

APONTAMENTOS SOBRE A PENA EM IMMANUEL KANT

Tatiana Chiaverini*

RESUMO

O texto faz uma crítica pontual à teoria retributiva da pena de Kant. A intenção é mostrar como o filósofo alemão responde as seguintes questões essenciais: pode o Estado punir? Quando? Como? Quanto? Para responder tais indagações Kant recorre à sua ética deontológica, recupera o humano, dota-o de autonomia e liberdade. Contratualista, a punição kantiana restabelece o ideal de justiça e é um fim em si mesma. O homem não deve ser instrumentalizado. A lei de talião fixa, salvo algumas exceções, a quantidade e a qualidade da pena. O principal defeito da teoria consiste em não limitar o conteúdo do poder punitivo, deixando o indivíduo desprotegido frente ao Estado.

Palavras-chave: **Kant, pena, teoria retributiva.**

ABSTRACT

The paper makes a pontual criticism of penal retributive theory by Kant. It intends to show how the German philosopher answer to the following essential questions: can the State punish? When? How? How much? To answer to these questions Kant appeals to

(*)Pós-graduanda em Direito Penal na Escola Paulista da Magistratura
Mestranda em Filosofia – Ética na PUC-Campinas

deontological Ethics, recover the human being, give him autonomy and freedom. Contractualist, the Kantian punishment reestablishes the ideal of justice and is a end in itself. Man should not be instrumentalized. The Talion Law dictates, with few exceptions, the quantity and quality of punishment. The main defect of this theory consists in its failure to restrict the content and extension of the punishment power, leaving the individual defenseless, at the mercy of the State.

Key-words: *Kant, punishment, retributive theory.*

Introdução

Kant desperta para sua fenomenal produção filosófica instigado pelo empirismo cético de Hume, predecessor do utilitarismo de Bentham. Enquanto os empiristas ingleses voltavam sua atenção para os objetos do conhecimento, Kant recupera o sujeito e isso tem uma importância fundamental em sua teoria da pena, como veremos.

O pensamento dos grandes filósofos costuma ser usado e deformado pelo poder. Isso ocorreu com as teorias retributivas, utilizadas no decorrer da história por alguns regimes totalitários. O objetivo do artigo é instigar o conhecimento e o interesse dos estudiosos, já que a seara penal, com mais uma crise de segurança pública, precisa evitar erros antigos e encontrar novas soluções.¹

O Estado pode punir? Quando? Como? Quanto? Essas são as questões que Kant procura responder.

A quantidade de teorias que tentam justificar a pena mostra o problema de consciência que ela gera.² É natural que o comportamento de causar um sofrimento ao outro precise ser muito bem explicado a fim de atenuar um inevitável sentimento de culpa que daí decorre.

⁽¹⁾ Segundo Claus Roxin, é a teoria da retribuição que tem, ainda hoje, o maior número de adeptos na Alemanha. (ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. Sentido e limites da pena estatal: p. 17).

⁽²⁾ Cezar Roberto Bitencourt cita seis teorias: teorias absolutas ou retributivas, prevenção geral, prevenção especial, teorias unificadoras ou ecléticas, teoria da prevenção geral positiva limitadora e teoria da prevenção geral positiva fundamentadora. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. vol. 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65-90). Contudo, ainda existem outras como a teoria negativa de Zaffaroni.

As teorias da pena têm duas raízes básicas: a retribuição e a prevenção. As teorias retributivas têm como seu principal expoente Emmanuel Kant (1724-1804), filósofo do idealismo alemão. Quase na mesma época, porém, o pensador inglês Jeremy Bentham (1748-1832) encontrava fundamentos totalmente diversos para a pena. Fundador da ética utilitarista, Bentham baseou sua teoria no consequencialismo hedonista³, buscando prevenir e intimidar, enquanto Kant, com seu imperativo categórico, ocupou-se com o dever, procurando reconstituir o ideal de Justiça.

O presente texto não pretende analisar a teoria de Bentham, embora os apontamentos críticos à teoria de Kant tenham um tom utilitarista pela própria necessidade de contraste.

A Teoria Retributiva de Kant

A teoria da pena de Kant tem fundamento em sua ética deontológica, onde a liberdade é o agir moral, agir de acordo com o dever. Quem realiza a conduta ética não está buscando prazer, felicidade ou qualquer outro interesse. Trata-se do cumprimento do dever pelo dever. Quem não cumpre seu dever merece sua pena. Não dar a pena a quem merece é desrespeitá-lo enquanto agente racional.

A base da ética Kantiana está em seu imperativo categórico: *age segundo uma máxima tal que possas querer, ao mesmo tempo, que se torne lei universal*. Assim, como agentes racionais, estamos comprometidos com a universalização de nossas ações, de modo que

³ Segundo Bentham o destino e o anseio do homem é ser feliz. Para atingir tal objetivo, os homens devem agir buscando o prazer e evitando a dor. A dor e o prazer são os fatores que estão sempre ligados ao certo e errado e às causas e efeitos. O pensamento de Bentham, portanto, é hedonista e consequencialista e tem seu fundamento no princípio da utilidade ou princípio da maior felicidade para o maior número, sistema que coloca a felicidade nas mãos da razão e da lei. (BENTHAM, Jeremy. *The principles of Morals and Legislation*. New York: Prometheus Books, 1988, p. 1)

"Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do. On the one hand the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne. (...) The principle of utility recognizes this subjection, and assumes it for the foundation of that system, the object of which is to rear the fabric of felicity by the hands of reason and of law."

os outros podem nos tratar como nós os tratamos. Isso explicaria a idéia retributivista de que o infrator “deseja sua própria punição” ou a de que ele “impinjiu uma punição a si próprio”.⁴

Todavia, a teoria da retribuição não fundamenta a necessidade da pena, mas a pressupõe. Ainda que se entenda que a pena compensa a culpa do homem, isso não implica que o Estado deva retribuir toda e qualquer culpa com a pena. De fato, isso não ocorre sempre, pois outras conseqüências, como a reparação civil, decorrem da culpa jurídica.⁵

Para Kant o único fim da pena é restabelecer a justiça e isso ela consegue impondo ao culpado um mal. Nenhum outro objetivo existe além deste: o império da justiça. A teoria da retribuição não tem uma finalidade prática, mas teórica, trata-se de um ideal a ser preservado.⁶ Aliás, essa é uma das críticas que o sistema kantiano recebe, sua abstração excessiva distante das necessidades práticas do cotidiano, principalmente quanto à pena.

A teologia cristã segue pelo mesmo caminho e considera a justiça uma ordem divina e a pena uma execução da função judicial divina. Portanto, na teoria retributiva temos a tradição filosófica do idealismo e a tradição cristã, que penetraram de inúmeras maneiras na cultura burguesa ocidental.

Segundo Kant o ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, jamais um meio. Assim, enquanto a coerção que impede o crime é justa, a pena posterior, se tiver qualquer fim que a transcenda, torna-se imoral, pois passa a usar o ser humano como meio, ainda que seja usada para seu próprio melhoramento. Com sua teoria dedutiva Kant pretende legitimar a pena sem mediatizar o ser humano, usando o talião para encontrar o seu limite.

(4) LYONS, David. As regras morais e a ética. Trad. Luís Alberto Peluso. Campinas: Papyrus, 1990, p. 147-148.

(5) ROXIN, Claus. op. cit. p. 15-47.

(6) “Mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se (v.g., o povo que viva numa ilha decida separar-se e dispersar-se por todo o mundo), teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus atos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo”. (ROXIN, Claus, op.cit. 16)

O crime não é uma lesão apenas à vítima, mas também à comunidade, de modo que com ele há um desequilíbrio no plano individual e no social. A reparação visa o plano individual e a retribuição o social. Portanto, a pena não é a reparação dos danos causados pelo delito, pois o crime deflagra duas idéias diferentes: reparação e retribuição.⁷

Nietzsche questiona como pode o fazer sofrer ser uma reparação⁸ e os adeptos da teoria retributiva respondem que o fazer sofrer da pena não visa reparar, mas castigar.

Para Durkheim⁹ há uma contradição nesse ato de vingar a dignidade humana da vítima, violando-a na pessoa do culpado. Segundo ele essa contradição é uma das causas da suavização das penas. A resposta a essa contradição seria considerar o ser humano um ser racional capaz de responder por seus próprios atos. Essa idéia está presente em Kant, para quem a idéia de liberdade está diretamente ligada à de autonomia.

Ora à idéia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na idéia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos. (KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1991, p. 102).

Ainda que o Estado tenha competência para punir comportamentos realizados com culpa, a compensação da culpa não convence enquanto justificativa para a pena. A existência da liberdade da vontade não é demonstrável tendo em vista os vários modelos culturais. Não temos como saber se determinado homem em determinada situação poderia ter agido de modo diverso e uma mera suposição não justifica um intervenção tão radical na vida do indivíduo.¹⁰

⁽⁷⁾ MESSUTI, Ana. O tempo e a pena. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

⁽⁸⁾ NIETZSCHE, F. Genealogia della morale.

trad. F. Masini, Cles (TN), Mondadori, 71979, p.49. Apud MESSUTI, Ana. op. cit., p. 21.

⁽⁹⁾ DURKHEIM, E., Deux lois de L'évolution pénale, L'année Sociologique, IV série, 1899-1900, p.90. Apud MESSUTI, Ana, op. cit., p. 22.

⁽¹⁰⁾ ROXIN, Claus. op. cit.

Importante notar que para a teoria retributiva não há igualdade de direitos entre a comunidade de pessoas e cada um de seus membros, por isso a pena não deve ser vista como um golpe devolvido pela comunidade, mas simplesmente pena e não vingança. Essa passagem de Platão, citada por Ana Messuti, ilustra bem essa idéia:

Com respeito a teus pais – e o mesmo diríamos a respeito de teu amo, se o tivesses – não dispunhas de uma igualdade de direitos que te permitia tratá-los da mesma forma que eles a ti; não podias pois, ainda que falassem mal de ti, falar mal deles, nem golpeá-los, ainda que te golpeassem, etc. Como então desfrutarás essa igualdade com respeito à tua pátria e suas leis? (PLATÃO, Críton o del deber, 50 d. Obras Completas, Madrid, Aguillar, 1969. Apud MESSUTI, op. cit.).

O estado de natureza de Kant é bem semelhante ao de Hobbes, nele não há paz, mas guerra ou sua iminência. Como consequência Kant não admite o direito de resistência à opressão, assim como Hobbes, pois seu imperativo categórico só é possível no estado civil. Diante disso é possível sustentar que, ao invés de uma teoria absoluta, a teoria de Kant seria de defesa social, pois sua retribuição se torna garantia do estado civil.¹¹

Portanto, Kant se aproxima mais do despotismo ilustrado, que pretende reformar o absolutismo através da autoridade dos déspotas (*tudo pelo o povo, tudo para o povo, mas sem o povo*) do que do direito penal liberal. Seu grande mérito, sem dúvida, foi ter levado ao extremo a noção de que o ser humano deve ser sempre considerado um fim em si mesmo e nunca um meio¹². Ótima crítica ao utilitarismo e às teorias preventivas da pena.

Claus Roxin afirma que a teoria retributiva não esclarece sob quais pressupostos ou condições a culpa humana autoriza o Estado a castigar e assim não consegue proteger o cidadão do Estado. Qualquer conduta pode ser punida desde de que exista interesse político. A retribuição não oferece um critério racional limitador do poder punitivo,

⁽¹¹⁾ ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo.

Direito Penal Brasileiro –I. Trad. Alejandro Alagia e Alejandro Slokar. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2. ed., p. 522-523.

⁽¹²⁾ Ibidem.

concedendo de certo modo um “cheque em branco ao legislador”¹³; apresentando uma fragilidade teórica e um perigo prático que já foi usado em diversos regimes totalitários.

A teoria do contrato social tem papel central na teoria da pena, sendo certo que Rousseau exerceu profunda influência em Kant, que era contratualista. O contrato social substitui racionalmente a justificativa divina do Estado absolutista, dando fundamento para o Estado da era do mercantilismo. Muda o poder dominante, mas a necessidade de conformismo continua a mesma. A fé sede lugar à razão, mas a abstração é tanta que o dogma parece continuar a reinar.

Se antes os miseráveis precisavam se conformar com a desgraça terrena para garantir um lugar no paraíso celeste e evitar o inferno, agora tendo feito um contrato hipotético, ainda que desvantajoso, devem cumpri-lo por dever, sem nenhum interesse além deste: o dever cumprido. Por pior que seja a situação da pessoa ela deve estar conformada, pois a aceitou por contrato e se quebrar as regras merecerá sua pena.¹⁴Ora, que mostrem o diabo com o contrato!¹⁵

A questão pode ser sintetizada da seguinte forma: Se o contrato inicial é injusto, como a pena pelo descumprimento do contrato pode ser justa?¹⁶

A pena também evita que o ofendido se exceda ao retribuir, o que poderia gerar novo dano. Por isso na retribuição a pena deve respeitar regras quantitativas e qualitativas que garantam proporcionalidade com o crime e ser sempre aplicada pelo Estado, nunca pelo particular. Esse alerta faz Kant que escolhe o talião para garantir a proporcionalidade, embora reconheça sua inviabilidade em alguns casos, como em crimes contra a humanidade, estupro e a homossexualidade¹⁷.

¹³ “Deste modo, a teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado. Ela não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta, e que, caso se verifiquem os critérios gerais de imputação, tal conduta seja efetivamente punida; concede, de certo modo, um cheque em branco ao legislador. Assim se explica também sua utilização, que perdurou sem qualquer alteração constitucional desde o absolutismo até hoje, e que revela sobre este ponto de vista não apenas uma debilidade teórica mas também um perigo prático.” (ROXIN, Claus. op. cit., p. 18)

¹⁴ É o que diria um utilitarista, que não é contratualista, nem precisa do contrato social para sua teoria da pena, que merece outras críticas.

¹⁶ John Rawls talvez ofereça uma saída para esse problema com sua incrível Teoria da Justiça e contrato reformulado com o véu da ignorância.

¹⁷ Somente uma ética consequencialista consegue endossar, com tanta maestria como fez Bentham em pleno século XVIII, a defesa do voto das mulheres ou o homossexualismo.

Kant ainda ressalva do *jus talionis* o estado de necessidade e a ocasião em que o número de cúmplices de um assassinato é muito grande. Nesse último caso ele entende que a solução deve ser a deportação e não a morte de todos, mas por um posterior decreto do superior e não por alteração da legislação.¹⁸

A lei de talião que a primeira vista pode parecer muito racional, acaba sendo inviável na maioria dos delitos. Como aplicar o “olho por olho, dente por dente” nos crimes contra a administração pública, por exemplo.

Conclusão

A retribuição não se sustenta racionalmente, mas somente através de um “ato de fé”¹⁹, pois não há lógica em pagar-se um mal praticado com outro mal: a pena. Está presente aqui a idéia de vingança que é incompatível com o Estado de Direito.²⁰

Em síntese, Kant responde a todas as perguntas inicialmente propostas da seguinte forma: O Estado pode punir porque precisa restabelecer o ideal de justiça e dar a cada um o seu direito, respeitando a sua vontade, humanidade, autonomia ou liberdade. O descumprimento do contrato social justifica a punição.

Resta dizer como, quanto e quando o Estado pode punir.

O “como” e o “quanto” são encontrados por Kant com o auxílio da lei de talião, feitas as exceções que acabam mais inviabilizando que aplicando a lei escolhida. Já o “quando” nos leva a pensar que para Kant todos os crimes seriam imprescritíveis.

Enfim, parece que a principal crítica à teoria retributiva de Kant acaba sendo sua excessiva abstração. Seu mérito é impedir a

⁽¹⁸⁾ FELDHAUS, Charles. O lugar das regras de aplicação na filosofia prática Kantiana. *PHRÓNESIS Revista de Ética, Campinas*, V. 5, n. 2, p. 103-120, jul.-dez., 2003.

⁽¹⁹⁾ “(...) a própria idéia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arreigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena;” (p. 19, Roxin).

⁽²⁰⁾ Oswaldo Henrique Duek Marques, em sua obra *Fundamentos da pena*, mostra que o direito penal ainda está impregnado dos conteúdos de vingança do passado e a necessidade de uma maior racionalidade no trato da pena. (MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000).

instrumentalização do ser humano. Seu maior perigo é a possibilidade de servir a regimes totalitários, com frases de efeito e idéias habituais.

Bibliografia

BENTHAM, Jeremy. **The principles of Morals and Legislation**. New York: Prometheus Books, 1988

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FELDHHAUS, Charles. **O lugar das regras de aplicação na filosofia prática Kantiana**. PHRÓNESIS Revista de Ética, Campinas, V. 5, n. 2, p. 103-120, jul.-dez., 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1991.

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989.

LYONS, David. **As regras morais e a ética**. Trad. Luís Alberto Peluso. Campinas: Papirus, 1990.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1995.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença., 2. ed., 2001.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Do Humanismo a Kant**. São Paulo: Paulus, 1990.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. Sentido e limites da pena estatal: p. 15-47.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro-I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª.ed.

Recebido em 14/09/2006.