

O retributivismo da punição na Doutrina do Direito

The punishment retributivism in Doctrine of Right

Luís Miguel Rechiki Meirelles
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Resumo

O presente estudo tem como escopo analisar a resposta kantiana ao problema da punição. Tal problema consiste em como podemos justificar a aplicação de um dano retributivo reprobatório a um agente transgressor por parte do Estado. Para tal me concentrarei na obra *Metafísica dos costumes* (2013) seguida de estudo bibliográfico correspondente. A análise tem por objetivo destacar a contribuição apresentada por Kant ao problema da justificação da punição, além de avaliar os pontos positivos e negativos de se considerar a resposta do filósofo. Em um primeiro momento será exposto o problema da punição, em seguida será descrita a proposta justificacional apresentada por Kant. Já na terceira parte do estudo evidenciaremos alguns pontos positivos encontrados na proposta kantiana seguida, evidentemente, pelo destaque dos pontos negativos dessa proposta. A título de conclusão o filósofo parece apresentar importantes conceitos que devem ser considerados pelas respostas contemporâneas ao problema da punição.

Palavras-chave: Kant; Filosofia do Direito; mérito; punição; proporcionalidade.

Abstract

The present study aims to analyze the Kantian response to the problem of punishment. Such a problem consists of how we can justify the application of a reprobative retributive damage to a transgressive agent by the State. To this end, I will focus on the work *Metaphysics of customs* and some commentator texts on the work and the subject. The analysis aims to highlight the contribution made by Kant to the problem of the justification of punishment, in addition to assessing the positive and negative points of considering the philosopher's response. At first, the problem of punishment will be exposed, followed by the justification proposal presented by Kant. In the third part of the study, we will highlight some positive points found in the Kantian proposal followed, evidently, by the highlight of the negative points of this proposal. In conclusion, the philosopher seems to present important concepts that, I understand, must be considered by contemporary responses to the problem of punishment.

Keyword: Kant; Philosophy of Law; merit; punishment; proportionality.

Informações do artigo

Submetido em 04/07/2023
Aprovado em 04/03/2024
Publicado em 15/05/2024.



<https://doi.org/10.25247/P1982-999X.2024.v24n2.p265-282>



Esta obra está licenciada sob uma licença
Creative Commons CC BY 4.0

Como ser citado (modelo ABNT)

MEIRELLES, Luís Miguel Rechiki. O retributivismo da punição na Doutrina do Direito. *Ágora Filosófica*, Recife, v. 24, n. 2, p. 265-282, maio/ago. 2024.

1 INTRODUÇÃO

O convívio nas comunidades humanas primitivas era regido por costumes, crenças e normas de conduta que visavam um padrão de comportamento.

Uma vez violada essas normas, o agente transgressor era submetido a um castigo resultante de sua transgressão. Essa prática de castigo perpassa a história das organizações sociais, sofrendo algumas alterações quanto ao método e sua justificação.

Como ilustração, podemos pensar as comunidades religiosas do antigo testamento onde a transgressão de um agente faria com que a pena recaísse sobre a comunidade como um todo (Scariot, 2014, p. 734). Por outro lado, a lei de talião, também presente em alguns livros bíblicos¹ e no código de Hamurabi², representam algumas das mudanças no método e na justificação da punição [que na historiografia já estão bem consolidadas e documentadas]. Dessa forma, podemos dizer que a punição é algo comum às comunidades humanas ao longo do tempo, uma vez que o próprio convívio social é gerador de conflitos:

O ser humano tradicionalmente vive em grupos, seja em clãs, tribos ou sociedades, mas essa convivência traz consigo conflitos, principalmente quando um integrante do grupo não observa as normas e regras impostas. Já em tribos primitivas existiam tabus, isto é, uma espécie de temor sagrado, uma proibição sem fundamento racional, cuja origem era desconhecida, mas aceita como natural pelos integrantes daquele grupo. A violação do tabu representava simultaneamente o descumprimento de uma norma de convívio social e de algo sagrado, o que exigia uma severa resposta advinda do próprio tabu ou da tribo. As punições mais utilizadas

¹ Há em Levítico uma clara semelhança com a lei de talião, a saber, “Se um homem ferir seu compatriota, desfigurando-o, como ele fez, assim se lhe fará: fratura por fratura, olho por olho, dente por dente. O dano que se causa a alguém, assim também se sofrerá” (Lv. 24: 19-20). Além deste, existem outros textos com passagens semelhantes que nos remetem a lei em questão, *exemple gratia*, “[...] se feriu com um objeto de ferro e disso resultou a morte, é um homicida. O homicida será morto. Ou, se lhe ferir com uma pedrada, de que possa morrer, e morrer, homicida é; certamente o homicida morrerá. Ou, se o ferir com instrumento de pau que tiver na mão, de que possa morrer, e ele morrer, homicida é; certamente morrerá o homicida. (Nm. 35:16-18).

² “É o primeiro código de leis que se tem conhecimento, por volta de 1792 e 1750 a.C. As punições presentes estavam estritamente ligadas aos crimes cometidos, ou seja, o criminoso era punido de proporcional ao crime cometido. A proporcionalidade nos remete diretamente a conhecida lei de talião. Para mais detalhes sobre o de Hamurabi, ver: The Eleventh Edition of the Encyclopaedia Britannica, 1910 pelo Rev. Claude Hermann Walter Johns, M.A. Litt.D.

eliminavam o inimigo e evitavam a contaminação do grupo [...] (Scariot, 2014, p. 734).

O mesmo – a ideia de punição – se mantém nas sociedades gregas, romanas e macedônicas por volta de 500 a 200 a. C., estendendo-se pelos mil anos de período medieval e passando por toda a modernidade até os dias atuais.

Esse caminho percorrido nos leva a crer, enquanto senso comum, que a punição se justifica em si mesma como um aparato legal de controle e ordem social que deve ser obedecida, por conseguinte, tem o dever de ser praticada, “[...] partem da noção de direito de punir como algo inerente a uma sociedade, a uma constituição política” (Scariot, 2014, p. 744). Com base nisso, existe a crença de que toda a transgressão legal é estritamente acompanhada de uma punição, ao menos, deveria ser³. Ao longo do tempo as formas de organização social sofreram alterações, mudanças no modelo e no sistema político, contudo as transgressões permanecem acompanhadas de uma punição, embora as noções de aplicação da pena também tenham sofrido mudanças.⁴ Kant, por exemplo, na modernidade, argumenta que “O direito de punir é o direito devido por um chefe de Estado relativamente a um súdito de inflingir-lhe dor por este ter cometido um crime” (Kant, 2007, p. 144). Afirma-se, então, que o direito de punir o agente por sua transgressão é um direito político e não mais do ofendido, como nos modelos de honra e vinganças. Portanto, o direito de punir é de responsabilidade do Estado e de seus aparatos legais. Assim, existe uma questão relevante a ser respondida, a saber, como podemos justificar a instituição da punição e suas práticas particulares punitivas? Em outras palavras, o que dá ao Estado, e a seus aparatos, o direito de aplicar punição aos agentes?

A maneira como podemos justificar a instituição da punição e suas práticas particulares punitivas vem sendo fruto de debate e investigação de

³ Com a observação histórica das práticas sociais perante as transgressões, é fácil desenvolver a crença de que a punição é parte intrínseca de uma sociedade que pode variar apenas quanto a sua qualidade e quantidade. Entretanto, existe a necessidade de justificação desta prática (Cf. Waller, 2018; Boonin, 2008; Zimmerman, 2011), assim como aqueles que argumentam em favor da impossibilidade de justificação da instituição da punição, defendendo sua abolição (cf. Hulsman, Celis, 1993; Foucault, 1975; Davis, 2018).

⁴ Ver SCARIOT, Juliane “Fundamentos éticos do direito de punir” in: *Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. Petrópolis, RJ: Vozes; Caxias do Sul, RS, 2014, pp. 733-753.

inúmeros pensadores ao longo da história da filosofia⁵, contudo, no que exatamente consiste o problema da punição?

A punição, podemos definir como um dano reprobatório retributivo deliberadamente infligido pelo Estado aos agentes ofensores⁶. Nota-se que o problema da punição consiste em como justificar normativamente tal prática e a respectiva instituição em que busca apoio, uma vez que causar um dano intencional a alguém não seria aprovado por nós em situações normais⁷, ou seja, não é algo que consideraríamos correto.

Na tentativa de justificar a instituição da punição existem inúmeras respostas ao longo da história da filosofia, entretanto, este estudo, terá por foco a justificação apresentada por Kant em sua obra *Metafísica dos costumes*, buscando compreender quais são os conceitos retributivistas presentes na obra em questão.

Após compreender as bases retributivista presente na filosofia kantiana, buscarei analisar alguns pontos positivos e, também, algumas consequências negativas de assumir essa concepção em sua forma clássica, como apresentada pelo filósofo.

2 KANT E A JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVISTA

Kant é o clássico representante da concepção retributivista⁸ de punição, porém, para compreender a justificação da punição apresentada pelo filósofo, é necessário antes compreendermos como se constitui um Estado civil.

Como os contratualistas anteriores, Kant via o Estado de natureza como um local que seria desejável, por racionalidade, os seres humanos quererem sair, dado que estariam, sem o Estado civil, sujeitos a violência recíproca. Isso ocorre em função de cada um ser detentor do seu próprio direito à liberdade, tomando como critério o que é bom para si mesmo:

⁵ Como exemplos ver: Aristotle, 2009; Anselmo, 1952; Aquino, 2015. Foucault, 1975; Kant, 2013; Rawls, 1955 e Smith, 1976.

⁶ A definição é apresentada em: COITINHO, Denis. "Contrato, virtudes e o problema da punição" in: *Dissertatio*. v. 43, 2016, p 12.

⁷ Esse problema é levantado por: BOONIN, David. *The problem of punishment*. Cambridge University Press: New York, 2008.

⁸ Retributivismo é o termo utilizado pela filosofia do direito para designar as teorias punitivas que defendem que a pena não deve visar as consequências e necessita retribuir ao infrator o dano causado pela transgressão.

A primeira coisa, portanto, sobre a qual cabe ao ser humano decidir, se não quer renunciar a todos os conceitos jurídicos, é o seguinte princípio: é preciso sair do Estado de natureza, em que cada um age como que lhe vem à cabeça, e unir-se com todos os demais (com os quais não pode evitar entrar em relação recíproca) para submeter-se a uma coerção externa legalmente pública; ingressar em um Estado, portanto, onde aquilo que deve ser reconhecido como o seu seja *legalmente* determinado a cada um e atribuído por um *poder* suficiente (que não seja o seu, mas sim um poder exterior); em outras palavras, ele deve ingressar antes de qualquer coisa, *em um Estado civil* (Kant, 2013, p.115).

Podemos afirmar que o contrato é o mediador entre o Estado de natureza e a sociedade civil, uma vez que é somente através dele que se pode conceber uma vontade unida, a vontade do povo⁹. O humano, detentor de sua própria liberdade, por meio do contrato, não abre mão do seu direito natural a liberdade, pelo contrário, ao constituir uma condição civil está partindo em busca da plena liberdade. Sujeito a violência recíproca não há liberdade, tendo em vista que todos estariam ‘autorizados a tudo’ fora da sociedade civil. É, então, na sociedade civil que os agentes podem perseguir seus objetivos sem que esse direito, de agir livremente, lhes sejam tirados e, também, são impossibilitados de negar tal direito a outros.

Com isso, podemos perceber o fundamento de uma sociedade civil e as bases do direito, a saber, esse tem o dever de assegurar a coexistência das liberdades. Dessa forma, que o cumprimento do dever jurídico garante ao agente a oportunidade de escolher e perseguir os seus fins. Portanto, o contrato, não assegura outra coisa senão a submissão de todos à lei. O Estado é, então, “[...] a união de um conjunto de homens sob leis jurídicas” (Kant, 2013, p.116), e o poder legislativo¹⁰ fica, assim, submetido a vontade do povo o que impossibilita

⁹ Na citação acima Kant usa o termo ‘*legalmente*’ [Ver “Legalität” x “Gesetzmäßigkeit”; Cf. *Metafísica dos Costumes*, p.214 “... Na medida em que se refiram apenas às ações meramente exteriores e à conformidade destas à lei, elas se chamam jurídicas...”] como uma forma de evocar um conceito jurídico de normatização e estabelecer um poder exterior que seja suficiente para tal normatização. A garantia dada pelo poder suficiente em normas jurídicas é o Estado civil. O contrato ao qual faço referência ilustra-se nessa normatização primeira, uma espécie de Constituição [Cf. *Metafísica dos Costumes*, p.372 “... existe uma constituição jurídica no sentido geral da palavra e, ainda que ela possa padecer de grandes deficiências e graves erros... resistir a ela é absolutamente proibido e punível.”].

¹⁰ Kant faz a distinção entre os três poderes, afirmando que “Cada Estado contém em si três *poderes*, isto é, a vontade universal unificada em uma trílice pessoa (*trias política*): o *poder soberano* (a soberania) na pessoa do legislador, o *poder executivo* na pessoa do governante (seguindo a lei) e o *poder judiciário* (adjudicando o seu de cada um segundo a lei) na pessoa do juiz [...]” (Kant, 2013, p. 116).

a criação ou exercício da injustiça mediante sua própria lei. É, apenas, mediante essa sociedade civil e seus aparatos que a real liberdade pode ser assegurada em sua condição jurídica. Desse modo, entendo, a legitimação do poder político, por meio do contrato, se completa quando o Estado assegura, através da legislação e da polícia (espécie de poder coercitivo), a coexistência das liberdades individuais. Mas a coerção, em si mesma, não seria uma contradição dentro do pensamento kantiano? Não creio, pois, o direito é exatamente a mesma coisa que a coerção na concepção do pensador, em função de que a garantia da liberdade externa aos agentes parte da própria coerção mútua em conformidade com a liberdade de cada um. Quando violada a coexistência das liberdades e, por conseguinte, a própria legislação por algum ato individual ou coletivo os agentes são tomados como criminosos e levados a uma corte criminal. Na corte criminal será definida, pela figura do juiz, uma punição aos transgressores.

A punição é entendida como um imperativo categórico; nas palavras do filósofo “A lei penal é um imperativo categórico, e aí daquele que se arrasta pelos caminhos sinuosos da doutrina da felicidade em busca de algo que, pela vantagem prometida, o eximisse da pena ou de uma parte dela[...]” (Kant, 2013, p. 133). O Estado fica incumbido de infligir sofrimento ao agente transgressor. “O *direito penal* é o direito do soberano, frente àquele que lhe é subordinado, de impor-lhe um sofrimento por seu crime” (Kant, 2013, p. 132). Punição, é definida como um dano intencional retributivo reprobatório causado pelo Estado a um agente infrator. De acordo com Santos:

Não há outros objetivos [na punição] a não ser o Estado causar um prejuízo ao infrator, devolvendo o mal justo pelo mal injustamente cometido. A pena transmite aos malfeitores o tratamento que eles merecem, evidenciando uma mensagem de admoestação ou censura proporcional à infração praticada pelo transgressor (Santos, 2017, p. 49).

Nesse ponto, Kant é taxativo ao dizer que a punição só poderá ser aplicada ao agente que cometeu um crime. Nas palavras do filósofo a punição “[...] nunca pode servir meramente como meio para fomentar outro bem, seja para o próprio *delinquente*, seja para a sociedade civil, mas sim tem de ser infligida contra ele apenas *porque ele cometeu o crime*. (Kant, 2013, p. 133). Ou seja, o agente, ao desobedecer a lei, comete um dano que o torna inapto à

cidadania por ser estritamente responsável por esse mal e, conseqüentemente, se torna merecedor da punição. A inexistência da punição acarretaria a interferência injusta nas liberdades; a coexistência se perderia e, por consequência, os motivos para a existência de uma sociedade civil.¹¹

Chega-se, assim, ao ponto central da justificação da instituição da punição no modelo retributivista, a saber, o Estado tem o dever de punir o criminoso culpado pelo dano causado, uma vez que este agiu livremente e, portanto, é merecedor do sofrimento. O mérito e a culpa têm papel primordial na teoria kantiana¹², deixando completamente sem valor os efeitos que a pena pode causar para a sociedade como um todo e, também, para o próprio indivíduo. Com isso evidencia-se o caráter da punição, ou seja, ela jamais deve ser utilizada como meio de obter ou assegurar a estabilidade social, por exemplo, ou ainda para ressocializar o indivíduo, mas sim como um aparato que exige à justiça:

[...], mas sim tem de ser infligida contra ele apenas *porque ele cometeu o crime*. Pois o homem nunca pode ser manipulado como mero meio para os propósitos de um outro, nem ser contado entre os objetos do direito real, sendo protegido contra isso por sua personalidade inata mesmo quando possa ser condenado a perder a civil. Antes que se pense em extrair algum proveito dessa pena, para ele mesmo ou para seus concidadãos, ele tem de ser considerado *punível* (Kant, 2013, p. 133).

Assim, se reforça o valor dos conceitos de culpa e mérito para pensar a punição. Estando claro esse ponto, qual deve ser a pena aplicada ao infrator?

No que tange a justificação da pena aplicada o autor é peremptório de que apenas a retribuição sacia a Justiça por inteira. O princípio da retribuição é eximamente representado pelo *ius talionis*, uma vez que busca aplicar ao agente infrator o dano em proporcionalidade com o dano cometido pelo ato errado: “O

¹¹ É importante ressaltar que não existe nesse ponto a possibilidade de uma crítica de viés utilitarista, pois, não se está falando em utilidade da punição, mas em justiça. A liberdade é, para Kant, um direito natural, *a priori*, e o direito positivo baseado nesse direito natural, tendo em vista que é apenas na sociedade civil que se tem a possibilidade da verdadeira liberdade, a liberdade externa, o que deixa subentendido que a punição é, de igual maneira, um conceito *a priori*, dado que tem seu fundamento na violação do direito natural e, por conseguinte, do direito positivo.

¹² Inclusive e principalmente para a segunda parte da justificação da punição que, embora Kant não faça tal distinção explicitamente, consiste em responder qual deve ser a medida da pena. Essa distinção é de suma importância para os fins que desejo alcançar e concentra-se na ideia de como podemos justificar o ato punitivo particular e qual deve ser a pena adequada ao infrator. Essa distinção que faço menção, é apresentada por Coitinho (2016).

mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo” (Kant, 2013, p. 133). Evidentemente esse princípio é aplicado por um tribunal devidamente qualificado. É somente assim que se poderia, segundo o autor, alcançar a máxima Justiça ao punir algum transgressor¹³:

Somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança – nos limites do tribunal, é evidente (não em seu juízo privado) – a qualidade e quantidade da punição; todos os outros critérios oscilando de um lado a outro e não podendo, devido a outras considerações imiscuídas, adequar-se ao veredicto da pura e estrita justiça (Kant, 2013, p. 133-134).

O filósofo nos apresenta o caso de alguém que comete um insulto verbal, se punido com multa e o agente for rico, o transgressor, em determinada situação, poderia ceder a um insulto verbal em prol da multa. Parece que a multa não retribuiria o dano causado pelo insulto da forma em que deveria. Insultar verbalmente alguém pode desdobrar-se de muitos modos, no sentido do dano causado, pois, existe a possibilidade da vítima ser desonrada, desmoralizada ou ainda sofrer algum efeito psicológico severo. Frente a tal situação a Justiça seria feita se e somente se retribuísse em proporcionalidade, ao ofensor, o dano infligido, isto é, fazer o criminoso se desculpar à vítima publicamente e até mesmo beijar sua mão. Dessa forma, gostaria de trazer à reflexão as punições que envolvem movimentação monetária, pois parecem que sanções desse tipo não atingem a devida justiça. Pelo contrário, considerando as disparidades financeiras entre as pessoas que integram uma mesma comunidade, tais penas estariam promovendo a injustiça. À título de exemplo, imagine o motorista que estaciona em local proibido, a multa monetária para tal infração pode variar entre R\$ 88,38 e R\$ 293,47. Pessoas com condições financeiras distintas podem sofrer um “dano” distinto ou mesmo, o mais abastado, pode optar por pagar dado o benefício a ser obtido ao estacionar no local indevido, tendo, com isso, a ‘pena’ como uma espécie de taxa de permissão.

Em questões de assassinato, cumplicidade e/ou ordem deste o mesmo princípio - proporcionalidade - deve ser mantido e o criminoso sentenciado a

¹³ É importante lembrar que o conceito de responsabilidade para Kant está estritamente vinculado com sua concepção de livre-arbítrio. O ser humano é, por natureza, livre podendo, sem empecilhos, optar por A ao invés de B ou vice-versa. Assim, é por essa condição que os agentes são responsabilizados e, por conseguinte, mercedores de punição. A máxima justiça, então, só poderá ser alcançada através da exímia retribuição do dano cometido por meio da punição.

pena capital, porquanto não há a pena, para a justiça, que possa substituir a morte nos casos em questão. Contudo, existe uma ressalva nas situações em que se aplica a pena capital, a saber, que “[...] judicialmente executada e livre de qualquer mau-trato que pudesse fazer da humanidade, na pessoa do executado, algo monstruoso” (Kant, 2013, p. 134). Esse ponto me parece de fundamental importância na teoria kantiana de justificação da punição, pois, ao estipular a proporcionalidade e retribuição como parâmetro, para a pena aplicada, anula um possível caráter arbitrário da pena na pessoa do juiz ou mesmo na própria legislação.¹⁴ Em outras palavras esses conceitos evitam o abuso de poder ou a punição branda. Pense no caso de assassinato, o transgressor será submetido à morte, sem o princípio da proporcionalidade poderia ser, antes, submetido a tortura, assim como, no caso oposto, seria, talvez, submetido a uma multa ou alguns anos de prisão.

O autor apresenta uma crítica cuja autoria é de Cesare Bonesana (Kant, 2013, p. 120) que consiste no fundamento contratualista apresentado por Kant. Para o pensador italiano, na ideia do contrato social, é impossível que se aprove qualquer pena capital, uma vez que os cidadãos que comporiam a sociedade deveriam ter concordado que, se assassinassem alguém do povo, perderiam suas vidas. Ninguém está disposto a abrir mão de sua vida, isso é consenso, do mesmo modo é impossível que alguém possa desejar a sua própria punição. Contudo, “Dizer ‘eu quero ser punido se assassino alguém’ significa apenas que eu me submeto, junto com todos os outros, às leis que naturalmente serão também leis penais se houver criminosos no povo” (Kant, 2013, p.136). Dessa forma expressa-se a razão pura no agente, dado que legislar uma lei penal contra si mesmo na condição de criminoso é a própria exigência da racionalidade das partes em contrato. O agente não quer punição para si mesmo, mas quer que ações contrárias a lei, inclusive se é ele quem as comete, tenham uma resposta/reação. Em outras palavras, toda e qualquer transgressão de caráter legal deve ser acompanhada de uma punição.

¹⁴ O princípio da proporcionalidade é o que, de acordo com Kant, garante a justiça, uma vez que incorporado à lei anula a possibilidade de abusos punitivos e arbitrariedades que pudessem ser cometidas pela figura do juiz. “Mas qual o tipo e o grau de pena que a justiça pública adota como princípio e padrão? Nenhum outro senão o princípio de igualdade (na posição de fiel da balança da justiça), de modo a não pender mais para um lado do que para o outro.” (KANT, 2013, p.133).

3 AS IMPLICAÇÕES POSITIVAS DA TEORIA RETRIBUTIVISTA

Ao deslocar o foco da aplicabilidade da punição para o merecimento do agente culpado após julgamento perante uma corte criminal, a teoria kantiana põe fim a algumas questões importantes que eram comuns às aplicações penais anteriores. Nos sistemas penais primitivos, onde havia tabus que jamais podiam ser descumpridos, uma vez que não apenas o agente sofreria as consequências, mas também a comunidade como um todo, está descartada a noção de merecimento, pois, indiscutivelmente a pena não considerava o conceito de personalidade e era aplicada pelo próprio líder do grupo ou por ordem divina. A evolução a formas mais justas veio com a lei de talião que pressupõe, além do caráter de personalidade da pena, a proporcionalidade entre o dano causado pela transgressão e o dano que deverá a punição causar: “[...] da vingança instintiva e ilimitada que podia atingir inclusive o grupo, visto inexistir a noção de personalidade da pena, passou-se ao império da Lei de Talião, que assegurava à vítima o direito a uma vingança proporcional” (Scariot, 2014, p. 735). A Lei de Talião, porém, não anula ou impede o ideal de vingança na relação vítima-agressor e, assim, mesmo com um caráter retributivo/proporcional a punição estaria intrinsecamente ligada a injustiça. Kant reitera que a proporcionalidade é crucial para a punição e somente assim se pode chegar à Justiça:

Somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança - nos limites do tribunal, é evidente (não em seu juízo privado) – a qualidade e quantidade da punição; todos os outros critérios oscilando de um lado a outro e não podendo, devido a outras considerações imiscuídas, adequar-se ao veredicto da pura e estrita justiça (Kant, 2013, p. 133-134).

É de extrema importância destacar a ressalva apresentada pelo filósofo que retira o aspecto vingativo da retribuição, a saber, a determinação da culpa do agente infrator por meio de um tribunal e não mais em juízo particular da vítima ou de um soberano apresentando o ideal de imparcialidade no julgamento.

Dessa forma, a justificação da instituição da punição estar centrada na culpa do agente transgressor, representa uma lição que deve ser veementemente considerada pelas teorias punitivas atuais, uma vez que evita toda e qualquer possibilidade que possa surgir de o Estado causar dano, com

vistas a algum outro fim, a um agente inocente, ou ao menos, que não tenha sido, ainda, julgado e condenado.

Em igual maneira, outro aspecto a ser considerado pelas teorias punitivas atuais é a ideia de retribuição, pois:

O principal mérito da fundamentação retributiva radica no fato de que a pena, independentemente dos fins a que se destine, deve ter sempre o delito como pressuposto, isto é, a pena conceitualmente é retribuição de um "mal" e há de ser sempre proporcionada ao comportamento delituoso praticado, razão pela qual se presta, assim a coibir abusos por parte do Estado na sua graduação (Queiroz, 2005, p. 23, *apud* Santos, 2017, p. 65).

O agente culpado sendo merecedor da punição está, assim, assegurado de que sua punição não será exagerada e, também, que não será menor do que a devida. Kant nos apresenta, também, o respeito pela dignidade humana e integridade imbricado a esse conceito de proporcionalidade, dado que a pena só poderá ser “[...] judicialmente executada e livre de qualquer mau-trato que pudesse fazer da humanidade, na pessoa do executado, algo monstruoso” (Kant, 2013, p. 134). Fica evidente, desse modo, que a justiça penal deve sempre incorporar e assegurar a DUDH¹⁵, uma vez que a muito já havia a preocupação com alguns conceitos que servem de base a tal declaração. Desse modo, então:

[...] o sistema do direito protege não apenas os cidadãos que o respeitam limitando a liberdade de ação deles para fazê-la compatível com a liberdade de ação dos outros cidadãos. O sistema do direito também protege todos os seres humanos, mesmo aqueles que são, na verdade, incapazes de respeitá-lo, por exemplo, crianças e criminosos (Merle, 2001, p. 139).

Em outras palavras, antes de criminoso, o agente é um ser humano dotado de direitos que devem ser respeitados, como por exemplo, o direito a um julgamento justo, a dignidade etc. que, caso violados, abriria margens à insegurança e faria ruir a legitimidade do poder coercitivo na figura do Estado.

¹⁵ Abreviação utilizada para representar “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948.

4 OS ASPECTOS NEGATIVOS DA JUSTIFICAÇÃO RETRIBUTIVISTA

Agora, porém, devemos considerar os aspectos ante os quais a teoria retributivista, como proposta por Kant, se mostra incompleta. O primeiro aspecto que gostaria de destacar gira em torno da questão do merecimento, pois ao mesmo tempo que deslocar a punição para quem merece é um ganho da teoria kantiana - atribui o caráter de pessoalidade a pena - ela se mostra como um problema. Para melhor compreender a questão, vamos expor brevemente a noção de livre-arbítrio e responsabilidade¹⁶ considerada pelo filósofo. Kant defende que a liberdade prática está ligada a um conceito transcendental de liberdade, ou seja, a liberdade é uma propriedade que pode iniciar uma nova cadeia causal sem que esteja determinada por algum evento\ação anterior:

O homem dispõe de livre arbítrio entre obedecer e desobedecer às leis, possuindo discernimento sobre seus atos. Desta forma, não seria apenas admissível senão imperativo que o Estado exigisse o cumprimento de suas normas. O autor da ação delitativa teve a faculdade de escolha entre cometer o crime ou não, lesar o bem jurídico ou não [...] (Santos, 2017, p. 54).

O livre-arbítrio é uma ideia metafísica, uma vez que se conceitua baseado no pressuposto de que o agente que fez algo poderia ter escolhido por não fazer, ou mesmo, por fazer diferente. Por isso, somente por isso, é que um agente deve ser responsabilizado moral e legalmente.

O agente que descumpre uma lei, diz-se, que descumpre por escolha e por esse motivo é responsabilizado por sua ação, tornando-se merecedor da punição. Se aceitarmos tal concepção de liberdade e responsabilidade o problema que pode existir no mérito se esvai. se esvai, pois, se aceitarmos a existência do livre-arbítrio nada impede de tomarmos os agentes como responsáveis moralmente. Entretanto o ponto que quero chamar atenção consiste em colocar a existência do livre-arbítrio em cheque. Se concordarmos que o livre-arbítrio é uma ilusão, surge alguns empecilhos para a questão da responsabilidade, uma vez que se o agente não pode escolher livremente como agir, parece, no mínimo, necessário reduzir a quantidade de responsabilidade

¹⁶ Para melhor compreender o debate acerca da responsabilidade moral e do livre-arbítrio, ver STRAWSON, Peter Frederick. "Freedom and resentment", In: *Proceedings of the British Academy*, v. 48, 1960.

que é atribuída aos agentes. Desse modo, se o agente não é completamente responsável por suas ações, é insustentável defender que ele seja completamente merecedor de punição. Por outro lado, estamos diante de um problema que vem sendo debatido ao longo da história da filosofia e possui uma enorme complexidade.¹⁷ Assim sendo, o debate acerca do problema da responsabilidade está aberto e me parece um equívoco depositar tamanha importância na questão do mérito, estando o próprio merecimento estritamente ligado a uma questão de tamanha delicadeza. Em outras palavras, punir o agente transgressor com base apenas no merecimento é insuficiente se considerarmos que o indivíduo pode ser socialmente influenciado e é possuidor de um código genético que determina algumas questões em seu comportamento. Dito de outra forma, se o agente age de acordo com determinações genéticas que não escolheu, sofre influências que estão além de seu controle, como pode ele ser merecedor de punição pela ação cometida? O ideal de merecimento é sensível, pois é difícil de determinar o quanto de cada um existe em cada ação.

Se olharmos para o campo da prática, por exemplo, creio estar evidente outro ponto de insuficiência da teoria punitiva kantiana, a saber, a completa despreocupação com os efeitos resultantes da punição. Punir o agente transgressor em proporcionalidade, apenas, não é suficiente para justificar a instituição da punição ante os índices de reincidência, por exemplo, do sistema penal brasileiro:

[...] tem-se, para o ano de 1995, uma incidência de 44% de reincidentes entre os presos recolhidos no sistema penitenciário do Rio Grande do Sul (RS) Esta proporção supera o índice de 34% de reincidência registrado pelo Censo Penitenciário Nacional de 1994, relativamente ao conjunto dos cárceres do Brasil (Schabbach, 1999, p. 225).

Os dados são alarmantes já em 1995 e, embora com divergências, os dados levantados recentemente mostram números ainda mais preocupantes.¹⁸ Esses dados podem pôr em risco a própria 'saúde' do Estado civil e, dessa

¹⁷ Toda a complexidade do debate é, também, eximamente apresentada em: FACHIN, Patrícia. "Uma resposta incompatibilista ao problema do determinismo e da responsabilidade moral". In: *Kínesis*, V. XI, nº 28, 2019, pp. 242-262.

¹⁸ Ver: TARDÁGUILA, Cristina – 'A reincidência atinge mais de 70% dos presos no Brasil' – Folha de São Paulo – Piauí, 12/07/2016 – Lupa Aqui.

forma, me parece, se torna necessário pensar em alternativas à punição centrada unicamente no merecimento, alternativas que permitam pensar os impactos que terão para a sociedade, ou aquilo que motivou os atos ilícitos. Mesmo na obra de Kant parece haver margem para tal flexibilização. Em casos cujo a pena de morte deveria ser aplicada segundo o filósofo, podem existir situações que a própria sociedade civil seja colocada em risco por tal punição:

Se o número de cúmplices (*correi*) envolvidos nesse feito, porém, é tão grande que o Estado, para não abrigar tais criminosos, pudesse chegar em breve a não ter mais nenhum súdito, e se no entanto ele não quer dissolver-se, isto é, passar ao muito mais cruel Estado de natureza, que carece de toda justiça exterior (não quer sobretudo embotar o sentimento do povo com o espetáculo de um matadouro), então o soberano tem de ter também em seu poder, neste caso de necessidade (*casus necessitatis*), a possibilidade de tornar-se ele mesmo o juiz (representa-lo) e proferir uma sentença que imponha aos criminosos uma outra pena que não a morte, uma tal que conserve o conjunto do povo [...] (Kant, 2013, p. 136).

Como a constituição do Estado Civil está ameaçada, no excerto dos escritos kantianos, permite-se pensar outras penas para os transgressores e a proporcionalidade entre o merecimento e a ação ficam em segundo plano, ou, ao menos, como pano de fundo. O texto nos mostra, porém, situações em que caberia aplicar a pena de morte, contudo, o contexto que proponho busca o mesmo objetivo, dado que o alto índice de reincidência, por exemplo, sugere uma insegurança dos súditos perante o Estado. Essa insegurança se dá pelo fato de estarem, as liberdades individuais, sob ameaça, fazendo com que a punição não atinja seu objetivo por completo e termine punindo meramente por punir:

O que essencialmente caracteriza o direito público é o uso organizado da força em sociedade. As normas positivas são o modo como, publicamente, deve ser instrumentalizado o uso da força em sociedade. E o que gera a necessidade de organização pública de uma força é a exigência moral de proteção e efetivação dos direitos naturais (*Naturrecht*) (Júnior, 2018, p. 56).

Frente a situações como essa, se torna necessário pensar não apenas na punibilidade do agente, o merecimento, pois, esse conceito, sozinho, é insuficiente para garantir a coexistência das liberdades individuais e a justiça dos atos punitivos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da punição se apresenta de maneira importante, pois exige uma análise complexa das práticas punitivas que se estenderam ao longo da história das comunidades humanas para permitir-nos compreender questões como: a quem se deve punir? Por qual motivo autorizamos o Estado a aplicar punição aos transgressores? Qual a quantidade de pena a ser aplicada?

A teoria de justificação da instituição da punição retributivista como proposta por Kant, embora pareça insuficiente, traz luz a importantes conceitos que devem ser considerados pelas respostas contemporâneas ao problema da punição. Conceitos como o de proporcionalidade, por exemplo, parece dar fim a problemas como a arbitrariedade na punição e na estipulação das penas nos códigos jurídicos. A proporcionalidade garante os direitos individuais dos cidadãos e impede casos onde os agentes seriam tomados meramente como meios para atingir determinados fins, como é o caso da tortura e, penso, pode-se estender essa reflexão a questão, extremamente atual, da delação premiada, *exemplé gratia*.

Outro ponto importante trazido pela resposta kantiana é o conceito de mérito, uma vez que implica culpa, em outras palavras, os agentes passíveis de punição são, unicamente, aqueles considerados culpados pelos atos que transgrediram a lei. Esse conceito passa a considerar questões como a responsabilidade, a personalidade e a culpa e, entendo, possuem a atribuição de coibir as injustiças que poderiam, por meio de falhas, estarem presentes nos sistemas penais. Para a atribuição do mérito/culpa é notável, também, a importância atribuída por Kant à figura do juiz/júri como intermediador das ações praticadas e a legislação vigente, buscando aplicar de forma completa e imparcial a lei.

Com base nesse estudo, podemos reafirmar a importância presente nos conceitos apresentados por Kant em sua justificação da instituição da punição e a relevância desses conceitos para continuarem a ser pensados nas respostas contemporâneas ao problema.

REFERÊNCIAS

- ANSELMO. **Cur Deus Homo**. Obras completas de San Anselmo. Tomo I, Madrid: BAC. 1952.
- AQUINO, T. **Suma Teológica**. v. 7. São Paulo: Loyola, 2015.
- ARISTOTLE. **The Nicomachean ethics**. Oxford: Lesley Brown e David Ross. 2009.
- BOONIN, David. **The problem of punishment**. Cambridge University Press: New York, 2008.
- COITINHO, Denis. Contrato, virtudes e o problema da punição. *In: Dissertatio*, v. 43, p 11-40, 2016.
- COITINHO, Denis. Rawls e a justificação da punição. *In: Transformação*, Marília, v. 40, n. 3, p 67-92, jul./set. 2017.
- DAVIS, Ângela. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.
- FACHIN, Patrícia. Uma resposta incompatibilista ao problema do determinismo e da responsabilidade moral. *In: Kínesis*, v. 11, n. 28, p. 242-262, 2019.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Gallimard, 1975.
- HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline B. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- JÚNIOR, José Resende. Kant e a coação no direito do Estado. *In: Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 55-78, 2018.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução: [primeira parte] Clélia Aparecida Martins; [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; 2013.
- MASSON, Nathalia Ferreira. **O conceito de sanção na teoria analítica do direito**. Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 153 f, Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em direito. Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
- MERLE, Jean-Christophe. Uma crítica kantiana da teoria da punição de Kant. *In: Revista da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 40, p. 125-148, 2001.
- NOUR, Soraya. O legado de Kant à filosofia do direito. *In: Prisma Jurídico*. São Paulo, vol. 3, p. 91-103, 2004.

RAWLS, John. Two Concepts of Rules. **Philosophical Review**, v. 64, n. 1, p. 3-32, 1955.

SANTOS, Paulo Vinícius Borges. **Razões de punir**: a teoria de H. L. A. Hart. São Leopoldo, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 109 f, Dissertação (Mestrado em Filosofia). Unidade de Pesquisa e Pós Graduação, Programa de Pós Graduação em Filosofia, Unisinos, São Leopoldo, 2017.

SANTOS, Robinson Dos. A concepção da justiça penal na doutrina do direito de Kant. *In: Ethica*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 103-114, dez./ 2011..

SCARIOT, Juliane. Fundamentos éticos do direito de punir. *In: Manual de ética: questões de ética teórica e aplicada*. Petrópolis: Vozes; Caxias do Sul, 2014. p. 733-753.

SCARIOT, Juliane. **A punição no sistema moral kantiano**. Caxias do Sul, Universidade de Caxias do Sul, 119 f, Dissertação (Mestrado em Filosofia). Programa de pós-graduação em filosofia. Faculdade de Filosofia, Universidade de Caixas do Sul, Caxias do Sul, 2013.

SCHABBACH, Letícia Maria. “Sistema penitenciário do Rio Grande do Sul – reincidência e reincidentes prisionais”. *In: Sociologias*, Porto Alegre, ano I, v. 1, p. 224-243, 1999.

SMITH, Adam. The Theory of Moral Sentiments. Edited by D. D. Raphael and A. L. Macfie. **The Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith**, v. 1, Oxford: Oxford University Press, 1976.

STRAWSON, Peter Frederick. Freedom and resentment. *In: Proceedings of the British Academy*, v. 48, 1960.

TARDÁGUILA, Cristina – A reincidência atinge mais de 70% dos presos no Brasil. Folha de São Paulo, Piauí, 12 jul. 2016. Lupa Aqui. **The Eleventh Edition of the Encyclopaedia Britannica**. Rev. Claude Hermann Walter Johns, M.A. Litt.D, 1910.

WALLER, Bruce. **The injustice of punishment**. New York: Routledge, 2018.

ZIMMERMAN, Michael J. **The immorality of punishment**. Broadview Press. 2011.

DADOS DO AUTOR

Luís Miguel Rechiki Meirelles

Doutorando em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (Bolsista PROEX). Experiência na área de Filosofia prática, com ênfase em Ética, tendo participado de iniciação científica, pesquisando temas como: responsabilidade moral e atitudes reativas. Interesse na área de filosofia política e filosofia do direito, mais especificamente na área do problema da punição, tema investigado desde a graduação se estendendo ao longo do curso de mestrado. Email: luismiguelpereira@gmail.com