da afirmação “se tu o roubas, roubas-te a ti mesmo”, *(ii)*defende a pena de morte sem suplícios, *(iii)*expõe o exemplo da dissolução consensual da sociedade da ilha e *(iv)*defende o princípio retributivo aplicado por um juiz e proporcional à maldade intrínseca do infrator. Aliás, quanto à maldade intrínseca Kant está a analisar a pena jurídica e, diferentemente da afirmação de Hill Jr., o filósofo não menciona a justiça divina.

Por fim, o comentador também se equivoca ao salientar que no exemplo da dissolução da sociedade da ilha aqueles que liberam o infrator a quem deveriam punir compartilham a culpa do mencionado infrator. Na passagem em questão, Kant é taxativo: exige-se a execução dos condenados para que o *povo* não viole a justiça (frisa-se: o filósofo fala em *povo* e não apenas os responsáveis pela punição). Essa exigência é decorrência da lei da punição ser incondicional, ou seja, válida mesmo que a sociedade pretenda dissolver-se consensualmente. Importante notar que, para o filósofo, a punição deve ser executada para que não se viole a justiça, mas isso não significa que o povo compartilhará a culpa do infrator, como dito pelo comentador.

Ambas as versões apresentadas sob o título *retribucionismo parcial* mostram-se compatíveis com a afirmação kantiana acerca da existência de penas preventivas, sendo mérito principalmente de Byrd a retomada dos textos sobre filosofia moral que ocupam o tomo XXVII das *Obras Completas* editadas pela Academia, como *Naturrecht Feyerabend* e *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, bem como a proposta de uma continuidade da noção punitiva apresentada nessas obras e em *A Metafísica dos Costumes*. Apesar das divergências apresentadas entre as propostas de Byrd e de Hill Jr. com os escritos de Kant, a retribuição parcial é, dentre as possibilidades apresentadas, a que possui menor número de incoerências e, no que tange à interpretação de Byrd, é a que mais enfatiza pontos negligenciados.

3.3 RETRIBUIÇÃO MORAL E UTILITARISMO JURÍDICO

A primeira ruptura total com a classificação de Kant como um defensor do retribucionismo, ao menos jurídico, é efetuada por Thom Brooks. Esse comentador propõe que se deixe de lado a afirmação que a filosofia kantiana opõe-se ao consequencialismo e, de

forma inovadora, considera Kant um consequencialista quanto às transgressões do direito positivo. Segundo Brooks, em geral os comentadores confundem os diferentes sentidos em que Kant fala das punições moral e jurídica, de forma a não perceber que as preocupações retribucionistas restringem-se à primeira (BROOKS, 2003, p. 207).

A partir da afirmação kantiana que a lei da punição é um imperativo categórico, o comentador lembra que isso se refere à lei moral e ninguém permanece fora do alcance desta lei. Além disso, “quando executamos uma ação particular supõe-se que estamos declarando para nossa comunidade que todos podem atuar da mesma maneira como atuamos” (BROOKS, 2003, p. 209), pois antes de agir deve-se considerar o efeito na sociedade se todos os seus membros adotassem aquela máxima, diz Brooks (2003, p. 215-216), supostamente interpretando Kant. No caso dos crimes o problema é que o infrator apenas abre uma exceção aos princípios universais e faz isso utilizando pessoas como meio para seus fins subjetivos. De outro lado a punição não pode usar o infrator como meio ou punir unicamente com vistas à utilidade social.

Brooks cita o exemplo da dissolução consensual da sociedade da ilha e a exigência de prévia execução dos criminosos como indicativo do puro retributivismo punitivo, como também o seria a exigência da punição constituir-se de um dano físico. Todavia, para o comentador, isso não é o suficiente para justificar a classificação de Kant como um retributivista, ao contrário, ao considerar que “governos estão interessados primariamente com questões pragmáticas, ao invés das questões de justiça” (BROOKS, 2003, p. 212), percebe-se a existência de exemplos nos quais os culpados não são punidos.

O primeiro exemplo citado por Brooks para embasar sua tese é o do grande número de cúmplices, cuja execução da punição deixaria o estado sem súditos. “Nesse exemplo a preservação da comunidade supera preocupações retributivas” (BROOKS, 2003, p. 213). Na sequência e com a mesma finalidade o comentador menciona *(i)* o caso do rei que mesmo destronado não pode ser punido pelas ações que realizou como soberano, *(ii)* o talião simbólico, cuja gravidade é menor que a própria infração (por exemplo no caso do estupro, cuja pena é a castração), *(iii)* o exemplo dos naufragos que disputam a tábua de salvação e, em virtude disso, um acaba morrendo e *(iv)* o caso dos crimes cometidos em virtude do sentimento de honra, cujo infrator deveria “não ser punido porque fazendo assim não iria intimidar outros no cometimento da mesma ação, no futuro” (BROOKS, 2003, p. 214). Assim o comentador conclui que Kant justifica a punição unicamente por razões consequencialistas e afirma que onde as pessoas não podem ser dissuadidas pela ameaça, não se deve punir (BROOKS, 2003, p. 214-215).

A partir da dicotomia lei moral – lei jurídica Brooks estabelece que a punição relacionada à violação da primeira é apenas aplicada aos culpados, enquanto no caso das leis jurídicas o ponto central para a aplicação da punição é a dissuasão (BROOKS, 2003, p. 216). Destarte, “do ponto de vista da lei moral a lei positiva pode muito bem ser inadequada” (BROOKS, 2003, p. 217) e apenas a melhor comunidade humana possível unificaria perfeitamente as leis jurídica e moral. Assim, até que não se atinja esse estado ideal, os efeitos consequencialistas da punição tem prioridade sobre a pura satisfação da retribuição (BROOKS, 2003, p. 217).

De acordo com o comentador há um novo problema na teoria kantiana da punição: uma dificuldade relacionada à sentença criminal, pois nunca se tem certeza sobre a culpabilidade criminal de qualquer suposto infrator, ou seja, sempre há o risco de punir inocentes. A exigência kantiana de que a sentença seja proporcional à maldade intrínseca (Ak, VI, 333) colide com a incerteza acerca das disposições do infrator e com a diferença existente entre os movimentos físicos e as disposições morais. Dessa forma, Brooks conclui que a teoria da punição de Kant pode justificar a punição legal de pessoas inocentes (BROOKS, 2003, p. 222).

O comentador considera o imperativo categórico uma ferramenta teórica que possibilita aos seres humanos trabalhar com noções ideais de justiça e reitera a dicotomia existente entre lei moral e lei jurídica, cujo reflexo no âmbito punitivo é que enquanto a primeira tem seu centro na retribuição, a segunda é consequencialista (BROOKS, 2003, p. 222-223). Quanto à possibilidade de punição de inocentes, Brooks lembra que nossa incapacidade de saber inequivocamente a disposição da pessoa no momento da infração não pode ser um obstáculo à atribuição de culpa e assim ganham relevância padrões de decisão baseados na cláusula *além de qualquer dúvida razoável* (BROOKS, 2003, p. 223).

Análise crítica:

Inicialmente parece ousada demais a proposta de Brooks de classificar Kant como um consequencialista, mesmo que seja unicamente no âmbito da punição jurídica. Entretanto, ao analisar os exemplos mencionados pelo filósofo tem-se que concordar que assiste razão, ao menos parcialmente, ao comentador, afinal em várias situações o consequencialismo parece superar o retribucionismo. Como se verá no próximo capítulo, ao contrário da tese de Brooks, mesmo quando se fala de sanção jurídica não há desvinculação total do retribucionismo, porque se exige que a pena preventiva (jurídica) seja previamente retributiva.

A interpretação de Brooks também possui seus méritos quanto à separação das punições moral e jurídica e das leis moral e jurídica. Igualmente positiva foi a apresentação da relação entre questões do estado e questões pragmáticas (inclusive punições pragmáticas) e da dúvida quanto à culpabilidade. Aliás, quanto à última deve-se ressaltar que, diferentemente do exposto pelo comentador, o reconhecimento da impossibilidade de ter certeza quanto à culpabilidade não autoriza a imposição deliberada de punição a inocentes, mesmo que o somatório das consequências sejam positivo.

Também merece reparo a forma como Brooks explica o processo de verificação se a máxima é compatível com uma legislação universal, pois ao falar que se deve considerar o efeito da máxima na sociedade está-se transformando Kant em um consequencialista. O comentador tira o foco do processo racional e da disposição do agente e induz erroneamente o leitor a atentar para o resultado. Além dessa explicação distorcida, Brooks afirma contraditoriamente que cada ação praticada pelo agente autoriza os demais cidadãos a agirem da mesma forma, entretanto o infrator quer apenas abrir uma exceção e não tornar sua infração universalizável.

O último ponto a ser analisado é a casuística kantiana que Brooks utiliza para embasar sua tese. Primeiramente, a impossibilidade de punir as ações realizadas pelo rei destronado quando estava na condição de soberano não decorre da finalidade não retributiva (utilitarista) da sanção jurídica, mas da concepção kantiana de soberania. João Carlos Brum Torres explica essa noção da seguinte forma:

O povo real e empírico não pode ser considerado titular da soberania, uma vez que em seu estado natural ele é uma mera *multidão*, necessariamente em estado de desunião, sua unificação sob leis jurídicas só podendo sobrevir [...] quando da submissão incondicionada da vontade do povo – mas seria melhor dizer: da *multitudo dissoluta* – a uma vontade soberana unificadora de todos os indivíduos sob uma lei (TORRES, 2004, p. 448).

Portanto, quanto ao direito de punir, para Kant, antes da existência da vontade geral o povo não possui tal direito em relação ao soberano, porque somente por meio do soberano existe possibilidade de punir juridicamente; posteriormente também não é possível o povo punir o soberano, sob pena de inversão dos papéis – o povo tornar-se-ia soberano.³⁵

Retomando os exemplos citados por Brooks, um segundo ponto criticável é a afirmação que o talião simbólico, aplicado nos casos em que o talião real seria uma violação à Humanidade, seria uma punição consequencialista, afinal a retribuição permanece no plano ideal. Finalmente, Kant não afirma que os crimes praticados em virtude do sentimento de

³⁵ João Carlos Brum Torres lembra que a pretensão do povo de julgar e executar o soberano é *extravagante*, visto “querer transpor imediatamente na realidade o que é simplesmente uma ideia” (TORRES, 2004, p. 449).

honra não devem ser punidos pois não impedem o cometimento de outros e tampouco diz que não se deve punir quando as pessoas não podem ser dissuadidas pela ameaça.

3.4 NEUTRALIZAÇÃO E RESSOCIALIZAÇÃO

Este capítulo termina com a apresentação de um modelo alternativo proposto por Jean-Christophe Merle e nominado *prevenção especial e ressocialização* (MERLE, 2002, p. 244; MERLE, 2007, p. 243; MERLE, 2009, p. 597). De plano adverte-se que a divergência entre o título dado ao presente subcapítulo e aquele dado pelo comentador deve-se a um erro terminológico deste último. Explica-se: a prevenção especial, como explicitado no capítulo anterior, é a vertente do prevencionismo cujo foco está no infrator e, portanto, distinguindo-se da prevenção geral que se ocupa da coletividade; a prevenção especial subdivide-se em positiva e negativa, que respectivamente correspondem à ressocialização e à neutralização. Destarte, a nomenclatura dada pelo comentador restava inadequada por constituir-se do gênero e uma espécie deste gênero, ou seja, a correção em nada alterou o sentido da expressão.

Após essa advertência inicial, pode-se examinar a interpretação proposta por Merle, que defende a existência de uma contradição entre o retribucionismo e a filosofia prática de Kant (MERLE, 2009, p. 586) e, a partir disso, propõe que os criminosos recebam tratamento análogo “ao tratamento que Kant destina às crianças” (MERLE, 2007, p. 240). O comentador esclarece que “a visão de Kant é de que à pena não se permite ter um *objetivo* (“Zweck”), mas ela, antes, deveria ser infligida somente *em razão* de o criminoso ter violado a lei” (MERLE, 2009, p. 587), contudo isso se refere ao âmbito moral, cuja pena é puramente retributiva, enquanto a pena inerente ao legislador secular é preventiva (MERLE, 2009, p. 592). Dessa forma Merle defende que a pena jurídica tem função preventiva especial, apesar de a pena moral ser retributiva.

Para introduzir o problema da retribuição Merle chama a atenção para o fato de Kant utilizar dois termos para falar dessa ideia: *Vergeltung* que sinaliza a simples retribuição e *Wiedervergeltung* que indica igualdade entre o grau da punição e do crime (MERLE, 2007, p. 226). De forma simples, pode-se dizer que quando um crime é punido, independentemente da pena, há retribuição no sentido de *Vergeltung* e somente há retribuição no sentido de *Wiedervergeltung* quando se pune um homicídio com a pena de morte, isto é, quando se aplica o *jus talionis*. A partir dessa diferenciação o comentador percebe que Kant admite exceções à *Wiedervergeltung*, como no caso dos náufragos que disputam uma tábua de salvação e do elevado número de cúmplices que ameaça a dissolução do estado; esse último

exemplo evidencia que inclusive a *Vergeltung* “não tem validade absoluta, mas está sujeita à realização do princípio do direito” (MERLE, 2007, p. 229).

O comentador é incisivo ao afirmar que “em razão do crime há, por definição, um estado de natureza entre o criminoso e o resto da comunidade legal” (MERLE, 2007, p. 230) que culmina na exclusão do infrator da comunidade jurídica. Segundo Merle (2002, p.239), o próprio Kant fala do estado natural decorrente da consumação do crime em três oportunidades, quais sejam, no caso do elevado número de cúmplices e nos crimes cometidos em razão do sentimento de honra (o duelo e o infanticídio). Assim, também na hipótese de instauração do estado de natureza em virtude do crime, há a exigência, por parte do imperativo categórico jurídico, da instituição do estado de direito; para isso “o criminoso precisa ser ressocializado pelo mais curto caminho possível e então ser aceito de novo na comunidade jurídica” (MERLE, 2002, p. 239).

Ao perpetrar uma infração “o criminoso aceita o desaparecimento da liberdade externa por sua própria vontade” e “deixa de ser capaz de ser tratado pelo Estado como uma pessoa livre, um ser racional” (MERLE, 2007, p. 231), afinal ele optou por retornar ao estado de natureza. Dessa forma, “em todos os exemplos de penas dados por Kant, o criminoso não é tratado como membro presente da comunidade jurídica” (MERLE, 2002, p. 240). Entretanto, mesmo com a perda da personalidade civil, a personalidade inata protege o criminoso, vedando seu tratamento como simples meio. Aliás, o próprio filósofo lembra que a segunda formulação do imperativo categórico ecoa também sobre os infratores.

De acordo com Merle, Kant não fixa o limite de tempo para a punição, exceto no caso do ladrão, que permanecerá na condição de escravo pelo período que o estado entender conveniente (MERLE, 2007, p. 241). Desse modo, “pode estender a punição ao tempo e grau necessário para reabilitar o criminoso como cidadão pleno” (MERLE, 2007, p. 242). Durante o período punitivo Merle (2002, p. 243) propõe que se imponha coercitivamente a disciplina, um tratamento negativo através do qual se tira do infrator sua *selvageria*, e, posteriormente, que seja instruído, para ser reintroduzido na comunidade jurídica. A punição cessa quando o infrator readquire as condições de ser cidadão do estado e nunca se pode ter certeza de que ele não vá reincidir (MERLE, 2002, p. 243).

O comentador esclarece que no período da imposição da disciplina a comunidade legal não corre o risco de reincidência e, além disso, “a punição motiva outros cidadãos a obedecer ao direito” (MERLE, 2007, p. 242), ou seja, gera a prevenção geral como efeito colateral. Esse período de reabilitação beneficia o infrator e mostra-se incompatível com a pena de morte e com sentenças perpétuas (MERLE, 2007, p. 241 e 244), nas quais não há

possibilidade de ressocialização. Assim, o término da punição é determinado pelo momento da reabilitação, que depende de avaliação:

Evidentemente é uma tarefa difícil avaliar se um ex-criminoso tornou-se “capaz” de “ser cidadão do Estado”. A questão é complexa e erros de avaliação são sempre possíveis. No caso de sentença judicial, porém, o risco de erro de avaliação não é menor. Ainda assim, os juízes julgam todos os dias (MERLE, 2002, p. 245).

O comentador propõe que mecanismos como o livramento condicional e a prestação de serviço comunitário sejam utilizados como uma espécie de teste para verificar a reabilitação. Esse “teste acontece na vida ‘real’ e fornece tanto uma ameaça ao prisioneiro quanto um incentivo para que ele sinceramente se reintegre ao direito e o respeite” (MERLE, 2007, p. 243). Interessante perceber que em virtude da determinação da pena depender do momento da ressocialização do infrator, Merle defende que crimes tentados e consumados sejam punidos igualmente (MERLE, 2002, p. 246).

Por último, quanto à sanção moral o comentador lembra que o merecimento de punição é a variante negativa do sumo bem, ou seja, da ligação entre moralidade e felicidade. Destarte, “se a relação entre culpa e pena mostrasse o inverso do sumo bem, e, portanto, tivesse o mesmo *status* de um sumo bem então a relação deveria pertencer exclusivamente ao mundo *numenal*” (MERLE, 2009, p. 592). Nesse sentido, a autoridade que poderia punir retributivamente seria apenas o Ser postulado, o único capaz de conhecer todas as intenções do agente e, portanto, de retribuir todas as culpas. Merle frisa que a punição moral pode se dar no momento da conversão do homem ruim em um homem bom (MERLE, 2009, p. 595-596) e no caso de efetiva melhora antes da aplicação de sanção sequer há razão para punir.

Análise crítica:

Nota-se que igualmente a Brooks, Merle possui o mérito de diferenciar a punição moral e a jurídica; entretanto a finalidade atribuída à sanção jurídica – neutralização e ressocialização – não é plenamente compatível com os escritos kantianos. Essa incompatibilidade fica evidente na própria argumentação do comentador, que, ao abordar a pena jurídica, faz uma diferenciação entre *as retribuições*, *Vergeltung* e *Wiedervergeltung*, e, ao perceber que ambas podem ser excepcionadas, decide não as utilizar. Ora, considerando que o próprio Kant explicita as exceções nas quais a retribuição não é aplicável, a existência de exceções não serve como justificativa para a *total* não aplicação da regra, como Merle faz.

Também é incoerente a afirmação do comentador que por ocasião do cometimento do crime instaura-se o estado de natureza entre o criminoso e o restante da sociedade legal. A simples análise das passagens citadas como base para a tese de Merle evidencia o equívoco. O

primeiro trecho mencionado integra o exemplo do elevado número de cúmplices que ameaça a dissolução do Estado. Aqui Kant apenas lembra que não se pode aplicar o estrito talião, pois ele acarretaria a dissolução do estado e, conseqüentemente, a passagem para o estado de natureza, *in verbis*:

se o número de cúmplices (correi) em tal acção for tão grande que o Estado, para se ver livre de tais criminosos, estivesse a beira de não ter já mais súbditos e **se, todavia, não quisesse dissolver-se, quer dizer, passar ao estado de natureza**, que é muito pior, porque está desprovido de toda a justiça exterior [...] **(grifo nosso)** (KANT, 2011, p. 213 – Ak, VI, 334).

Nota-se que a passagem em questão não menciona que o estado de natureza se instaura em virtude da ocorrência do crime, mas apenas que um estado sem súbditos dissolve-se, ou seja, retorna ao estado de natureza. Dessa forma, resta claro o equívoco por parte do comentador. Já no caso dos crimes cometidos em razão do sentimento de honra, a percepção do equívoco interpretativo de Merle requer mais atenção. Na primeira passagem, aplicável ao infanticídio³⁶ de uma criança ilegítima e ao duelo, Kant diz:

Uma vez que a legislação não pode afastar a vergonha de um nascimento ilegítimo e, ainda menos, apagar a nódoa que recai sobre um oficial subalterno por suspeita de cobardia, o qual não opõe a uma afronta desprezível uma força pessoal superior ao temor da morte: **parece que nestes casos as pessoas se encontram no estado de natureza** [...] **(grifo nosso)** (KANT, 2011, p. 216 – Ak, VI, 336).

Como Kant afirma imediatamente antes deste trecho, manter a honra, para o militar e a mulher (solteira), é um dever (pelo menos na época de Kant era). Importante perceber que há o dever de manter a honra, mas também há o dever de não interferir na liberdade externa segundo leis universais de outro indivíduo. Aparentemente o segundo dever, de caráter jurídico, deve prevalecer, mas isso não permanece tão evidente quando se considera que este *outro indivíduo* é o responsável pelo agente ter perdido a honra; dessa forma, pode-se evocar o direito coercitivo e, como a passagem supracitada evidencia, nesses dois casos a legislação não consegue afastar a vergonha. Ora, se pelos meios jurídicos não é possível resolver esse impasse, a conclusão do filósofo é que *parece que nestes casos as pessoas se encontram no estado de natureza*, ou seja, parece que as pessoas podem utilizar seu direito coercitivo para fazer guerra e proteger sua honra, o que é um dever.

O último trecho utilizado indevidamente pelo comentador é o seguinte:

O militar subalterno que recebe um insulto **vê-se também obrigado pela opinião pública** dos seus companheiros de armas **a obter reparo por suas próprias mãos e, tal como no estado de natureza, a castigar o ofensor, não através da lei e perante um tribunal, mas por via de duelo** **(grifo nosso)** (KANT, 2011, p. 217 – Ak, VI, 336).

³⁶ Kant designa *infanticídio* o crime praticado pela mãe contra o próprio filho, sem a exigência de que a mãe aja sobre influência do estado puerperal, como o faz o Código Penal brasileiro. Apesar da inadequação do termo à legislação jurídico-criminal brasileira, ele foi mantido com vistas à fidelidade ao texto original de Kant.

Nesta passagem o filósofo não afirma que o militar que em duelo mata o companheiro entra em um estado de natureza para com o restante da sociedade; apenas se compara a situação do militar constrangido a duelar, a castigar o ofensor com suas próprias mãos, com a situação encontrada no estado natural, onde não há direito de punir pertencente ao estado e, assim, obriga cada ofendido a utilizar a lei de coerção recíproca e fazer guerra. Kant frisa que a opinião pública não instiga o ofendido a resolver o impasse a partir dos meios legais, de forma que os móveis da honra no povo não coincidem com as regras objetivas. Em síntese, não há que se falar em estado de natureza oriundo do cometimento de crime, tampouco o filósofo exige que o infrator seja ressocializado pelo caminho mais curto possível.

Diferentemente do exposto por Merle, Kant não estipula o momento da ressocialização como fim da pena, o que seria absurdo: primeiro porque a verificação seria, para dizer o mínimo, difícil. Imagine-se um país como o Brasil, com aproximadamente 550 mil presos, todos sem pena fixada e dependendo de verificação de sua ressocialização para que sejam soltos; além disso, manter preso um indivíduo ressocializado seria agir arbitrariamente. Seria essa proposta viável e adequada? Além disso, quem fixaria o *padrão*³⁷ para a *ressocialização*?

Importante lembrar que o filósofo utiliza o estrito talião para fixar a quantidade e a qualidade da punição, de forma à punição restar precisamente limitada e não variável conforme o período necessário à ressocialização. Ademais, pode-se discordar da posição de Kant, mas é inegável que o filósofo defende a pena de morte e as sentenças perpétuas; ainda assim, supostamente interpretando Kant, Merle rechaça tais punições. Igualmente incompreensível é a ideia defendida por Merle acerca da igualdade de punição para crimes tentados e consumados. Nesse sentido, pode-se pensar que seriam igualmente puníveis as intenções criminosas.

Ora, parece que o comentador esquece-se que os deveres jurídicos são deveres de liberdade exterior, de forma que as disposições privadas não interessam ao direito. Ao pretender punir igualmente um crime consumado e um tentado está-se a valorar a intenção e não o ato, o que juridicamente Kant veda. Além disso, o filósofo exige que a punição seja proporcional à infração e isso não ocorre quando se pune da mesma forma a mera tentativa e o crime em si. Nota-se que Merle constrói um sistema punitivo com algumas ideias de Kant, mas, pelo já exposto, não se pode considerar que ele forneça uma interpretação dos escritos kantianos.

³⁷ Aqui convém lembrar que “é possível um regime político no poder submeter a ‘tratamento’ penal, na qualidade de socialmente inadaptados, os inimigos políticos” (ROXIN, 1998, p. 21).

Após uma apresentação inicial dos escritos kantianos referentes à punição, expõem-se possíveis interpretações para as referidas passagens, bem como seus respectivos problemas, seja internamente ou com o próprio texto de Kant. Ao refutar as interpretações já propostas pode-se *(i)*anuir com Jeffrey Murphy, e afirmar que Kant apenas possui escritos esparsos sobre a pena, que não compõem um todo coeso (ideia já descartada), ou *(ii)*explicitar uma nova interpretação. O próximo capítulo pretende seguir a segunda alternativa, mesmo ciente que, como dito na epígrafe deste trabalho, “existem bons motivos para recear que, neste caminho inexplorado, ocorram deslizes que só mais tarde se tornarão conhecidos” (KANT, 2005, p. 79 – Ak, II, 198). O risco de erro é compensado pela possibilidade de esclarecimento de um equívoco impregnado na cultura jurídico-penal.

4 O SISTEMA³⁸ PUNITIVO KANTIANO

Este capítulo propõe uma nova interpretação dos escritos de Kant sobre a punição, contudo pressupõe que se tenha em mente os escritos do primeiro capítulo, principalmente o fato de em *A Metafísica dos Costumes* o filósofo considerar a moral como a doutrina dos deveres, a qual é composta por deveres de Direito e de Virtude. O trinômio moral-direito-ética é fundamental para a compreensão do *sistema* punitivo kantiano, pois a punição é tratada de forma diversa em cada um desses âmbitos. Assim, inicia-se com a análise da punição nos campos jurídico e ético, depois se examina a seara moral e, por fim, apresenta-se um subcapítulo em defesa da posição adotada por Kant no tocante à punição.

4.1 A PUNIÇÃO NO DIREITO E NA ÉTICA

Para compreender a concepção kantiana de punição far-se-á um regresso ao estado de natureza. Kant caracteriza esse estado como aquele no qual o embate de cada ser humano com o outro restringe-se à esfera de seu poder. Isso não significa necessariamente um estado injusto, mas apenas “um estado desprovido de Direito” (KANT, 2011, p. 177 – Ak, VI, 312), isto é, um estado no qual sempre que houver controvérsia sobre *o seu de cada um* esta não poderá ser submetida a uma autoridade judiciária, cuja decisão seja vinculante. Obviamente no estado de natureza cada um age da forma como entende ser bom e justo, mas sem considerar a posição dos demais, o que gera insegurança (KANT, 2011, p. 176 – Ak, VI, 312).

Kant explica que:

é necessário sair do estado de natureza, em que cada um age como lhe dá na cabeça, e unir-se a todos os demais (com quem não se consegue evitar entrar em interação) para se submeter a uma coerção externa legislada publicamente, portanto, entrar num estado em que a cada um se determine por lei e se lhe atribua por meio de um poder suficiente (que não seja o seu próprio, mas um exterior) o que deve ser reconhecido como seu (KANT, 2011, p. 176-177 – Ak, VI, 312).

Dessa forma, reconhece-se que os homens exercem influência uns sobre os outros e, sem uma legislação exterior com autoridade, ficam suscetíveis à violência dos outros. No estado de natureza os indivíduos também possuem um direito coercitivo, o qual somente é implementado por meio da guerra.^{39 40} Essa situação tensa, insegura e sem punição deve ser abandonada, ou seja, *é necessário sair do estado de natureza*. Kant classifica a união dos

³⁸ Aqui o termo *sistema* não é tomado na acepção de Kant, mas vulgarmente, para designar um conjunto de ideias racionalmente estruturadas e interligadas.

³⁹ Veja-se *Naturrecht Feyerabend*: “Actus quo jure meo utor contra laedentem heißt jus suum prosequi. In Statu civili geschieht das durch den Prozeß, in Statu naturali bello durch Kieg (Ak, XXVII.2.2, 1372).

⁴⁰ Aqui *guerra* é entendida como uma pequena disputa entre indivíduos, decorrente da falta de uma legislação exterior cogente; não se está a falar que o estado de natureza kantiano é um estado de guerra.

homens na relação exterior como um dever incondicional e primordial (KANT, 2009sec, p. 78 – Ak, VIII, 289), ressaltando que:

o fim, que em semelhante relação externa é em si mesmo um dever e até a suprema condição formal (*conditio sine qua non*) de todos os restantes deveres externos, é o direito dos homens *sob leis públicas de coacção*, graças às quais se pode determinar a cada um o que é seu e garanti-lo contra toda a intervenção de outrem (KANT, 2009sec, p. 78 – Ak, VIII, 289).

A passagem para o estado civil gera segurança, pois além de possibilitar a determinação do seu de cada um⁴¹ protege-o de intervenções injustas. Kant prossegue:

visto que toda a restrição de liberdade pelo arbítrio de outrem se chama coacção, segue-se que a constituição civil é uma relação de homens *livres* que (sem dano da sua liberdade no todo da sua relação com os outros) se encontram no entanto sujeitos a leis coercitivas: porque a própria razão assim o quer (KANT, 2009sec, p. 78-79 – Ak, VIII, 289).

Nota-se que a submissão a leis coercitivas é entendida como uma exigência racional, uma necessidade que limita a liberdade externa de cada um para que possa coexistir com a liberdade dos demais segundo uma lei universal. O fato de Kant afirmar que a passagem do estado de natureza para o estado civil ocorre *sem dano da sua liberdade* evidencia as razões da crítica à concepção de Beccaria acerca do direito de punir. Como explicitado no capítulo dois, o jurista italiano concebia o *jus puniendi* como resultado das somas das pequenas parcelas de liberdade que cada homem sacrificava para entrar no estado civil. Dessa forma cada pessoa cedia ao Estado um direito que possuía, ou seja, não possuindo o indivíduo o direito de matar-se, não pode autorizar o Estado a aplicar a pena de morte. Kant critica essa posição pois:

não pode dizer-se que o homem no Estado tenha sacrificado a um fim uma parte da sua liberdade natural externa inata, mas que abandonou por completo a liberdade selvagem e sem lei, para reencontrar intacta a sua liberdade em geral, numa dependência legal, quer dizer, no estado jurídico (KANT, 2011, p.182 – Ak, VI, 315-316).

Além desse abandono completo da liberdade sem lei e recuperação plena da liberdade no estado jurídico, isto é, sem o sacrifício de qualquer parcela da liberdade, Kant critica Beccaria em virtude do contrato originário apenas conter a submissão à lei, e não a anuência a cada pena em particular, senão se teria que admitir que o infrator quer sua pena e é juiz em causa própria, o que é incoerente. Como anteriormente explicitado, o infrator quer a ação

⁴¹ João Carlos Brum Torres, ao analisar o direito de posse como decorrência do único direito inato, a liberdade, esclarece que no estado de natureza algo é do indivíduo *x* quando (a) ele submete o objeto a seu poder conforme leis da liberdade exterior e (b) quer que aquilo seja seu. Essa ação é justificada em virtude dos demais indivíduos não poderem opor resistência, pois não possuem direito a tal (s. d., p. 3-5). Assim, no estado civil é possível opor um direito à pretensão de posse de outro indivíduo.

punível, não propriamente a pena e, após a consumação do crime deve submeter-se à lei, como ele próprio anuiu.

O filósofo alerta acerca de não constituir “um facto aquilo que torna necessária a coerção legal pública” (KANT, 2011, p. 176 – Ak, VI, 312), mas apenas uma ideia racional para explicar a origem daquilo já posto: as leis coercitivas são necessárias para a determinação e proteção dos direitos individuais. Nesse sentido, cada sociedade possui um direito de punir,⁴² pois possui o dever de efetivamente proteger direitos, de forma que ela pune para intensificar a segurança. Pode-se afirmar que “enquanto o principal objetivo da sociedade for a proteção do direito e a punição criminal, ela será chamada sociedade civil” (ZWEIG, 1999, p. 449 – Ak, XI, 308). Em síntese, a punição jurídica decorre da própria necessidade que a sociedade civil possui de proteger direitos,⁴³ consubstancializa-se em uma exigência racional.

Diferentemente do estado de natureza, o estado civil caracteriza-se por uma legislação externa, cujo cumprimento pode ser exigido coercitivamente. Importante perceber que os crimes (se não todos, ao menos boa parcela deles) já constituem proibições conhecidas racionalmente pelos agentes,⁴⁴ a legislação externa torna-os proibidos externamente e fixa a punição para seu cometimento. Como o próprio Kant considera a imposição arbitrária de penas, mesmo quando a retribuição literal não é possível, uma ação contrária à justiça (KANT, 2011, p. 257-258 – Ak, VI, 363), cada crime tipificado pela legislação externa já deve indicar a punição cabível no caso de seu cometimento. Isso fornece razões coercitivas para cada indivíduo não violar injustamente a liberdade de outro.

Quando o legislador cria tipos penais e fixa a pena para cada um deles visa à prevenção da ocorrência daquelas ações,⁴⁵ pois além da proibição racional (existente em cada ser humano), dá-se mais uma boa razão para o cidadão não praticar ações contrárias ao dever: a punição. A lei penal em abstrato dirige-se à coletividade e a ameaça de pena possui idealmente uma função intimidatória, fazendo com que o indivíduo que possui a intenção de violar a liberdade de outro abandone-a após verificar a existência de punição para aquela sua pretensa ação. O benefício obtido através do cometimento do crime torna-se inócuo quando se

⁴² Veja-se *Naturrecht Feyerabend*: “Jede Societaet hat ein Recht zu strafen, welches dem Imperaten zukommt” (Ak, XXVII.2.2, 1379).

⁴³ Para Kant “a mera ideia de uma Constituição política entre os homens coenvolve, desde logo, o conceito de uma justiça penal, que incumbe ao poder supremo.” (KANT, 2011, p. 256 – Ak, VI, 362).

⁴⁴ Veja-se *Initia Philosophiae Practicae* (Baumgarten): “Leges possunt obligare per poenas, ipsae etiam internaes, s. consilia” (Ak, XIX, 78, §120).

⁴⁵ Nesse sentido: “Todos os castigos provenientes da autoridade são do tipo preventivo” e “a autoridade não castiga porque se delinquiou, mas para que não se cometam delitos”, ambas as citações de KANT, 2009, p. 95 (Ak, XXVII.1, 286).

considera que será imposta uma pena igual ao crime. Entretanto, apesar de a pena em abstrato possuir um efeito preventivo, ela é fixada através de um princípio retributivo.⁴⁶

O efeito idealmente preventivo é obtido pela lei penal antes do cometimento da infração penal e dirige-se a toda a sociedade civil, não a um indivíduo particular, razão pela qual a intimidação não trata o homem como um simples meio. Ao endereçar-se à coletividade e não a uma pessoa determinada, a ameaça punitiva não viola o imperativo categórico, pois não usa o indivíduo como simples meio. Como dito por Byrd ao analisar adequadamente essa faceta da punição, “para a sociedade, a ameaça de punição é a coerção usada profilaticamente para prevenir interferências injustas contra a liberdade individual” (BYRD, 2007, p. 309), ou seja, antes de qualquer violação à liberdade alheia cria-se um mecanismo para que isso não ocorra; ao evitar transgressões jurídicas o estado civil está cumprindo sua função de proteger direitos.

Entretanto, mesmo com o efeito preventivo da lei penal em abstrato, transgressões criminais podem ocorrer. Aliás, as leis jurídicas pertencem às leis morais e as últimas, por sua vez, distinguem-se das leis da natureza justamente pela possibilidade de violação. Kant explica essa violação do seguinte modo: “a transgressão tem origem numa máxima do delincente (a máxima de se dar a si próprio tal crime como regra); pois que se a fizéssemos inferir de um impulso sensível, a transgressão não teria sido cometida por um ser livre e não lhe poderia ser imputada” (KANT, 2011, p. 192 – Ak, VI, 321 - nota). Percebe-se que o *reatus* (transgressão/infração), assim como o ato, exige um sujeito qualificado, caracterizado pela liberdade. Apesar de a transgressão representar um uso da liberdade, o filósofo considera inexplicável como um sujeito pode adotar uma máxima contrária à proibição da razão legisladora (KANT, 2011, p. 192 – Ak, VI, 321 - nota).

Como brevemente exposto no capítulo anterior:

o criminoso pode cometer o seu crime seja segundo a máxima de uma regra adoptada como objectiva (como universalmente válida), seja apenas como excepção à regra (eximir-se a ela em certas ocasiões); no último caso, não faz mais do que desviar-se da lei (se bem que intencionalmente); pode ao mesmo tempo ter horror à sua própria transgressão e desejar tão-somente contornar a lei, sem lhe denegar formalmente obediência; mas no primeiro caso rejeita a própria autoridade da lei, cuja validade não pode desmentir perante a sua razão, e converte para si em regra agir contra a lei [...] Tanto quanto nos possamos aperceber, é impossível aos homens cometerem semelhante crime, que releva de uma maldade formal (completamente inútil), e, no entanto, tal não pode ser descurado num sistema moral (se bem que se trata da mera ideia do mal na sua expressão mais extrema) (KANT, 2011, p. 192-193 – Ak, VI, 321 - nota).

⁴⁶ Idealmente se pode pensar que o benefício do crime é anulado pelo malefício da pena, pois ambos se equivalem.

A transgressão origina-se de uma máxima que dá o crime como regra e isso é efetuado pelo próprio transgressor, como ser livre. Na passagem acima citada Kant afirma que um sistema moral *a priori* deve admitir a possibilidade de um sujeito tomar para si como regra agir contra a lei, *segundo a máxima de uma regra adotada como objetiva (como universalmente válida)*. Nota-se que o indivíduo supõe que ela seja objetiva. Nessa situação “pura e simplesmente impossível de explicar” (KANT, 2011, p. 192 – Ak, VI, 321) o transgressor rejeita a autoridade de uma lei que sua própria razão considera válida. Mesmo admitindo essa possibilidade, o filósofo considera impossível um sujeito cometer uma infração desse modo, seria uma maldade inútil. Assim, a infração é vista como uma exceção que o sujeito concede somente a si próprio, mesmo reconhecendo que há uma lei universalmente válida que veda sua ação e que sua exceção não é universalizável. O infrator *desvia-se da lei* para obter para si um benefício, mas não quer que as outras pessoas ajam como ele: sua ação é apenas uma exceção, nada mais.

Após o cometimento de uma infração tem-se a imputação, conforme explicitado no capítulo anterior. Através da imputação uma ação é considerada um ato, ou seja, uma ação sujeita a leis de obrigação e praticada por um sujeito com liberdade, e assim traz consigo a responsabilização; no plano jurídico isso significa o reconhecimento de um demérito, cujo efeito é a pena. Para Kant a aplicação dessa pena não é realizada pelo próprio infrator, mas por uma autoridade que possui “faculdade legal de imputar” (KANT, 2011, p. 38 – Ak, VI, 227) e é nominado juiz ou tribunal.

Ora, mas que pena deve o juiz imputar? Kant é taxativo: quanto à espécie e ao grau de punição a justiça deve adotar o princípio da igualdade (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 332), pois os demais oscilam e misturam considerações estranhas à justiça. O filósofo explica o princípio da igualdade da seguinte forma: “qualquer mal imerecido que causas a um outro no povo causa-lo a ti próprio; se o injurias é a ti próprio que injurias; se o roubas é a ti próprio que roubas; se o agrides é a ti próprio que agrides; se o matas é a ti próprio que matas” (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 332). Retribuir o igual com igual garante a proporcionalidade entre crime e punição, de forma a evitar críticas acerca da suavidade ou severidade da pena.

Ao considerar que nem sempre é possível retribuir o igual com igual, o filósofo lembra que “se o igual não pode ser possível em termos literais, pode permanecer válido quanto aos efeitos” (KANT, 2011, p. 210 – Ak, VI, 332). Isso é exemplificado (*i*)pela injúria verbal, cuja aplicação de uma mera punição pecuniária poderia estimular os abastados a praticarem esse delito por diversão, mas se a punição congregar também uma retratação pública e até obrigar o infrator a beijar a mão da vítima, a violação da honra da vítima e o orgulho do infrator

ferido através da execução da pena seriam equivalentes (KANT, 2011, p. 210 – Ak, VI, 332). Além disso, (ii) no caso da agressão perpetrada por um cidadão notável contra um menos favorecido, não basta a condenação à apresentação de desculpas, pode-se deter em isolamento o infrator para afetar sua vaidade e assim conseguir retribuir igualmente (KANT, 2011, p. 210 – Ak, VI, 332-333).

Também ilustra a retribuição não literal (iii) o roubo, infração que torna insegura a propriedade de todos, inclusive do infrator. Dessa forma, o infrator quer apenas se colocar em uma situação excepcional,⁴⁷ mas pelo princípio da retribuição, nada poderá adquirir; sem bens e querendo viver, o Estado o sustentará a partir de sua condenação a trabalhos forçados (KANT, 2011, p. 210-211 – Ak, VI, 333). Kant também lembra que há casos nos quais (iv) a punição literalmente retributiva é impossível ou constitui uma violação à humanidade em geral, como no estupro, na pederastia e na bestialidade (KANT, 2011, p. 257 – Ak, VI, 363). Nos dois primeiros casos o filósofo propõe como pena a castração e no último, a expulsão perpétua da sociedade civil, assim cada punição representará uma retribuição ideal *quanto aos efeitos*.

É fundamental perceber que imediatamente após a consumação do crime a punição centra-se na ideia retributiva, a qual é pensada de forma a evitar o cometimento de novos crimes. Os exemplos acima mencionados evidenciam a busca incessante pela retribuição, seja literalmente ou apenas uma retribuição racionalmente concebida. Caso se tome a diferenciação feita por Merle a partir dos termos (i) *Vergeltung* e (ii) *Wiedervergeltung*, pode-se notar que Kant defende ambas as ideias de retribuição, porque (i) se pune em virtude do cometimento de um crime e (ii) essa punição é retributiva em sentido estrito (literal ou idealmente). Quanto à ideia de (i) a punição ser decorrência do crime, pode ser percebida a partir da exigência kantiana de que seja “sempre infligida **somente** porque cometeu um crime” (KANT, 2011, p. 208 – Ak, VI, 331) (**grifo nosso**); além disso, veda a possibilidade de a pena ser aplicada *unicamente* para propiciar um bem para o infrator ou para a sociedade.

No momento de imposição da pena o juiz atua retributivamente, aplicando a punição já contida na lei penal em abstrato, e preventivamente no âmbito de sua discricionariedade.⁴⁸

Quanto ao primeiro aspecto, para retribuir adequadamente o ato criminoso é necessário que o

⁴⁷ Veja-se *Naturrecht Feyerabend*: “Er muß strafen, um Sicherheit zu verschaffen, und da muß er solche Strafen machen, die der Sicherheit des laesi in künftigen Fällen angemessen sind, das muß er nachm jure talionis ausfindig machen z. B. Ein Dieb beraubt alle ihres Eigenthums, man muß ihm daher auch sein Eigenthum nehmen, und weil er anderer Bemühungen vereitelt, sich ein Eigenthum zu erwerben, so setzt man ihn auch außer Stand, sein Eigenthum zu erwerben” (Ak, XXVII.2.2, 1390).

⁴⁸ Cada tipo penal possui uma pena em abstrato aberta, que possibilita ao juiz mover-se dentro de certos limites. Assim, a consumação de um mesmo tipo penal possibilita uma pena maior ou menor, ou ainda, uma modalidade de pena ou outra, mas isso já deve estar previsto na própria lei penal.

juiz considere a intenção relacionada ao crime particular (KANT, 2008, p. 78 – Ak, VI, 72), mas como essa intenção pode ser conhecida? Ao considerar que o juiz deve julgar, contudo não possui meios para acessar o ato externamente praticado pelo infrator, pode-se pensar na utilização de elementos probatórios, como o relato do supostamente acontecido, o depoimento das testemunhas, o interrogatório do réu, etc.; a partir disso o magistrado forma sua convicção e pode punir.

Deve-se reconhecer a impossibilidade de imediata subsunção dos fatos às normas, ou seja, o fato de o julgamento jurídico-criminal ser uma atividade humana e trazer consigo limitações, como a inviabilidade de acessar diretamente a ação supostamente infracional. Assim como salientou Brooks (2003, p. 222), os escritos de Kant sobre a punição no âmbito do direito permanecem atuais, pois a incerteza acerca da ação realmente constituir uma infração, bem como as dúvidas quanto à motivação e à forma de execução do crime, tornam o risco de erro uma possibilidade real. O filósofo reconhece a possibilidade de cometimento de injustiças,⁴⁹ mas isso não é o suficiente para que se elimine a pena do plano jurídico, decisão plenamente justificável quando se tem em mente que ela é meio para garantir direitos.

De forma resumida pode-se dizer que Kant (*a*)atribui à lei jurídico-criminal uma função de intimidar a coletividade e assim prevenir a ocorrência de delitos, depois (*b*)cabe ao juiz impor uma pena que (*b.1*)retribua a infração e a intenção ligada a esta infração e (*b.2*)previna a ocorrência de novos crimes, nos limites da retribuição. Além dessas duas fases há uma terceira, como resta evidente no exemplo da dissolução consensual da sociedade da ilha, qual seja, (*c*)a execução da condenação. Nesta última etapa cumpre-se a determinação judicial (*b*), de forma a implementar um efeito preventivo, seja reeducando o infrator e/ou aproveitando o caso como exemplo aos demais.⁵⁰

O efeito preventivo da execução penal não viola a segunda formulação do imperativo categórico, haja vista a punição ter sido imposta porque o agente praticou uma infração e não *somente* em virtude de supostos benefícios sociais ou ao próprio infrator. Ademais, nessa etapa o infrator é sujeito a uma coerção unilateral, a qual pode estimular a reeducação do infrator, mas não pode impô-la, pois não há como fazer outro indivíduo adotar certo fim, ou seja, o próprio desviante tem que se propor tal fim. Em síntese, a punição qualitativa e quantitativamente proporcional ao delito é imposta de forma a também propiciar a mudança por parte do infrator, contudo isso não pode ser concebido sem a noção retributiva.

⁴⁹ Veja-se o trecho já citado no qual Kant afirma que o soberano não deve proferir sentenças, pois com isso se colocaria na posição de poder cometer injustiças.

⁵⁰ No exemplo da dissolução consensual da sociedade da ilha, além da necessidade de “quitação penal”, a exigência da execução da condenação possui um efeito preventivo, como restará claro no subcapítulo 4.3.

Nota-se que no plano jurídico Kant concebe a punição com múltiplas finalidades, uma perfeita mescla de prevenção e retribuição. O foco apenas na retribuição deixa de lado a proteção de direitos, razão da existência da punição jurídica, e atuando somente após o delito a pena não evitaria violações indevidas, o que seria incoerente; já a prevenção pura permite a imposição da pena com vistas a um benefício social ou individual, cujo resultado seria a violação do imperativo categórico, além de tornar impreciso o *quantum* de pena, o que, segundo Kant (2011, p. 257-258 – Ak, VI, 363), viola a justiça. A concepção mista da punição, conforme defendido pelo filósofo, possibilita que antes do cometimento da infração o agente compare o benefício que supostamente seria obtido pela infração com a pena que lhe será imposta, dando-lhe um bom motivo para desistir de seu intento e após a infração garante-lhe uma punição proporcional à transgressão, fornece-lhe elementos para sua mudança e/ou serve de exemplo aos demais membros da sociedade.

Contudo a punição não se restringe ao campo do Direito. Caso se pense na metafísica dos costumes como um sistema composto por leis da liberdade, as quais levam consigo a possibilidade de transgressão, seria possível pensar em punição também nos âmbitos ético e moral. Entretanto, conforme explicitado no primeiro capítulo, a ética caracteriza-se pela liberdade interna do agente, pelos deveres autoimpostos, pela autocoação, pela exigência de uma mola propulsora específica: o cumprimento do dever por dever. Nesse sentido, ao considerar apenas a ética, não há uma autoridade para punir o não cumprimento de um dever de virtude. Aliás, essa modalidade de dever requer um elemento volitivo específico, cuja verificação não pode ser efetuada por um ser humano, pois não há meios para tal.

Na hipótese de não cumprimento de um dever de virtude, como já exposto, há uma imputação de avaliação no *forum conscientiae*, um tribunal interno similar ao tribunal criminal, com acusador, defensor e julgador. Pode-se pensar a existência de uma espécie de debate entre o *homo noumenon* e o *homo phaenomenon*, duas facetas de um mesmo homem que julga a si próprio através de sua consciência e emite uma sentença, seja para reconhecer o cumprimento do dever ou o não cumprimento, isto é, para declarar uma absolvição ou uma condenação. Kant descreve esse processo da seguinte forma:

Esta dupla personalidade, na qual tem de se pensar o homem que acusa e julga na consciência moral, este duplo eu, que tem de, por um lado, comparecer tremendo perante a barra do tribunal, que, todavia, lhe está a ele próprio confiado, e que, por outro lado, tem nas suas mãos o cargo de juiz por autoridade inata, necessita de um esclarecimento, para que a razão não caia em contradição consigo mesma. – Eu, o acusador, e, no entanto, também acusado, sou o mesmo homem (*numero idem*); mas, como sujeito da legislação moral procedente do conceito de liberdade, onde o homem está submetido a uma lei que ele a si próprio se dá (*homo noumenon*), há-de considerar-se como um outro (*specie diversus*) em relação ao homem sensível dotado de razão, mas apenas sob o ponto de vista prático – pois que não existe

nenhuma teoria sobre a relação causal do inteligível com o sensível –, e esta diferença específica é a das faculdades do homem (das superiores e das inferiores) que o caracterizam. O primeiro é o acusador, face ao qual se concede ao acusado uma defesa jurídica (o seu advogado). Uma vez concluída a discussão, o juiz interior, como pessoa com poder para tal, profere o veredicto (KANT, 2011, p. 373-374 – Ak, VI, 439 - nota).

A função da consciência moral não inclui a imposição de punição, mesmo quando o veredito é uma condenação. Neste caso, de condenação, cabe ao agente arrepender-se e mudar, mas não há a possibilidade de ele próprio impor-se qualquer punição.⁵¹ Kant defende a impossibilidade de autopunição, pois, segundo ele, ao reconhecer que determinado ato é digno de punição o agente moral já pensa em um ser que possua autoridade para puni-lo,⁵² o qual é externo. Como a própria nomenclatura indica, no foro interno há apenas uma imputação *de avaliação*, e, ao pensar no âmbito ético com relação a seres humanos, o não cumprimento⁵³ de deveres de virtude não pode ser punido.

Em síntese, ao considerar as duas espécies do gênero *deveres morais*, é possível perceber a inexistência de punição humana para o não cumprimento dos deveres éticos, diferentemente da transgressão dos deveres jurídicos, à qual é aplicável uma pena. Na ética a imputação é realizada pelo próprio agente, cuja consciência moral submete-o a um julgamento e prolata uma sentença; entretanto, no caso de condenação, não cabe ao agente aplicar autopunição, mas apenas se arrepender e mudar. No direito a imputação é realizada por um juiz ou tribunal, cuja função é aplicar uma pena que simultaneamente seja proporcional à infração (no sentido retributivo) e previna futuros crimes. A punição jurídica também possui uma função anterior ao cometimento da infração, pois a lei penal em abstrato serve como advertência coercitiva, e outra posterior, pois a execução da pena possibilita que o infrator se reedueque e/ou sirva de exemplo para os demais.

4.2 A PUNIÇÃO NO ÂMBITO MORAL

O subcapítulo anterior examinou a punição que pode ser aplicada por seres humanos no campo do direito e da ética, todavia se deve notar a possibilidade de transgressores da lei jurídica não serem condenados pois sua culpa não restou demonstrada ou a infração sequer foi descoberta (a cifra negra) ou, no caso específico da ética, como já mencionado, sequer o próprio agente possui certeza de sua ação ser praticada unicamente por dever. Nesse ponto

⁵¹ Sacrifícios autoimpostos, como flagelos e açoites, não são considerados punição (Ak, XXVII.2.1, 554-555).

⁵² Veja-se *Naturrecht Feyerabend*: “Strafen setzen schon immer einen superiorem voraus” (Ak, XXVII.2.2, 1390).

⁵³ Apesar de Kant admitir que uma infração é “um acto contrário ao dever” (KANT, 2011, p. 33 – Ak, VI, 224), no tocante aos deveres de virtude prefere-se falar em não cumprimento. Essa diferenciação terminológica é realizada em razão de no plano humano as omissões éticas não poderem ser imputadas como demérito.

Kant é taxativo: “a moralidade própria das acções (o mérito e a culpa), mesmo a da nossa própria conduta, fica-nos pois completamente oculta” (KANT, 1989, p. 474 – Ak, III, 579). Ora, essa imperfeição não parece ser compatível com um sistema *a priori*, afinal exigiria que a impunidade fosse algo racional, mas o filósofo afirma que “na ideia de nossa razão prática há ainda algo que acompanha a transgressão de uma lei moral, a saber, a sua punibilidade” (KANT, 2011crpra, p. 62 – Ak, V, 37). Como conciliar essas ideias?

A proposta aqui defendida é a compreensão da punição como algo comparável à variante negativa do sumo bem. Assim convém efetuar uma digressão, para analisar o que é o sumo bem e posteriormente pensar em sua variante negativa. Primeiramente, cabe lembrar que o sumo bem é um ideal, um arquétipo do conceito de bem, “um máximo do que se pode pensar, a respeito do qual tudo se determina e configura” (KANT, 2009, p. 43 – Ak, XXVII.1, 247); sob esse termo “virtude e felicidade são pensadas como necessariamente vinculadas, de sorte que uma não pode ser admitida pela razão prática pura sem que a outra também lhe pertença” (KANT, 2011crpra, p. 184 – Ak, V, 113). Agora cabe saber como ocorre essa vinculação entre moralidade e felicidade: a felicidade seria a causa e a moralidade o efeito ou o inverso?

Para investigar essas hipóteses é importante perceber que Kant conceitua a felicidade como “o estado de um ente racional no mundo para o qual, no todo de sua existência, **tudo se passa segundo seu desejo e vontade**” (KANT, 2011crpra, p. 201 – Ak, V, 124), que exige “um todo absoluto, um máximo de bem-estar, no meu estado presente e em todo o futuro” (KANT, 2011fmc, p. 57 – Ak, IV, 418). Ademais, a felicidade é algo indeterminado (KANT, 2011fmc, p. 57 – Ak, IV, 418), pois depende de elementos empíricos e pode ser diferentemente concebida por pessoas distintas ou mesmo por uma única pessoa em distintos estágios de sua vida. Essa necessidade de experimentação para o indivíduo descobrir o que lhe gera felicidade, bem como a mudança de concepção ao longo de sua existência, torna impossível a determinação, com segurança, de um princípio da felicidade.

Kant fornece exemplos para uma reflexão acerca do que constitui a felicidade:

existe uma grande controvérsia sobre se a felicidade consiste em deter coisas (*erhalten*) ou adquirir prestígio (*erweben*). Pois, quem parece ser mais feliz? Aquele que não tem meios, mas tampouco necessita nada que pode obter mediante eles ou aquele que tendo já muitos recursos necessita muitos mais (KANT, 2009, p. 41 – Ak, XXVII.1, 246).

E segue:

Se é a riqueza que ele quer, quantos cuidados, quanta inveja e quanta cilada não pode ele chamar sobre si! Se quer muito conhecimento e sagacidade, talvez isso lhe traga a visão mais penetrante que lhe mostre os males, que agora ainda se lhe conservam ocultos e que não podem ser evitados, tanto mais terríveis, ou talvez venha a acrescentar novas necessidades aos desejos que agora lhe dão já bastante

que fazer! Se quer vida longa, quem é que lhe garante que ela não venha a ser uma longa miséria? Se quer pelo menos saúde, quantas vezes a fraqueza do corpo nos preserva de excessos em que uma saúde ilimitada nos teria feito cair (KANT, 2011fmc, p. 58 – Ak, IV, 418).

Essas passagens visam à confirmação do caráter empírico e da indeterminação do conceito de felicidade, além de evidenciar que mesmo aquilo que a maioria das pessoas considera bom e parte integrante da felicidade, para algum indivíduo pode não o ser. Essa farta exemplificação kantiana também denota que a concepção de felicidade pode alterar-se com o transcorrer do tempo, pois o indivíduo pode criar uma concepção própria desse estado e ao atingi-la pode descobrir que o estado idealizado não corresponde a um estado feliz; dessa forma, cria um novo ideal, que, quando atingido, seria substituído por outro ideal, em um processo infinito. Nesse sentido, a felicidade seria comparável a uma utopia, que é sempre buscada, mas nunca plenamente alcançada, principalmente quando se tem em mente um estado de plena realização, no qual desejos e vontade são integralmente satisfeitos – como Kant indica.

Essa noção de felicidade já evidencia a impossibilidade de ela ser causa da moralidade, contudo o filósofo acrescenta a isto outros dois argumentos: da função própria e da contradição interna no pensamento eudaimonista. O primeiro é desenvolvido por Kant da seguinte forma:

Ora, se num ser dotado de razão e vontade a verdadeira finalidade da natureza fosse a sua *conservação*, o seu *bem-estar*, numa palavra, a sua *felicidade*, muito mal teria ela tomado as suas disposições ao escolher a razão da criatura para executora destas suas intenções. Pois todas as ações que esse ser tem de realizar nesse propósito, bem como toda a regra do seu comportamento, lhe seriam indicadas com muito maior exatidão pelo instinto (KANT, 2011fmc, p. 24 – Ak, IV, 395).

Para o filósofo o ser humano distingue-se de outros animais por ser um ser racional e detentor de vontade, entretanto se sua finalidade primordial fosse a *felicidade*, seu pleno bem-estar, seria incoerente a escolha da razão como implementadora. Nesta hipótese, assim como os outros animais, o homem atingiria sua finalidade através do instinto, sem qualquer necessidade de participação da razão. Contudo, tendo em vista que o ser humano é um ser racional – característica que o diferencia –, a razão tem que desempenhar um papel importante. Além disso,

a natureza teria evitado que a razão caísse no *uso prático* e se atrevesse a engendrar com as suas fracas luzes o plano da felicidade e dos meios de a alcançar; a natureza teria não só chamado a si a escolha dos fins, mas também a dos meios, e teria com sábia prudência confiado ambas as coisas simplesmente ao instinto (KANT, 2011fmc, p. 24 – Ak, IV, 395).

Nota-se que, para Kant, o fato da natureza ter dotado o homem de razão deve possuir uma função relevante, caso contrário bastaria que o homem, assim como outros animais, fosse guiado pelo instinto. Esse entendimento é ratificado pela seguinte afirmação: “a felicidade compreende tudo (e também nada mais do que) o que a natureza nos pode proporcionar; mas a virtude inclui tudo o que ninguém, a não ser o próprio homem, a si pode dar ou arrebatá-lo” (KANT, 2009sec, p. 70 – Ak, VIII, 283 nota). Aqui se poderia perceber alguma compatibilidade com a noção de função própria defendida por Aristóteles, pois Kant parece acreditar que a *função própria* do homem é a virtude, a qual deve ser alcançada por meio da razão.

Conforme Kant, “um mandamento de que cada um devesse procurar tornar-se feliz seria tolo; pois nunca se ordena a alguém aquilo que ela já por si inevitavelmente quer.” (KANT, 2011crpra, p. 61 – Ak, V, 37). Para o filósofo, “a máxima do amor de si (prudência) apenas **aconselha**; a lei da moralidade **ordena**. Há, porém, uma grande diferença entre aquilo que se nos **aconselha** e aquilo para o qual somos **obrigados**” (KANT, 2011crpra, p. 60 – Ak, V, 36). Assim, fixa-se uma clara primazia da lei moral (ligada à função própria do homem) sobre os imperativos pragmáticos, distinguindo dever de felicidade.

Quanto à contradição interna no eudaimonismo, o filósofo desenvolve o argumento da seguinte forma:

Decerto que o homem reflectido, quando venceu as incitações ao vício e está consciente de ter cumprido o seu dever, bastantes vezes penoso, se encontra numa situação de tranquilidade de espírito e de satisfação, a que pode bem chamar-se felicidade; situação em que a virtude é a sua própria recompensa. – Então, diz o eudemonista: essa alegria, essa felicidade é o único motivo pelo qual ele age virtuosamente. Não é o conceito de dever que determina directamente a sua vontade, mas é somente por via da perspectiva da felicidade que é movido a cumprir o seu dever. – Mas então está claro que, uma vez que só pode esperar esta recompensa da virtude da consciência do dever cumprido, tem esta última que ter a precedência: quer dizer, tem que achar-se obrigado a cumprir o seu dever antes mesmo de pensar e sem pensar que a felicidade virá a ser consequência de ter observado o dever. Cai, com a sua etiologia, num círculo vicioso. Isto é, só pode esperar ser feliz (ou interiormente bem-aventurado) se estiver consciente da sua observância do dever, mas só pode ser movido a observar o seu dever se previr que deste modo será feliz. – Mas neste sofisma existe também uma contradição. Pois que, por um lado, deve observar o seu dever sem previamente perguntar que efeito terá isto na sua felicidade, portanto, por um motivo moral; mas, por outro lado, só pode reconhecer algo como dever se puder contar com a felicidade que, com isso, lhe advirá, consequentemente, atendendo a um motivo patológico, o que é justamente o oposto do anterior (KANT, 2011, p. 279-280 – Ak, VI, 377-378).

Kant reconhece a existência de um sentimento prazeroso após o cumprimento do dever e que isso poderia ser nominado felicidade, entretanto o referido sentimento não constitui a mola propulsora da ação. A *contrario sensu*, ocorreria uma situação paradoxal se o prazer decorrente do cumprimento do dever fosse o fundamento que leva o agente a cumprir seu

dever: o indivíduo apenas é feliz quando consciente de ter cumprido o dever (por dever), mas somente cumpre o dever se isso lhe trazer felicidade. Além de constituir uma falácia, o argumento é contraditório, porque se exige que o agente cumpra seu dever *por dever*, moralmente, entretanto ele somente agirá desse modo se vislumbrar felicidade, ou seja, se houver uma mola propulsora diferente do dever.

Kant ressalta que a consciência de dever cumprido é anterior à felicidade. Para ele há uma desvinculação do dever e da felicidade, pois o agente deve ter descoberto a si mesmo sob a obrigação de cumprir seu dever, antes de pensar que a felicidade resultará de sua observância do dever e sem cogitar disso. Em síntese, o dever tem que ser cumprido simplesmente porque é o dever, sem nenhuma outra mola propulsora; esse sentimento que surge após a consciência de dever cumprido, que talvez se possa chamar felicidade, apenas pode confortar o ser humano, não motivá-lo (KANT, 2009, p. 93 – Ak, XXVII.1, 284).

Parece evidente que não há relação entre felicidade e moralidade, pois o filósofo rechaça veementemente a possibilidade de a felicidade ser causa da moralidade e o inverso parece faticamente falso, pois aquele que cumpre seu dever não é necessariamente feliz. O próprio Kant qualifica o dever como *penoso* (KANT, 2011, p. 270 – Ak, VI, 377), logo, como admitir a moralidade como causa e a felicidade efeito? Além disso, o filósofo reconhece expressamente que nem todo o virtuoso é feliz. Exemplo disso é a frase: “quanto mais virtuoso e menos feliz é um homem, tanto mais doloroso resulta-lhe não ser feliz, se é digno disso, tanto mais satisfeito está o homem com sua conduta, mas não com seu estado” (KANT, 2009, p. 47-48 – Ak, XXVII.1, 251).

As questões acima referidas originam o que Kant denomina *antinomia da razão prática*, cuja resolução inicia-se do seguinte modo:

não pode ser esperada nenhuma conexão necessária, e suficiente ao sumo bem, da felicidade com a virtude no mundo através da mais estrita observância das leis morais. Ora, visto que a promoção do sumo bem, que contém esta conexão em seus conceitos, é um objeto aprioristicamente necessário de nossa vontade e interconecta-se inseparavelmente com a lei moral, a impossibilidade do primeiro caso tem que provar também a falsidade do segundo. Portanto, se o sumo bem for impossível segundo regras práticas, então também a lei moral, que ordena a promoção do mesmo, tem que ser fantasiosa e fundar-se sobre fins fictícios vazios, por conseguinte tem que ser em si falsa (KANT, 2011crpra, p. 185 – Ak, V, 113-114).

Deve-se perceber a inexistência de uma conexão necessária entre virtude e felicidade no mundo, contudo o sumo bem é necessário de forma *a priori*, o que instaura uma contradição, a qual é intensificada pela profunda vinculação do sumo bem à lei moral. Para o filósofo, ao provar que uma conexão necessária entre felicidade e moralidade é falsa, também se tem a falsidade da lei moral, dada a conexão racional dos conceitos. Assim, deve-se

reconhecer que algo aparentemente falso não o seja absolutamente, ou seja, que (i) a felicidade é causa da moralidade ou (ii) a moralidade é causa da felicidade:

A primeira das duas proposições, de que a aspiração à felicidade produz um fundamento de disposição virtuosa, é **absolutamente falsa**; a segunda, porém, de que a disposição à virtude produza necessariamente a felicidade, **não é falsa de modo absoluto** mas só na medida em que ela for considerada a forma da causalidade no mundo sensorial e, por conseguinte, se eu admito o existir nele como a única espécie de existência do ente racional, portanto é **condicionalmente** falsa (KANT, 2011crpra, p. 186-7 – Ak, V, 114).

A partir do trecho supracitado põe-se as questões acerca (i) do que significa considerar condicionalmente falsa a afirmação de que a moralidade (disposição à virtude) seja a causa da felicidade e (ii) de como é possível que a moralidade seja a causa da felicidade em termos condicionalmente verdadeiros. Kant responde esta questão postulando a existência de Deus, ou seja, concebe racionalmente um ser que reconhece e recompensa a moralidade do agente, tornando possível a relação entre moralidade e felicidade, *in verbis*:

é **postulada** também a existência de uma causa da natureza distinta da natureza em conjunto, e que contenha o fundamento dessa interconexão, a saber, da exata concordância da felicidade com a moralidade. Esta causa suprema, porém, deve conter o fundamento da concordância da natureza não simplesmente com uma lei da vontade dos entes racionais mas com a representação dessa **lei**, na medida em que estes a põem para si como **fundamento determinante supremo da vontade**, portanto não simplesmente com os outros costumes segundo a forma, mas também com a sua moralidade como motivo <*Bewegungsgrund*> dos mesmos, isto é, com a sua disposição moral. Logo, o sumo bem só é possível no mundo na medida em que for admitida uma <causa> suprema da natureza que contenha a causalidade adequada à disposição moral (KANT, 2011crpra, p. 201-202 – Ak, V, 125).

O sumo bem, isto é, a relação necessária entre moralidade e felicidade, exige que se admita a existência de Deus, pois aquele é necessário à vontade e faticamente observa-se a existência de indivíduos que cumprem seu dever e são infelizes. Como já dito, o homem pode estar satisfeito com sua conduta, entretanto não com o seu estado. Destarte, postula-se a existência de Deus e também a imortalidade da alma, pois a retribuição da felicidade na exata proporção à virtude dos agentes somente pode ocorrer na eternidade.

Kant complementa sua análise a partir do conceito de *dignidade*:

se o homem quiser encontrar essa felicidade sem diferenciar o justo do injusto, então se daria sem dúvida felicidade, mas não dignidade da mesma e o bem supremo⁵⁴ é a conjugação de ambas as coisas. O homem somente pode aspirar a ser feliz com tanto que se faça digno de tal felicidade, pois essa é a condição da felicidade que a razão se exige a si mesma (KANT, 2009, p. 43 – Ak, XXVII.1, 247).

⁵⁴ Aqui se faz necessária uma advertência: nas edições em espanhol e em inglês da obra *Lecciones de Ética (Lectures on ethics)* os termos *sumo bem (summum bonum)* e *bem supremo (supremo bien/highest good)* são aparentemente empregados indistintamente, pois Kant afirma que o bem supremo é composto pela moralidade e pela felicidade (v.g., essa citação de Ak. 247). De forma contrária, a obra *Crítica da Razão Prática* distingue os termos: *sumo bem* é a conjugação da moralidade com a felicidade, enquanto *bem supremo* indica apenas a moralidade (exemplifica essa diferenciação o seguinte trecho: “o bem supremo enquanto primeira condição do sumo bem constitui a moralidade” – Ak. 214). Esse problema não será enfrentado neste trabalho.

A dignidade relacionada à felicidade evidencia a compatibilidade da felicidade com a moralidade;⁵⁵ equivale ao merecimento, pois a ânsia pela felicidade é confrontada com a condição suprema da razão (KANT, 2009sec, p. 76 – Ak, VIII, 288). Como dito por Kant, “o moralmente bem intencionado faz-se credor de uma recompensa e uma felicidade infinitas, já que sempre se predispôs a executar boas ações” (KANT, 2009, p. 92 – Ak, XXVII.1, 284). Através do conceito de sumo bem a razão vê uma conexão necessária entre moralidade e felicidade, de forma que a primeira torna as pessoas dignas de felicidade. Analogamente se pode ver uma conexão racionalmente necessária entre culpa e merecimento de punição. Além disso, a punição moral também exige o postulado da existência de Deus e da imortalidade da alma.

Racionalmente se concebe que o possuidor de mérito moral decorrente da prática do dever por dever merece felicidade, enquanto o sujeito com demérito resultante da transgressão de deveres morais merece punição. É justamente neste ponto que se pode comparar a punição moral com a variante negativa do sumo bem. Contudo, deve-se esclarecer que a comparação entre sumo bem e punição moral é limitada, pois não engloba o lapso temporal, ou seja, enquanto o sumo bem requer um todo absoluto, a punição moral é temporalmente limitada pela retribuição – não há que se falar em uma pena perpétua, executada em uma espécie de inferno.

A punição moral constitui uma exigência direta da justiça punitiva e não da prudência do legislador. Pune-se unicamente porque houve uma infração (*quia peccatum est*) e para retribuí-la, sem qualquer finalidade preventiva. Além disso, todas as culpas devem ser punidas e isso exige um ser onisciente, “um ser tal que sanciona as ações de acordo com a moralidade” e aplica “castigos retributivos” (KANT, 2009, p. 95 - Ak, XXVII.1, 286). Kant inclusive afirma que:

se considerarmos os homens num estado jurídico (como é necessário na Ética), mas apenas segundo leis racionais (não segundo leis civis), então ninguém tem o direito de impor castigos e vingar a ofensa sofrida pelos homens, a não ser aquele que é também o supremo legislador moral (quer dizer, Deus), e só este pode dizer: “a vingança é minha; quero ser eu a exercer a vingança” (KANT, 2011, p. 410 – Ak, VI, 460).

Isso significa que em um estado jurídico sujeito a leis racionais, mas sem qualquer lei externa coercitiva, não haveria um direito humano de punir. Kant defende sim uma punição

⁵⁵ Nesse sentido Kant afirma: “Alguém é **digno** da posse de uma coisa ou de um estado, se o fato de ele encontrar-se nessa posse concorda com o sumo bem. Pode-se agora ver facilmente que toda a dignidade tem a ver com a conduta moral, porque esta constitui, no conceito de sumo bem, a condição de todo o mais (que pertence ao estado), a saber, da participação da felicidade” (KANT, 2011crpra, p. 209 – Ak, V, 130).

puramente retributiva, mas no âmbito moral e pertencente a um Ser onisciente, e não, como frequentemente interpretado, no campo jurídico e pertencente à autoridade do estado civil. No âmbito moral pune-se o mal,⁵⁶ sem qualquer finalidade além da retribuição. A punição moral é necessária para um sistema moral *a priori*, torna-o racionalmente perfeito, em um nível que a punição jurídico-criminal jamais poderia alcançar.

4.3 UMA ÚLTIMA DEFESA

Após a apresentação da concepção kantiana de punição no sistema da metafísica dos costumes, cabe retomar alguns pontos que ainda não foram analisados sob a perspectiva interpretativa aqui proposta, como a casuística, detalhes acerca da imputação e a diferenciação das penas moral e teológica. Além disso, importante expor a relevância dos escritos penais de Kant, principalmente ao considerar o período no qual foram escritos. Em síntese, este último subcapítulo visa à eliminação de dúvidas remanescentes e consubstancializa-se em uma defesa das ideias de Kant vinculadas à punição.

O primeiro ponto que merece ser retomado é a definição de metafísica dos costumes como *um sistema que pretende expor conceitos relacionados a leis morais, não derivados da experiência e válidos universalmente*. Esse sistema moral puramente racional possui dois âmbitos – Direito e Ética –, cuja exposição frequentemente necessita “tomar como objecto a natureza peculiar do homem, cognoscível somente mediante a experiência, para mostrar nela a consequência de princípios morais universais” (KANT, 2011, p. 24 – Ak, VI, 217). Isso significa que o próprio Kant reconhece que a obra *A Metafísica dos Costumes* possui elementos puramente racionais e elementos empíricos.

Ao transpor essas noções ao campo punitivo, é possível perceber que a punição moral é exclusivamente racional, enquanto a punição jurídica mescla elementos *a priori* e empíricos. Inclusive, em nota ao pé da página em Ak, VI, 363, Kant diferencia justiça e prudência penais, pois a primeira tem um argumento moral de punibilidade e a segunda é apenas pragmática, funda-se na experiência do que é mais eficaz na prevenção de crimes. Congregando a essa distinção a informação que “a união direta do conceito de transgressão e do conceito de punição merecida serve aos governantes somente como uma justificação, não como uma prescrição para seus decretos” (ZWEIG, 1999, p. 448 – Ak, XI, 398), é possível perceber que a punição jurídica é necessária somente de forma hipotética, como meio para

⁵⁶ Veja-se *Praktische Philosophie Powalski*: “Die moralischen Strafen strafen ein moralisches böse” (Ak, XXVII.1, 150).

prevenir delitos; entretanto não pode ser aplicada irrestritamente e, nesse sentido, é concebida como retribuição à transgressão do dever jurídico.

No trecho acima citado há uma diferença, decorrente da forma de vinculação dos conceitos de transgressão e punição merecida (para Kant, equivalente à punição retributiva), no tocante às penas jurídica e a moral. De acordo com a explicação do filósofo, no campo do direito os decretos punitivos *justificam-se* pela junção dos conceitos de transgressão e punição merecida. Já no âmbito da Moral, os mesmo conceitos são utilizados para a *prescrição*. Dito de outra forma: a punição jurídica é necessária como meio para prevenir delitos e para legitimar essa coerção unilateral utiliza-se uma justificação moral, ou seja, (somente) o transgressor merece punição retributiva, há o direito de aplicar a pena legalmente criada no tipo penal pois concretamente houve uma transgressão e assim o sujeito fez-se merecedor de pena. Já a punição moral é necessária categoricamente e, considerando que é aplicada por um Ser onisciente que conhece todas as culpas, a própria transgressão já *prescreve* a punição.

Em resumo, é possível dizer que, no âmbito moral, (i)a onisciência do Ser que pune faz com que a transgressão determine a punição aplicável e (ii)toda transgressão, na ideia da razão prática, merece punição.⁵⁷ A exigência expressa em (ii) anteriormente foi comparada ao sumo bem justamente por ambos constituírem uma exigência racional, cujo pleno atendimento não se dá no mundo fático e requer um ser que atue retributivamente. De outro lado, a punição jurídica é necessária hipoteticamente, como meio para prevenir crimes, para evitar interferências injustas na liberdade segundo leis universais; sua imposição justifica-se, com apelo à razão prática, a partir da ideia que a transgressão merece punição, isto é, retributivamente. Assim, a sanção criminal mostra-se como uma ação estatal com finalidade preventiva e retributiva.

Essa mescla de prevenção e retribuição garante que cada pessoa seja tratada como um fim em si mesma e nunca simplesmente como um meio, o que se dá em três momentos. Inicialmente se tem a ameaça contida na lei penal em abstrato, a qual se dirige à coletividade como uma advertência, portanto, ao não se dirigir a um indivíduo específico, não instrumentaliza ninguém. Nesse primeiro momento duas outras exigências são relevantes: (i)apesar de a pena em abstrato ser retributiva, não é possível estipular penas cuja retribuição real viole a humanidade (por exemplo, no caso de estupro), de forma a ser necessário o

⁵⁷ Na edição de *Crítica da Razão Prática* (KANT, 2011crpra) utilizada para as citações deste trabalho, Valério Rohden traduz *Strafwürdigkeit* (Ak, V, 37) por *punibilidade* e assim afirma: “na ideia de nossa razão prática há ainda algo que acompanha a transgressão de uma lei moral, a saber, a sua **punibilidade**” (KANT, 2011crpra, p. 62). Entretanto, literalmente *Strafwürdigkeit* significa ‘*merecibilidade*’ de punição, razão pela qual se fala que na ideia da razão prática toda transgressão **merece punição**.

emprego de um talião simbólico; (ii) a criminalização (idealmente) apenas atinge aquelas ações que violam injustamente a liberdade de outros indivíduos, possibilitando a coexistência de todos segundo uma lei universal, bem como que cada um persiga seus próprios fins.

O segundo momento representa a imposição da pena pelo juiz e somente inicia para o transgressor, isto é, não se pune unicamente para prevenir crimes, mas antes a pessoa deve ser considerada merecedora de punição – transgressora. Nessa etapa cabe ao juiz apurar o fato no processo e aplicar a lei (KANT, 2011, p. 185 – Ak, VI, 317), ou seja, não é possível impor uma pena arbitrária. A função do magistrado é verificar processualmente se houve um crime e, em caso afirmativo, estipular a sanção concreta dentro dos limites da pena em abstrato e fazer isso agregando o caráter preventivo. Esse movimento de saída de uma sanção geral e determinação de uma pena específica atualmente ocorre mediante a dosimetria da pena, procedimento no qual o magistrado, por exemplo, ao reconhecer a existência de um furto, parte de uma pena de reclusão de um a quatro anos e, mediante a análise das especificidades do caso, fixa a pena ao transgressor. Em síntese, apesar de vinculado à lei, o juiz possui certa liberdade, determinada pela própria lei.

Para Kant tanto a imposição da punição jurídica quanto a execução desta (terceiro momento de análise da punição) devem, sempre que possível, prevenir novos crimes, seja propiciando a reeducação do infrator ou o exemplo aos demais. Contudo, não se pode forçar a correção ou o exemplo,⁵⁸ pois mesmo o condenado deve ter sua humanidade respeitada. A sanção concreta e sua execução caracterizam-se pelo estímulo e não pela imposição dos fins preventivos. Aliás, se a punição visasse unicamente à reeducação (prevenção especial positiva) seria incoerente Kant defender a pena de morte.⁵⁹

É evidente que a punição constitui uma coerção unilateral e, por essa razão, é um óbice à liberdade do indivíduo, suspende sua dignidade como cidadão. Entretanto, sua liberdade inata protege-o contra penas que poderiam desrespeitar sua própria condição de homem. Como diz Kant, “não posso negar nem sequer ao vicioso o respeito que, pelo menos na sua qualidade de homem, não lhe pode ser retirado” (KANT, 2011, p. 414 – Ak, VI, 463). Assim, a sanção jurídico-criminal deve ser imposta com o cuidado (*i*) de não tratar o infrator

⁵⁸ “Aber es ist eine Liebespflicht. kan auch eine schuldige Pflicht gegen das Gantze in statu civili seyn, daß die öffentliche Gerechtigkeit kein die Strafen alle correctiv oder exemplarisch (s pragmatisch) macht” (Ak, XIX, 303, nota 7289).

⁵⁹ Nesse sentido *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “Es würde, wenn Strafe zum Zweck Besserung hätte, zweifelhaft seyn, ob nach dem Tode des Menschen Strafen Statt haben könnten” (Ak, XXVII.2.1, 553).

como um simples meio para fins preventivos, (ii) de não impor a prevenção e (iii) de constituir-se uma justa pena retributiva.⁶⁰

Quanto à retribuição jurídica, convém ressaltar a necessidade de a punição avaliar a ação externamente⁶¹ e retribuir a intenção do transgressor naquele ato. Nota-se que a importância jurídica da intenção é restrita ao âmbito do crime. Essa concepção kantiana é a vigente na legislação criminal brasileira, na qual, por exemplo, a partir da intenção do agente infrator certa morte pode ser considerada homicídio ou lesão corporal seguida de morte ou, ainda, auxílio ao suicídio. Como exposto anteriormente, o direito exige apenas ações ou omissões externas, contudo após o descumprimento do dever a intenção do agente relacionada ao ato delitivo ganha relevância.

Ao perceber a relevância da intenção na configuração do crime, entende-se as razões que levaram Kant a considerá-la: sem ela não há como retribuir adequadamente, pois mesmo os atos externos possuem em sua configuração um elemento volitivo. Assim, não se está a defender um direito penal do autor, ou seja, não se pune em virtude do que o infrator é; pune-se em razão do que o agente fez, defendendo um direito penal do fato, como é (ou pretende ser⁶²) o direito contemporâneo. Além disso, o filósofo veda qualquer pretensão de um ser humano tentar ser onisciente e punir conforme a intenção global do infrator – isso é reservado a um ser sobre-humano; no direito cabe apenas analisar e punir ações externas e, dessa forma, pode-se apenas tentar descobrir a intenção vinculada à ação criminosa externamente consumada.

Ainda no que tange ao direito, a intenção do agente é irrelevante quando houver o cumprimento do dever. Anteriormente, ao diferenciar direito e ética, afirmou-se que no direito exige-se que a ação exterior não viole a liberdade dos demais indivíduos segundo leis universais, portanto não é necessária uma intenção específica, basta a ação conforme a norma jurídica, independentemente da mola propulsora e cuja observância pode ser exigida por meio de coerção externa; já na ética a ação deve ser “em conformidade ao dever por dever” (KANT, 2011, p. 300 – Ak, VI, 391), ou seja, a intenção ganha relevância, a mola propulsora necessariamente é o dever e a coerção somente pode ser exercida pelo próprio sujeito (autocoerção). Isso significa que os deveres jurídicos são deveres de liberdade exterior,

⁶⁰ Veja-se *Praktische Philosophie Powalski*: “Jede poena exemplaris ist unrecht, wenn sie nicht als poena vindicativa gerecht ist” (Ak, XXVII.1, 150).

⁶¹ Veja-se *Praktische Philosophie Powalski*: “In dem Staat wo pragmatische Strafen nothwendig sind, betrachten wir die Handlungen nicht nach den Gesinnungen sondern äußerlich, denn hier wird gar nicht auf die moralitaet gesehen” (Ak, XXVII.1, 150).

⁶² Dentre os delitos previstos na legislação contemporânea que punem o agente pelo que ele é pode-se citar a vadiagem (artigo 59 da Lei das Contravenções Penais).

enquanto os éticos são de liberdade interior, pois os últimos exigem um ser dono de si que reprima seus afetos e domine suas paixões (KANT, 2011, p. 325-326 – Ak, VI, 406-407).

Kant explica as peculiaridades do dever jurídico da seguinte forma:

O homem é coagido a ser, embora não um homem moralmente bom, contudo um bom cidadão. O problema do estabelecimento do Estado, tão duro como isso soe, pode ser solucionado mesmo no caso de um povo de demônios (se somente eles tiverem entendimento) e exprime-se assim: “ordenar uma multidão de seres racionais, que no todo exigem leis universais para sua conservação, das quais, porém, cada um está inclinado a eximir-se em segredo, e estabelecer sua constituição de modo que o resultado em sua conduta pública seja justamente o mesmo como se não tivessem nenhuma das tais más disposições” (KANT, 2010, p. 50-51 – Ak, VIII, 366).

Nessa passagem fica evidente o porquê da vinculação do dever jurídico à liberdade externa: o plano interno, das *disposições privadas*, não importa juridicamente, desde que o sujeito aja conforme ao dever, salientando que pode ser coagido a isso. Como diz Juan Bonaccini, o plano do direito refere-se ao “comportamento empiricamente observável como conforme ao dever ou não, *independentemente de saber se sua motivação foi a própria lei ou não* [...]”. Neste caso, pouco importa que o motivo seja moral ou não (embora *deveria sê-lo*)” (BONACCINI, 2008, p. 243). Quer-se frisar que um dever jurídico *pode* ser cumprido por dever, mas isso não é algo juridicamente necessário, pois o direito apenas exige ações e omissões, não intenções. Em suma, na seara do direito o cumprimento de um dever por coação ou simplesmente por dever tem o mesmo valor, afinal, juridicamente, a intenção do agente somente ganha destaque a partir do descumprimento do dever, isto é, para fins de retribuição punitiva.

Quanto à aplicação do princípio de retribuição, deve-se efetuar uma diferenciação referente à sua aplicação quantitativa e qualitativa. Aplicar o princípio retributivo à quantidade de pena garante a proporcionalidade e, nesse sentido, permanece atual e válido. No que tange à qualidade, a retribuição possibilita a aplicação de pena de morte, castração, expulsão da sociedade, trabalhos forçados, etc. Essas penas, em virtude da vigente concepção de punição e de direitos humanos, são hodiernamente consideradas arcaicas, contudo *A Metafísica dos Costumes* remonta a 1797. Franz von Liszt lembra que nesse período as punições tornaram-se “um ato de arbítrio judiciário” (2003, p. 109), ganharam vigor as teses filosóficas acerca da punição possuir apenas fins políticos (2003, p. 114) e logo antes, em 1749, ocorreu a última execução de feiticeiro na Alemanha (2003, p. 110).

Kant viveu em um período no qual a execução era um espetáculo público repleto de suplícios, como pode ser percebido quando o filósofo fala de *castigos infamantes*, os quais “fazem o espectador corar de vergonha por pertencer a uma espécie em relação à qual se pode

proceder deste modo” (KANT, 2011, p. 415 – Ak, VI, 465); para ilustrar esses castigos, Kant cita “o esquartejamento, fazer com que os cães despedacem o condenado, o corte do nariz ou das orelhas” (KANT, 2011, p. 414 – Ak, VI, 465). Além disso, não existia a pena de prisão nos moldes atuais e as raras casas de correção existentes eram estabelecimentos de educação forçada, destinados a um tipo específico de criminalidade, qual seja, vagabundos, mendigos, mulheres libertinas e outros indivíduos cuja forma de vida não agradava a maioria (LISZT, 2003, p. 385-386).

Quer-se chamar a atenção para o fato de Kant insurgir-se contra os suplícios e torturas, comuns em seu tempo, defender uma punição proporcional à transgressão e previamente estipulada em lei, esclarecer que a punição jurídica apenas pode punir fatos e considerar a intenção relacionada ao crime – pune-se atos externos e não a intenção universal do sujeito, o que ele é internamente. Ademais, apesar de salutar, a reeducação não pode ser imposta, pois o infrator continua sendo um homem e, portanto, merecedor de respeito. Conforme o filósofo, cada sociedade possui um direito de punir,⁶³ mas também possui o dever de não forçar a correção do infrator ou o exemplo aos demais.⁶⁴

Nota-se a importância da defesa kantiana da retribuição nos dois aspectos – quantitativo e qualitativo –, pois na época em que o texto foi escrito constituía uma justa reivindicação, em prol da proporcionalidade entre crime e pena e do respeito à condição humana, afim de não empregar suplícios e torturas e tampouco obrigar o sujeito a adotar um fim que não é seu, o que não pode ser efetuado no âmbito jurídico. Ao ler os textos de Kant sobre a sanção jurídica tendo em mente o contexto no qual foram escritos percebe-se que os mesmos constituíam, à época, uma defesa aos direitos do homem.

Além da relevância da defesa kantiana da retribuição, a prevenção de novos crimes foi estabelecida pelo filósofo de uma forma a não violar a humanidade presente em cada pessoa, pois, como já referido, não se impõe ao transgressor um fim que não é seu, apenas se incentiva a mudança. Dessa forma, Kant afasta-se do modelo preventivo existente em sua época, o qual, segundo Liszt, impunha uma educação forçada àqueles cujo estilo de vida destoava da maioria, caso das prostitutas e dos mendigos. Como já mencionado, a sanção jurídica é necessária como meio para prevenção de delitos, mas necessita de uma justificação moral – que a limita.

⁶³ Veja-se *Naturrecht Feyerabend*: “Jede Societaet hat ein Recht zu strafen, welches dem Imperaten zukommt” (Ak, XXVII.2.2, 1379).

⁶⁴ “Aber es ist eine Liebespflicht. kan auch eine schuldige Pflicht gegen das Gantze in statu civili seyn, daß die offentliche Gerechtigkeit kein die Strafen alle correctiv oder exemplarisch (s pragmatisch) macht” (Ak, XIX, 303, nota 7289).

Para compreender a forma como Kant concebe a punição jurídica é preciso reconhecer a existência da finalidade preventiva. Comentadores como Cattaneo (1981) afirmam que Kant apenas fala de castigos preventivos em obras precoces, dentre as quais o comentador inclui todos os manuscritos dos ouvintes de Kant editados pela Academia no tomo XXVII das *Obras Completas*. Essa afirmação seria correta se em obras posteriores o filósofo expressamente dissesse que somente há castigos retributivos, entretanto não é isso que ocorre. A título ilustrativo lembra-se que em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Kant fala de sanções pragmáticas (com finalidade preventiva) em uma nota ao pé da página 417 (Ak, IV) e em *A Metafísica dos Costumes*, na exposição do *jus necessitatis*, fala da finalidade preventiva da lei penal. Dessa forma ratifica-se a posição já exposta em *Praktische Philosophie Powalski*, *Moralphilosophie Collins*, *Moral Mrongovius* e *Metaphysik der Sitten Vigilantius*.

De acordo com Ross (1975, p. 63) é desarrazoado pensar que um filósofo do calibre de Kant pudesse exigir que o objetivo da punição fosse retribuição pura. A punição é retributiva quanto à exigência de culpa para sua imposição, mas é preventiva no tocante ao objetivo da punição em abstrato, da legislação criminal. Essa conjugação de finalidades evidencia que não há necessária oposição entre prevenção e retribuição. Isso já era percebido por Aristóteles (1959, p. 32-33), para quem a atividade deliberativa do legislador refere-se ao futuro, enquanto o pronunciamento do juiz, ao passado. Essa mesma ideia é exposta por Rawls (1955) para diferenciar as justificações de uma prática e de uma ação particular sob essa prática, isto é, para demonstrar que o legislador justifica a punição olhando para o futuro, sob um prisma prevencionista, e o juiz impõe punição observando o passado, retribuindo.

Aristóteles e Rawls observam na punição uma conjugação de prevenção e retribuição, entretanto cada uma diria respeito a um momento punitivo diferente: a ideia de prevenção justificaria a existência da pena contida na lei penal em abstrato, determinada pelo legislador, e a retribuição limitaria a atuação do juiz. Segundo a interpretação de Byrd, exposta no capítulo anterior, essa também seria a posição de Kant. Contudo, este trabalho defende a impossibilidade, para Kant, de separação de um momento preventivo e outro retributivo da punição jurídico-criminal.

No texto *Moralphilosophie Collins*, como já exposto, Kant expressamente fala de dois tipos de castigos: os morais e os pragmáticos. Os castigos morais são retributivos e impostos por “um ser tal que sanciona as ações de acordo com a moralidade”, enquanto os castigos pragmáticos são preventivos e, conforme o filósofo esclarece, “todos os castigos impostos pelo príncipe e pela autoridade são pragmáticos” (KANT, 2009, p. 95 – Ak, XXVII.1, 286). A

explicação de Kant parece incoerente e contrária à interpretação aqui defendida, mas não o é. Primeiramente é importante lembrar que a moral é composta por conceitos *a priori*, ou seja, há uma ideia puramente racional indicando que toda a transgressão merece punição, a qual deve retribuir a culpa. Dessa forma, a punição moral é imposta por um ser que conhece a culpa do transgressor, um ser que se poderia chamar *Deus*.

Kant também fala sobre os castigos pragmáticos, ligados à prudência do legislador e impostos pelo príncipe e pela autoridade, ou seja, aqueles castigos definidos na legislação criminal e impostos na condenação. Ao afirmar que as punições jurídico-criminais são pragmáticas o filósofo não abandona a ideia de retribuição, apenas indica que o objetivo da pena jurídica é a prevenção de crimes. Como Ross lembra, a retribuição refere-se à legitimação e a um princípio para a medida da punição (ROSS, 1975, p. 62). Para Kant a instituição da pena é meio para prevenir crimes, contudo uma punição somente pode ser aplicada após a ocorrência de uma transgressão (retributivamente). Além disso, a pena estipulada abstratamente pelo legislador ou concretamente pelo julgador deve orientar-se pela ideia de retribuição.

É fundamental perceber que a pena jurídico-criminal, na concepção kantiana, é uma mescla de prevenção e retribuição, pois é utilizada para prevenir delitos, mas apenas pode ser executada na hipótese do cometimento de uma transgressão. Racionalmente se sabe que a transgressão merece punição e esse conceito moral é aplicado no direito para *justificar* a punição, de forma que sujeitos não transgressores não podem ser punidos, mesmo que isso previna crimes ou promova o bem estar geral. No âmbito jurídico tem-se um argumento moral, *quia peccatum est*, e um argumento pragmático, *ne peccetur*, fundado na experiência do que é mais eficaz na prevenção de crimes.

A atividade dos legisladores consiste em criminalizar condutas e fixar penas para prevenir a ocorrência daquele crime, entretanto as penas devem ser fixadas a partir do princípio da igualdade, ou seja, retributivamente. A atuação dos juízes deve ser retributiva, mas sempre que possível a pena fixada deve ser preventiva, como Kant indica no exemplo do insulto verbal (KANT, 2011, p. 210 – Ak, VI, 332). Em síntese, não é coerente entender que Kant propõe a imposição de punição jurídica com a única finalidade de retribuição, como o faz no campo moral. No direito a pena contida abstratamente na lei penal ou definida concretamente na sentença judicial possui função preventiva, pois previne crimes pela intimidação ou pela correção, todavia a punição é retributiva no tocante ao seu *quantum* e à exigência de culpa.

Ademais, a análise conjunta das obras de Kant evidencia que o filósofo expôs um *sistema* punitivo. Obviamente não um sistema no sentido que Kant emprega o termo, mas em um sentido vulgar, como um conjunto de ideias racionalmente estruturadas e interligadas. Para verificar a existência desse *sistema* já se examinou (i) a imputação de avaliação que não permite uma autopunição ética, (ii) a sanção jurídica, com suas finalidades preventiva e retributiva e (iii) a punição moral, cuja finalidade é puramente retributiva; Kant ainda fala (iv) da punição teológica, imposta em virtude da violação de um dever para com Deus. Ao considerar esses quatro diferentes âmbitos nos quais o filósofo analisa a punição, bem como suas implicações, é possível considerar a existência de um *sistema* punitivo.

Quanto à punição teológica, decorrência da religião, justifica-se sua não inclusão dentre o objeto central de análise deste trabalho em razão de, como o próprio Kant reconhece (2011, p. 449 – Ak, VI, 486), os deveres para com Deus estarem para além de uma filosofia moral pura. Conforme o filósofo:

a religião, como doutrina dos deveres para com Deus, encontra-se para além dos limites da Ética puramente filosófica, e é por isso que o autor da presente obra, ao invés do que se costuma fazer, não introduziu a religião, concebida nesse sentido, na Ética, com o fim de a completar (KANT, 2011, p. 452 – Ak, VI, 487-488).

O filósofo salienta o fato de a religião depender de verdades reveladas e históricas e, por isso, não pode ser tratada de forma puramente filosófica. Exemplo disso é o culto que deve ser prestado a Deus, exigência que não é puramente racional, pois depende de conhecimentos empíricos. Ademais, os deveres para com Deus trazem consigo a seguinte problemática:

na ideia de um exercício da justiça por parte de um Ser que se eleva acima de qualquer dano que possa ser causado aos seus fins, existe algo que não pode ser associado à relação do homem com Deus: a saber, o conceito de uma lesão que possa ser infligida ao senhor, absoluto e inacessível, do mundo; porque aqui não se trata de violações de direitos que os homens cometem uns contra os outros e sobre os quais Deus decide como juiz que aplica punições, mas da violação que Deus em si próprio e o seu direito haveriam de sofrer; conceito este que é um conceito transcendente, quer dizer, encontra-se para além de todo o conceito de justiça penal relativamente ao qual nos seja possível apresentar um qualquer exemplo (quer dizer, nas relações entre os homens); sendo que tal conceito contém princípios que extravasam e que não podem ser postos de acordo com aqueles que empregáramos nos casos que se apresentam na experiência, e que, por conseguinte, são completamente vazios para a nossa razão prática (KANT, 2011, p. 454-455 – Ak, VI, 489).

Essa longa passagem evidencia a diferença de Deus nos âmbitos moral e religioso: no primeiro Deus é concebido como um ser onisciente responsável por julgar e punir (retributivamente) aqueles que violaram direitos de outros homens; já na religião o foco está nos deveres para com Deus, isto é, na possibilidade de o homem lesar Deus, um ser *absoluto e inacessível*. Além disso, esse Ser possui somente direitos e nenhum dever, de forma que o

homem que viola ou cumpre os deveres para com Deus não adquire o direito à retribuição de seu ato, pois Deus não possui o dever de retribuir. Segundo Kant:

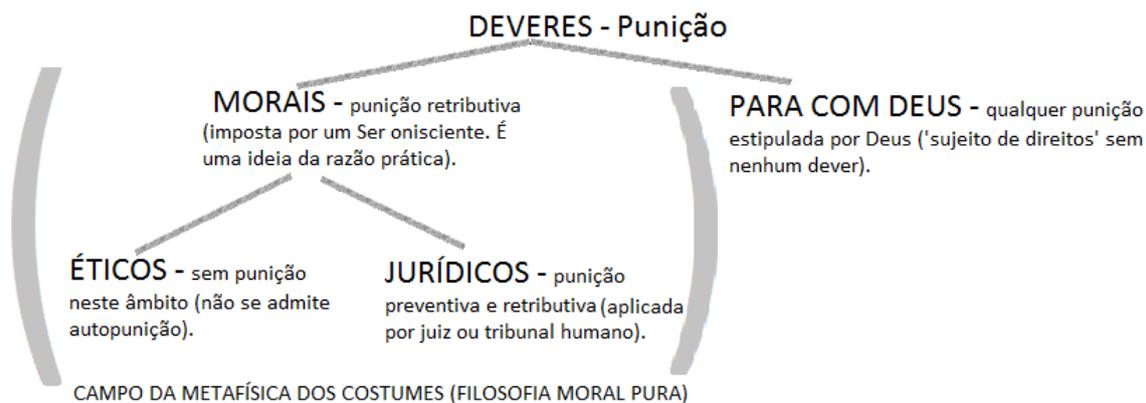
A recompensa (*praemium, remuneratio gratuita*) não releva, de todo em todo, da justiça quando se trata de seres que em relação ao outro têm apenas deveres e não têm quaisquer direitos, relevando meramente do amor e da beneficência (*benignitas*); – menos ainda pode haver em tal ser uma pretensão de retribuição (*merces*) e uma justiça retributiva (*iustitia brabeutica*) na relação de Deus com os homens é uma contradição (KANT, 2011, p. 454 – Ak, VI, 489).

O filósofo afirma existir uma *contradição*, pois Deus não possui nenhum dever para com os homens, logo, Ele não possui o dever de retribuir qualquer ação humana. Ressalta-se que a retribuição é uma exigência racional para o cumprimento ou a violação dos deveres do homem para consigo próprio ou para com outros homens, mas não para com Deus; essa diferença pode ser sintetizada quando se percebe que na seara moral Deus é um juiz (cuja punição é puramente retributiva), enquanto na religião tem-se Deus como um *sujeito de direitos*, para com quem os homens não possuem nenhum direito, nem mesmo o direito de exigir uma ação retributiva.

Kant qualifica a justiça punitiva divina como algo *insondável* para os humanos, “uma necessidade férrea e incontornável” (KANT, 2011, p. 455 – Ak, VI, 489). Exemplo disso é que para a justiça divina todo crime deve ser punido e “se o castigo não alcança o criminoso, os seus descendentes têm de pagar por ele” (KANT, 2011, p. 455 – Ak, VI, 489-490). Nota-se que o âmbito religioso, ao contrário do jurídico ou do moral, possibilita que alguém sabidamente inocente seja penalizado, uma espécie de *vítima expiatória* (KANT, 2011, p. 456 – Ak, VI, 490); essa condenação não é atribuída a Deus, mas o é à justiça que se realiza através dela (KANT, 2011, p. 456 – Ak, VI, 490).

Em síntese, a punição moral é uma ideia *a priori*, uma espécie de variante negativa do sumo bem, cujo juiz impositor é um Ser onisciente e suprassensível (Deus), o qual retribui todas as culpas oriundas de transgressões de deveres do homem para consigo mesmo e para com os demais homens. Diferentemente, no campo religioso tem-se os deveres para com Deus, cuja violação gera uma punição não necessariamente proporcional à infração e que inclusive pode ser aplicada aos descendentes do infrator, pois Deus não possui nenhum dever para com os homens. Assim, resta claro a diferença entre a pena moral, de cunho racional, e a pena teologicamente concebida.

Essa sumária apresentação da punição teológica completa o *sistema* punitivo kantiano, cuja representação esquemática poderia se dar a seguinte forma:



Nota-se que a punição teológica está além da filosofia moral pura, pois depende da religião para a definição dos deveres para com Deus. Dessa forma, justifica-se sua não inclusão no sistema moral kantiano, cujo foco está nas punições moral e jurídica. Já a inexistência de punição na Ética pode ser explicada mediante a análise das regras para a imputação:

As boas ou más consequências de uma ação devida – assim como as consequências da omissão de uma ação meritória – não podem imputar-se ao sujeito (*modus imputationis tollens*).

As boas consequências de uma ação meritória – assim como as más consequências de uma ação ilícita – podem ser imputadas ao sujeito (*modus imputationis ponens*) (KANT, 2011, p. 39 – Ak, VI, 228).

Essa explicação parece incoerente, afinal no âmbito moral cada ação deve ser retribuída. Todavia, em *Moralphilosophie Collins*, após uma explicação similar à passagem citada, Kant esclarece: “todo o exposto até o momento sobre a imputação somente é válido em relação aos outros homens, mas não com respeito a Deus” (KANT, 2009, p. 101 – Ak, XXVII.1, 290). Isso significa que os homens somente podem responsabilizar outros homens pelas más consequências de ações ilícitas, como é efetuado na punição jurídica, ou pelas boas consequências de ações que vão além do dever jurídico,⁶⁵ desde que prevista em lei (KANT, 2011, p. 39 – Ak, VI, 227).

É humanamente impossível imputar as consequências de uma omissão meritória, pois o que está além do dever (ação meritória) não é exigível, logo, não fazer o que está além do dever não possui relevância alguma. Quanto às consequências da ação devida, são decorrência de um dever juridicamente imposto e coercitivamente exigível, portanto o agente não pratica a ação de forma livre e imputar-lhe as consequências de uma ação que foi praticada porque ele

⁶⁵ Conforme *A Metafísica dos Costumes* “é meritório (*meritum*) aquilo que alguém faz em conformidade com o dever para além daquilo a que pode ser obrigado de acordo com a lei” (KANT, 2011, p. 39 – Ak, VI, 227).

quis, mas sim porque a lei exigia, seria um absurdo.⁶⁶ Importante salientar que isso somente é válido entre seres humanos; no âmbito moral, no qual se postula a existência de um ser onisciente e suprassensível, a forma de imputação é diferente e todas as ações são retribuídas.

Dito isso, passa-se à casuística, que representa exemplos nos quais se considera a natureza humana e as consequências que os princípios morais *a priori* geram nela (KANT, 2011, p. 24 – Ak, VI, 217). Dentre esses casos ilustrativos tem-se o *ius necessitatis*, um pretense direito de, quando a própria vida estiver em risco, retirar a vida de alguém que não lhe fez mal algum. Kant analisa o pretense direito de necessidade através do exemplo da tábua de salvação, cuja exposição realizada em *A Metafísica dos Costumes* encontra-se transcrita no item dois deste trabalho, contudo, para facilitar a análise, transcreve-se novamente:

Não pode, com efeito, haver uma lei penal que imponha a morte a quem, num naufrágio, correndo com outro risco de morte similar, o empurre da prancha onde este se tinha posto a salvo, para se salvar a si próprio. Pois que a pena cominada pela lei não poderia ser maior do que a perda da vida sofrida pelo primeiro. Em tal caso, uma tal lei não pode ter o efeito visado; pois a ameaça de um mal, que ainda é incerto (a ameaça de morte por efeito de sentença judicial), não pode prevalecer sobre o medo de um mal que é certo (quer dizer, morrer afogado). Portanto, o acto de autoconservação por meio do recurso à violência não há-de julgar-se como inocente (*inculpabile*), mas tão-somente como não punível (*impubile*) e esta isenção subjectiva de pena é tomada, em virtude de uma assombrosa confusão dos jurisconsultos, como objectiva (como licitude). (KANT, 2011, p. 51-52 – Ak, VI, 235-236).

Nessa passagem o filósofo mostra quão incoerente seria uma lei criminal que cominasse a pena de morte ao naufrago que, para salvar sua vida, empurra ao mar outro indivíduo com o qual divide uma tábua que pode salvar apenas uma pessoa e justifica: *pois que a pena cominada pela lei não poderia ser maior do que a perda da vida*. Para Kant a punição criminal é necessária como meio para prevenir crimes e quando se ameaça com pena de morte quem não se entregar voluntariamente à morte em caso de perigo, a punição não atinge sua finalidade. É evidente que a lei penal deve ter uma função preventiva (regra geral), mas no exemplo do naufrago não possui (exceção), pois o máximo que o Estado poderia cominar seria a pena de morte e isso o agente já prevê ser seu destino caso não empurre o outro naufrago. Ao livrar-se desse *mal certo* o agente preserva sua vida e sabe que há a possibilidade de ser submetido ao mal da pena, contudo este ainda lhe é um *mal incerto*.

Para Kant o direito de necessidade é um pretense direito, pois permite juridicamente que um indivíduo retire a vida de outro que não lhe fez mal algum, ou seja, admite-se uma

⁶⁶ Ao afirmar que não é possível imputar as consequências (boas ou más) de uma ação devida não se está a legitimar o cometimento de crimes que, em virtude da concepção problemática de direito, são legalmente permitidos – como ocorreu no Nazismo. As leis penais estritamente necessárias já estão na consciência (Ak, XIX, 78, §120), dessa forma seria questionável a possibilidade de imputação de um ato externamente legal, mas proibido internamente.

coerção sem direito. A admissão desse pretensão direito não autoriza sua inclusão na própria legislação, visto que uma legislação universalmente válida não pode ter exceções subjetivas. Assim, o filósofo afirma que cabe ao julgador declarar o ato inculpável, mas ele permanecerá ilícito, ou seja, continua válida a norma jurídica que proíbe a violação da liberdade segundo leis universais de qualquer outro indivíduo, mesmo quando a vida do infrator estiver em perigo. O agente que utiliza o *ius necessitatis* comete uma ação contrária ao direito, mas em virtude da lei penal não gerar o efeito pretendido, seu ato de autoconservação não pode ser punido.

Já o exemplo da dissolução consensual da sociedade da ilha, como afirmou Byrd, demonstra a necessidade de “quitação penal” antes da dissolução social, afinal os habitantes da ilha irão “espalhar-se pelo mundo” (KANT, 2011, p. 211 – Ak, VI, 333), isto é, integrarão outra(s) sociedade(s). Dessa forma, exigir a execução da condenação gera um efeito preventivo que ecoará em outra(s) sociedade(s), para onde os habitantes da ilha irão. No exemplo, Kant fala de um habitante da ilha condenado por homicídio, o qual deveria ser executado. Nesse caso é possível observar (i) prevenção geral positiva, pois a execução confirma a vigência da norma violada, (ii) prevenção geral negativa, visto a pena de morte intimidar a coletividade, e (iii) prevenção especial negativa, porque se neutraliza/elimina o transgressor. Esses efeitos preventivos tornam-se relevantes quando se pensa que o direito possui uma base *a priori* e que o homicídio também será crime na futura sociedade que cada morador da ilha integrará, ou seja, a prevenção geral que a execução do assassino gerou será importante na nova sociedade e a eliminação do condenado fará com que ele receba a justa retribuição de seu ato e não cometa novos crimes em outra sociedade.

Quanto aos crimes cometidos em virtude do sentimento de honra, é preciso alertar que Kant não os defende, afinal já inicia sua exposição do exemplo afirmando que há “dois crimes merecedores de morte, relativamente aos quais subsiste ainda a dúvida se a legislação tem o direito de os fazer acompanhar de pena capital” (KANT, 2011, p. 216 – Ak, VI, 335-336). O filósofo analisa os crimes de infanticídio de uma criança concebida fora do casamento e da morte de um companheiro militar através de um duelo e reitera que se submetidos a uma legislação *a priori* eles devem ser punidos com a morte, mas há dúvida quanto a esta punição ser aplicável no âmbito da legislação faticamente vigente em um estado. O filósofo explica que isso se deve à existência, tanto para a mulher como para o militar, de um dever de preservar a honra e da impossibilidade da legislação “afastar a vergonha de um nascimento ilegítimo e, ainda menos, apagar a nódoa que recai sobre um oficial subalterno por suspeita de cobardia” (KANT, 2011, p. 216 – Ak, VI, 336).

Além disso, a própria sociedade estimula a prática dos referidos crimes, pois não há como “apagar a desonra da mãe quando seu parto fora do casamento vier a ser conhecido” (KANT, 2011, p. 217 – Ak, VI, 336) e “o militar subalterno que recebe um insulto vê-se também obrigado pela opinião pública dos seus companheiros de armas a obter reparo por suas próprias mãos e, tal como no estado de natureza, a castigar o ofensor, não através da lei e perante um tribunal, mas por via de duelo (KANT, 2011, p. 217 – Ak, VI, 336). É fundamental perceber que na sociedade civil o direito coercitivo deve ser exercido através de um processo e não pela ação do próprio ofendido, como ocorria no estado de natureza, mas o militar insultado e a mulher que teve um filho fora do casamento possuem uma espécie de autorização social para agir por si próprios, pois ao agir de acordo com o direito suas respectivas honras serão violadas.

Assim, a concepção problemática de honra cria um grande problema: estimula a violação de uma legislação puramente racional. Nesse caso, segundo Kant, há discrepância entre estímulos subjetivos e regras objetivas e isso possibilita a não condenação jurídica à morte daquele que mata para preservar sua honra. Entretanto, no plano moral os referidos infratores são merecedores de morte. Nota-se que essa situação é apenas um exemplo empírico, provavelmente retirado do contexto no qual Kant vivia que demonstra a impossibilidade empírica da aplicação de princípios morais *a priori* enquanto a legislação de um estado permanecer “bárbara e primária” (KANT, 2011, p. 217 – Ak, VI, 337).

Já o exemplo do elevado número de cúmplices cuja punição ameaça o retorno ao estado de natureza demonstra que a justiça exige a aplicação do estrito talião, independentemente de qualquer outra condição, ou seja, não importa se a execução da punição deixa o estado sem súditos. Segundo o argumento moral toda a transgressão merece punição. Entretanto, para a política a punição é pragmática, necessária como meio para prevenir crimes e efetivamente proteger direitos. Assim, instaura-se um conflito entre a justificação moral da sanção jurídica e sua necessidade hipotética, pois se a pena jurídica somente é necessária como meio para prevenir crimes, no caso específico em que a execução da pena ameaça o retorno ao estado de natureza, ela não deveria ser executada. Na hipótese de executar a pena retributivamente adequada, ao invés da proteção aos direitos, ter-se-ia o retorno a um estado desprovido de justiça exterior.

Kant caracteriza a situação gerada pelo excessivo número de cúmplices como *casus necessitatis* e, por ocasião do *ius necessitatis*, já havia alertado: “a necessidade não tem lei (*necessitas non habet legem*)”; e, no entanto, não pode haver necessidade que torne lícito aquilo que é desconforme ao Direito” (KANT, 2011, p. 52 – Ak, VI, 236). Frente a este

impasse o filósofo possibilita que o soberano utilize seu direito de majestade e profira outra sentença aos infratores. Isso significa que a decisão jurídica, determinada por um juiz, culminaria no retorno ao estado de natureza, enquanto ao soberano, a quem pertence o direito de punir, é permitido aplicar uma pena diversa da retribuição pura.

Após a análise da casuística apresentada por Kant, resta examinar os cinco itens que Murphy arbitrariamente exige para a configuração de uma *teoria* da pena e demonstrar que, em maior ou menor grau, o filósofo responde a todos eles. Os cinco itens são: (i) natureza do crime e do castigo, (ii) justificção moral da punição, (iii) justificção política da punição, (iv) princípio da responsabilidade criminal e (v) as punições adequadas.

Quanto ao primeiro item Kant esclarece que o crime não se origina de um impulso sensível, mas de uma máxima do infrator, a qual constitui para o infrator uma exceção à regra (KANT, 2011, p. 192 – Ak, VI, 321). O crime é uma “infracção da lei pública que incapacita aquele que a comete de ser cidadão” (KANT, 2011, p. 207-208 – Ak, VI, 331); é público quando lesa a comunidade ou privado quando lesa apenas o interesse da vítima.⁶⁷ Em síntese, pode-se classificar como crime o que legalmente é tipificado como tal. Já o castigo é o “efeito jurídico de um delito” (KANT, 2011, p. 39 – Ak, VI, 227) que “não pode nunca servir simplesmente de meio para fomentar um outro bem, seja em favor do próprio delinquente seja da sociedade civil, mas há-de ser-lhe sempre infligida somente porque cometeu um crime” (KANT, 2011, p. 208 – Ak, VI, 331). Ademais, constitui uma coerção unilateral (KANT, 2011, p. 257 – Ak, VI, 363) pronunciada por um juiz que apura, mediante um processo, se o acusado é culpado ou inocente (KANT, 2011, p. 185 – Ak, VI, 317); sendo culpado, aplica-se uma punição retributiva quanto à espécie e ao grau (KANT, 2011, p. 209-210 – Ak, VI, 332).

No que tange à justificção moral da punição, o filósofo lembra a existência, na razão prática, de “algo que acompanha a transgressão de uma lei moral, a saber, sua punibilidade” (KANT, 2011 crpra, p. 62 – Ak, V, 37), ou seja, a punição é uma ideia *a priori*, uma exigência racional. Especificamente quanto à punição jurídico-criminal, é importante notar que, apesar de constituir uma coerção unilateral, é necessária, pois os homens exercem influência recíproca e o uso indevido da liberdade pode violar a liberdade de outro; assim, essa coerção pode ser entendida como um impedimento a um obstáculo à liberdade geral (KANT, 2011, p. 45 – Ak, VI, 231), isto é, fomenta a liberdade geral.

Na política tem-se a pena como um meio de evitar delitos, ou seja, ela se justifica unicamente de forma preventiva, seja através da intimidação social efetuada pela pena contida

⁶⁷ Deve-se reconhecer que Kant não separa adequadamente os âmbitos cível e criminal, pois afirma que os crimes privados serão julgados perante a justiça civil (KANT, 2011, p. 208 – Ak, VI, 331).

na lei penal em abstrato, da reeducação de infratores ou da intimidação da sociedade a partir do exemplo extraído da execução penal. Percebe-se na sanção um meio de o estado cumprir seu fim de garantir direitos, pois ao cumprir a finalidade preventiva a punição ajuda a preservar a liberdade geral.

A liberdade também é base para a responsabilidade criminal. Segundo Kant, são responsáveis aqueles sujeitos que possuem “a liberdade de um ser racional sob leis morais” (KANT, 2011, p. 33 – Ak, VI, 223), restando excluídos crianças, bêbados e outros indivíduos que não são capazes de agir segundo a lei autoimposta. Também não possui responsabilidade criminal o soberano, visto o direito de punir pertencer a ele (KANT, 2011, p. 207 – Ak, VI, 331). Além disso, o agente que pode ser responsabilizado, sê-lo-á tanto se agir com dolo⁶⁸ como com culpa (KANT, 2011, p. 34 – Ak, VI, 224), mas o crime doloso é mais grave, pois demonstra claramente desprezo pela lei e gera mais perigo para a liberdade geral.⁶⁹

Finalmente cabe falar sobre as modalidades de punição. Como regra geral a espécie e o grau de punição devem ser determinados pelo princípio da igualdade (lei da retribuição) (KANT, 2011, p. 257 – Ak, VI, 362), o qual, se não for possível em termos literais, pode ser considerado quanto a seus efeitos (KANT, 2011, p. 210 – Ak, VI, 332). Para determinar essa pena retributiva o juiz deve considerar a intenção do infrator naquele ato e, dentro dos limites da retribuição, optar por uma sanção com efeitos preventivos (KANT, 2011, p. 210-211 – Ak, VI, 332-333). Ainda, a pena imposta deve respeitar a humanidade do infrator e não pode ser arbitrária (KANT, 2011, p. 257 – Ak, VI, 363).

Nota-se que Kant aborda, de forma esparsa é verdade, todos os elementos elencados por Murphy para a caracterização de uma *teoria*. Contudo, o filósofo não se restringe à análise da punição jurídica – seu sistema punitivo vai além. No âmbito do direito, a punição em abstrato tem a finalidade de inibir ações criminosas de toda coletividade (prevenção geral negativa); já após a consumação de uma infração o juiz tem a função de apurar o fato mediante o processo e aplicar uma pena retributiva, mas essa retribuição deve ser pensada, sempre que possível, de forma preventiva. Dessa maneira a execução da pena propiciará (frisa-se: *propiciará* e não *imporá*) a reeducação do infrator e/ou o exemplo aos demais (prevenção especial positiva e/ou prevenção geral positiva e negativa).

⁶⁸ No crime doloso há intenção, o propósito de, que não existe nos crimes culposos, entretanto em ambas as modalidades haveria consciência.

⁶⁹ Nesse sentido *Naturrecht Feyerabend*: “Das culpabile ist auch dolosum oder culposum. Der Defectus rectitudinis ist dolus, wenn es mit Bewußtseyn, oder culpa wenn es ohne Bewußtseyn geschieht. Das erste ist vorsetzliche, das zweite unvorsetzliche Uebertretung. Zum ersten gehört bloß das Bewußtseyn, nicht die Absicht, das dolosum muß mehr imputirt werden, weil ich da offenbar das Gesetz verachte, und wo die allgemeine Freiheit mehr Gefahr läuft” (Ak, XXVII.2.2, 1333).

Tem-se ainda o âmbito da ética, onde o indivíduo julga a si próprio em um tribunal da consciência, reconhecendo-se digno de punição, mas sem poder impô-la. Esse processo antecede a punição moral, cuja finalidade é meramente retributiva e cuja imposição seria realizada por um juiz onisciente. Por fim, há a sanção divina, decorrente da violação dos deveres para com Deus; ela é *insondável* para os humanos. Em síntese, ainda que de forma esparsa, Kant expõe algo muito além de uma *teoria* da pena: um verdadeiro *sistema* punitivo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perguntar-se pela(s) finalidade(s) atribuída(s) por Kant à punição pode parecer irrelevante quando se parte de um senso comum teórico, mas ao analisar os textos kantianos a questão ganha novo vigor. Esse trabalho indicou passagens de *Moralphilosophie Collins* e outros escritos sobre filosofia moral nos quais há menção expressa a castigos pragmáticos, impostos pelo príncipe ou pela autoridade como um meio para prevenir crimes. Também se apontou uma nota ao pé da página de *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, na qual Kant fala de sanções pragmáticas e um trecho de *A Metafísica dos Costumes* cuja leitura evidencia a existência de um efeito preventivo na lei penal. Além disso, mencionou-se uma carta do filósofo que fala de punições necessárias hipoteticamente.

Ao considerar os textos kantianos apresentados nessa dissertação não é possível classificar Kant como um defensor do retribucionismo puro, ao menos não se pode fazer isso sem ressalvas. A saída de Cattaneo, intérprete defensor do retribucionismo puro, é afirmar que o prevencionismo defendido por Kant limita-se a um período precoce, materializado nos textos sobre lições de ética, editados pela Academia no tomo XXVII das *Obras Completas*. Entretanto, como explicar a menção a sanções pragmáticas na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, ou a punições necessárias de forma hipotética, reconhecidas em uma carta datada de 1792?

Atribuir a Kant a defesa de uma finalidade da pena puramente retributiva, como Cattaneo e Höffe, é incoerente com os textos do filósofo e, segundo Ross, é uma suposição desarrazoada, decorrente da repetição de boatos. Dessa forma, a versão tradicional da retribuição pura é rechaçada, reconhecendo, no entanto, que para Kant a pena é imposta unicamente porque o sujeito cometeu um delito (*post factum*), não pode ser empregada simplesmente para fomentar um bem, seja individual ou social, e é estipulada a partir do princípio da igualdade. Em síntese, há elementos retributivos na punição jurídico-criminal, mas eles não são exclusivos.

Em busca de uma interpretação coerente analisou-se também a retribuição proposta por Johnson. A intérprete agrega à punição a noção de negação real, a qual, similarmente à lei de ação e reação, determina que à ação criminosa seja aplicada uma reação estatal de igual intensidade, mas em sentido oposto. Dessa forma, ao produzir um nada relativo, a penalização restaura o equilíbrio social. A referida comentadora destaca a reciprocidade existente nas interações sociais e a igualdade entre transgressão e pena. Entretanto, Johnson não explica

adequadamente a casuística kantiana e, igualmente a Höffe e Cattaneo, não considera a existência de punições preventivas.

Ainda no âmbito da retribuição pura, examinou-se a proposta de Fleischacker, para quem a utilização da força é legítima quando determinado uso da liberdade constitui um obstáculo à liberdade segundo leis universais. Para esse comentador a pena é a aplicação da máxima do transgressor para ele mesmo, ou seja, cabe ao juiz interpretar a máxima do transgressor como expressão de uma lei universal e aplica-la ao condenado na forma de punição. Entretanto, é flagrante a incoerência advinda da transformação de uma máxima criminosa em lei. Além disso, esse intérprete também não analisa a possibilidade de existência de punições preventivas nas obras de Kant.

Descartadas três vertentes da retribuição pura, analisou-se a retribuição parcial proposta por Byrd e por Hill Jr.. Byrd inova ao ser a primeira comentadora de Kant a considerar diferentes faces da punição: a ameaça contida na lei penal em abstrato, com efeito preventivo, e sua execução cujo efeito retributivo garante o respeito ao transgressor e limita a reação estatal. Para ela o propósito da sociedade civil é assegurar direitos e para isso o direito de punir é essencial. Mesmo considerando a existência de castigos preventivos, Byrd equivoca-se ao afirmar que transgressões negligentes não são puníveis e ao analisar conjuntamente as fases de imposição e cumprimento da pena.

Apesar de reconhecer um âmbito preventivo e outro retributivo, a retribuição parcial defendida por Hill Jr. foca na retribuição, pois a ameaça contida na lei penal em abstrato seria importante somente se os cidadãos soubessem que na hipótese de transgressão não serão apenas ameaçados, mas punidos; além disso, o transgressor receberia a desaprovação moral da sociedade. A interpretação de Hill Jr. destaca a necessidade de condições mínimas de racionalidade e liberdade para configuração de uma transgressão. Contudo, ao considerar que a transgressão acarreta danos às relações sociais, o comentador infere, sem qualquer base nos textos de Kant, que a violação de deveres jurídicos traz sofrimento. Também há problemas nos comentários sobre a casuística kantiana, pois o mencionado intérprete afirma que (i)na hipótese de inexecução da condenação os demais habitantes da sociedade compartilhariam a culpa do infrator e (ii)não há a necessidade de a punição ser proporcional à maldade interior.

Afastando a ideia de retribuição do campo jurídico Brooks propõe que Kant fala da punição em duas searas distintas e com diferentes finalidades: no direito a pena visa à prevenção, ou seja, é utilitarista, enquanto na moral é puramente retributiva. A interpretação de Brooks é interessante por separar o âmbito das punições moral e jurídica e por frisar a incerteza humana quanto à culpabilidade. Contudo, há deficiências: o comentador faz uma

leitura consequencialista do imperativo categórico e afirma que a sanção jurídico-criminal justifica-se unicamente por razões consequencialistas.

Ainda se examinou a interpretação de Merle aos escritos kantianos sobre a punição. O referido comentador defende uma leitura da punição jurídica em analogia à educação das crianças, de forma ao transgressor ser neutralizado e ressocializado. Merle contribui ao apresentar os dois sentidos nos quais Kant emprega o termo retribuição (*Vergeltung* e *Wiedervergeltung*), ao comparar o merecimento de pena a uma variante negativa do sumo bem e ao estipular que o castigo moral é aplicado por Deus. O problema da interpretação proposta por esse comentador está na consideração da existência de um estado de natureza entre o criminoso e o restante da sociedade, que exige a reintegração do transgressor pelo caminho mais curto. Além do mais, Merle abandona a ideia de retribuição e rejeita a aplicação da pena de morte.

Considerando que as hipóteses calcadas em interpretações já postas não davam conta dos escritos kantianos sobre a punição, no tópico quatro desenvolveu-se uma nova interpretação, cujo alcance vai além da sanção jurídico-criminal. Como o título desse trabalho indica, analisou-se a punição no sistema moral kantiano, isto é, no Direito, na Ética e em um sistema *a priori* que Kant nomina Moral. Além disso, fala-se brevemente da punição teológica, para diferencia-la da pena moral. Ao analisar a punição nesses diferentes campos é possível perceber a existência de uma espécie de *sistema*, afinal a punição jurídica possui uma base moral e as transgressões éticas somente podem ser alvo de uma punição moral, o que indica ligação entre os diferentes âmbitos punitivos. Dessa forma, rejeita-se a hipótese de Murphy, pois Kant não possui apenas escritos punitivos esparsos.

De acordo com a interpretação defendida neste trabalho, na Ética (doutrina da Virtude) inexistente possibilidade de autopunição, pois aqui o foco está no agente racional que se autolegisla, autocoage e autoavalia, ou seja, não há uma autoridade externa para puni-lo neste campo. A partir disso, autoflagelações não são consideradas pena. Já na esfera jurídica (doutrina do Direito) impõe-se sanção com finalidade preventiva e retributiva, decorrente da necessidade hipotética – a pena é meio para tutelar direitos – e da justificação moral do castigo jurídico – toda transgressão merece punição. Essa dupla finalidade pode ser vista em três diferentes momentos: (i) a lei penal em abstrato visa intimidar, mas deve ser fixada de forma retributiva; (ii) o juiz deve fixar a pena concreta de forma retributiva, mas pensando na prevenção de novos delitos; (iii) a execução da pena é uma retribuição ao delito, mas deve possibilitar a mudança do transgressor e o exemplo.

No campo Moral (doutrina dos deveres) a punição seria aplicada por um Ser onisciente de forma puramente retributiva. Essa modalidade de castigo constitui uma exigência categórica, pois na ideia da razão prática toda transgressão merece punição e, dessa forma, a transgressão já prescreve a pena. A punição moral não é um castigo teológico, imposto por Deus em virtude da violação de um dever para com Ele. Teologicamente a penalidade não é necessariamente retributiva, pois na religião Deus é concebido como um ser somente com direitos e sem deveres, logo, Ele não tem o dever de retribuir. Inclusive, no caso de o castigo não alcançar o transgressor, admite-se que seus descendentes paguem por ele, ou seja, a pena teológica pode atingir inocentes. Ainda, cabe lembrar que os deveres para com Deus somente são conhecidos mediante a religião, por isso não integram a filosofia moral pura.

Em suma, a partir da análise das interpretações propostas aos escritos punitivos kantianos e da interpretação das passagens nas quais Kant aborda a punição é possível perceber (i) a inexistência de punição ética, (ii) uma mescla de retribuição e prevenção na pena jurídica e (iii) pura retribuição na sanção moral, que não se confunde com um castigo teológico. Note-se que a punição moral ou *meremoralis* é necessária categoricamente, enquanto a jurídica é necessária como meio para tutelar direitos, mas somente aplicável como retribuição a um crime (*Vergeltung*) e tendo seu *quantum* limitado pelo crime (*Wiedervergeltung*); a exigência de prévia transgressão para a aplicação de sanção jurídica constitui sua justificação moral.

Por fim, convém lembrar que mediante uma construção exegética estabeleceu-se que “a lei penal é um imperativo categórico” (KANT, 2011, p. 209 – Ak, VI, 331), pois se pensa a ação punitiva como objetivamente necessária, seja porque na ideia da razão prática toda transgressão merece punição (domínio Moral), seja porque há uma justificação moral para a penalidade jurídica (domínio do Direito). Todavia, Kant não esclarece quais são as relações entre as diferentes instâncias punitivas. Acredita-se que no âmbito moral ocorra a adequação das sanções jurídicas (seja para punir a cifra negra, seja para garantir a justa retribuição no que tange às penalidades já impostas), mas isso constitui apenas uma hipótese, cujo aprofundamento exigirá novos estudos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras de Kant:

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução de José Lamego. 2. ed.. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. *À paz perpétua*. Tradução de Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.

_____. *A Religião nos Limites da Simples Razão*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.

_____. *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*. Vol. II: Vorkritische Schriften II: 1757-1777. Disponível em: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa02/> Acesso em: 24 dez 2012.

_____. *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*. Vol. III: Kritik der reinen Vernunft (2. Aufl. 1787). Disponível em: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa03/> Acesso em: 24 dez 2012.

_____. *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*. Vol. IV: Kritik der reinen Vernunft (1. Aufl. 1781), Prolegomena, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft. Disponível em: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa04/> Acesso em: 24 dez 2012.

_____. *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*. Vol. V: Kritik der praktischen Vernunft, Kritik der Urteilskraft. Disponível em: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa05/> Acesso em: 24 dez 2012.

_____. *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*. Vol. VIII: Abhandlungen nach 1781. Disponível em: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa08/> Acesso em: 24 dez 2012.

_____. *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*. Vol. XI: Briefwechsel Band II. Disponível em: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa11/> Acesso em: 24 dez 2012.

_____. *Crítica da Razão Prática*. Edição bilíngue. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Crítica da Razão Prática*. Tradução de Valério Rohden. 3. ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011crpra.

_____. *Crítica da Razão Pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 2. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. *Dissertação de 1770 e Carta a Marcus Herz*. 2. ed.. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.

_____. Ensaio para introduzir a noção de grandezas negativas em filosofia. Tradução de Vinicius de Figueiredo e Jair Barboza. In: _____. *Escritos pré-críticos*. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p. 51-99.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial : Barcarolla, 2009.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70, 2011fmc.

_____. *Kants gesammelte Schriften*. Akademie der Wissenschaften DDR. Vol. XXVII.1. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1974.

_____. *Kants gesammelte Schriften*. Akademie der Wissenschaften DDR. Vol. XXVII.2.1. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1975.

_____. *Kants gesammelte Schriften*. Akademie der Wissenschaften DDR. Vol. XXVII.2.2. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1979.

_____. *Kants gesammelte Schriften*. Preußische Akademie der Wissenschaften. Vol. XIX. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1934.

_____. *Kants Werke*. Vol. VI: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft. Die Metaphysik der Sitten. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1968.

_____. *Lecciones de ética*. Tradução de Roberto Rodríguez Aramayo e Concha Roldán Panadero. 3.ed.. Barcelona: Crítica, 2009.

_____. *Lectures on ethics*. New York: Cambridge – Print On, 1997.

_____. *Metafísica dos Costumes*. Parte I: Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004mc1.

_____. *Metafísica dos Costumes*. Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004mc2.

_____. Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática. Tradução de Artur Morão. In: _____. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2009sec, p. 59-109.

ZWEIG, Arnulf. *Correspondence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Demais obras:

ALMEIDA, Guido. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. *Kriterion*. 2006, vol.47, n.114, p. 209-222.

ARISTÓTELES. *Arte retórica e arte poética*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1959.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2003.

BONACCINI, Juan A.. Analogia e imputabilidade na Filosofia Prática de Kant. *Revista Latinoamericana de Filosofia*. Vol. XXXIV, n° 2, p. 207-257, primavera de 2008.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Lei n° 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm Acesso em: 10 jan. 2013.

BRANDT, Reinhard. *Immanuel Kant: Polític, Derecho y Antropología*. México: Plaza y Valdés, 2001.

BROOKS, Thom. Kant's Theory of Punishment. *Utilitas*. Vol. 15, n° 2, jul. 2003, p. 206-224.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo III. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BYRD, Sharon. Kant's theory of punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. In: BYRD, Sharon; HRUSCHKA, Joachim (eds.). *Kant and law*. Aldershot: Ashgate, 2007.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *A prisão*. São Paulo: Publifolha, 2002.

CATTANEO, Mario A. *Dignità Umana e Pena Nella Filosofia di Kant*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1981.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. Tradução de Angélica Chiapeta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CLARK, Michael. A non-retributive Kantian approach to punishment. *Ratio (new series)*. Vol XVII, n° 1, mar. 2004, p. 12-27.

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. 4. Ed.. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FERRY, Luc. *A nova ordem ecológica*. A árvore, o animal e o homem. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*: común vigente em Alemania. Tradução de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1989.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007.

FLEISCHACKER, Samuel. Kant's Theory of Punishment. In: WILLIAMS, Howard Lloyd. *Essays on Kant's Political Philosophy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2010.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. Vol. I, tomo I. 5. ed.. São Paulo: Editora Max Limonad, 1980.

HILL JR., Thomas E.. Kant on wrongdoing, desert, and punishment. *Law and Philosophy*. Vol. 18, n° 4, jul. 1999, p. 407-441.

HILL Jr., Thomas E.. *Respect, Pluralism, and Justice*. Oxford: Oxford Press, 2000.

HÖFFE, Otfried. *Introduction à la philosophie pratique de Kant*: la morale, le droit et la religion. 2.ed.. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1993.

JOHNSON, Jane. Revisiting Kantian Retributivism to Construct a Justification of punishment. *Crim Law and Philos.* n° 2, 2008, p. 291-307.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Editora Russell, 2003.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Vol II. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MERLE, Jean-Christophe. A teoria da punição. In: GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean-Christophe. *A Moral e o Direito em Kant*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2007, p. 221-246.

_____. A teoria de Kant sobre a justiça criminal: uma justificativa moral? In: TRAVESSONI, Alexandre (coord.). *Kant e o Direito*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2009, p. 583-602.

_____. Uma Alternativa Kantiana para a Prevenção Geral e a Retribuição. *Veritas*. Porto Alegre, vol. 47, n° 2, jun 2002, p. 237-247.

MURPHY, Jeffrie G.. Does Kant Have a Theory of Punishment? *Columbia Law Review*. Vol. 87, n° 3, abr. 1987, p. 509-532.

NOUR, Soraya. O Legado de Kant à Filosofia do Direito. *Prisma Jurídico* (UNINOVE. Impresso). São Paulo, vol. 3, 2004, p. 91-103.

PLATÃO. *Las leyes*. Barcelona: Ediciones Akal, 1988.

RAMOS, Cesar Augusto. Coação e Autonomia em Kant: as duas faces da faculdade de volição. *Ethic@*. Florianópolis, vol. 7, n° 1, jun. 2008, p. 45-68.

RAWLS, John. Two concepts of rules. *The Philosophical Review*. N° 64, 1955, p. 3-32.

_____. Uma teoria da justiça. Tradução: Carlos Pinto Correia. Lisboa: Editorial Presença, 1993.

ROSS, Alf. *On Guilt, Responsibility and Punishment*. Londres: Stevens & Sons Limited, 1975.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de direito penal*. 3. ed.. Lisboa: Vega, 1998.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SUSSMAN, David. Shame and punishment in Kant's 'Doctrine of Right'. *The Philosophical Quarterly*. Vol. 58, n.º 231, abr. 2008, p. 299-317.

TASSE, Adel El. *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2004.

TORRES, João Carlos Brum. *Haverá uma Antinomia na Doutrina Kantiana do Direito Público?* (Texto inédito).

_____. Kant e a noção de crime irremissível. In: ÉVORA, Fátima et al. *Lógica e Ontologia: ensaios em homenagem a Balthazar Barboza Filho*. São Paulo: Discurso Editorial, 2004, p. 443-459.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOOD, Allen. *Kantian ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Vol. 1. 7.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.