

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB FACULDADE CIÊNCIAS  
JURÍDICAS E SOCIAIS- FAJS, CURSO DE DIREITO

MATHEUS HENRIQUE RIBEIRO ALVES

**UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA DO RETRIBUTIVISMO KANTIANO**

Brasília  
2018

MATHEUS HENRIQUE RIBEIRO ALVES

**UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA DO RETRIBUTIVISMO KANTIANO**

Projeto de monografia apresentado como  
requisito para aprovação na disciplina  
Monografia III  
Professor Orientador : Rudhra Gallina

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2018.

Banca Examinadora:

---

Prof. Rudhra Gallina, Orientador

---

Prof.  
Membro da Banca Examinadora

---

Prof.  
Membro da Banca Examinadora

Brasília  
2018

## **RESUMO**

O presente trabalho é uma análise interpretativa da justiça penal no pensamento de Kant, desenvolvendo um diálogo entre as ideias do pensador que compõem o tema do trabalho e ideias contrárias às dele, a fim de melhor interpretar seu pensamento. O tema é de muita relevância, porque Kant, além de ser um dos mais importantes filósofos da história, é também um dos pensadores que mais influenciaram os sistemas punitivos contemporâneos, sendo necessário compreender as bases filosóficas desses sistemas para melhor promover as mudanças necessárias. O foco do trabalho não é, no entanto, propor mudanças, mas sim desenvolver uma análise de como a filosofia moral de Kant fornece o fundamento de sua teoria punitiva, relacionando-a com ideias contrárias para, por meio do contraste, identificar os pontos mais relevantes.

## **ABSTRACT**

The present study is an interpretative analysis of the penal justice in Kant's philosophical thinking, promoting a dialogue between his ideas and the ideas that go against his, with the purpose of bringing a better understanding of his thoughts. The subject is really important, because Kant, besides being one of history's most important philosophers, is one of the thinkers that most influenced the contemporary punitive systems, and it is necessary to understand the philosophical foundation that these punitive systems were built on, so the necessary changes can be done. The focus of the study is not to propose the changes, but to promote an analysis of how Kant's moral philosophy provides the foundation of his punitive theory, relating it with opposite ideas so that, through the opposition, the most important topics become easier to identify.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 DIREITO E JUSTIÇA EM KANT</b> .....	9
2.1 O PAPEL DA LIBERDADE NO IMPERATIVO CATEGÓRICO. ....	13
<b>3 OS PRINCIPAIS TIPOS DE JUSTIÇA PENAL</b> .....	15
3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	16
3.1.1 PRÁTICAS RESTAURATIVAS.....	17
3.2 JUSTIÇA RETRIBUTIVA.....	19
3.2.1 A LEI DE TALIÃO.....	20
3.2.2 A PROPORCIONALIDADE NA LEI DE TALIÃO.....	21
<b>4 A JUSTIÇA PENAL NO PENSAMENTO DE KANT</b> .....	23
4.1 O RESPEITO PELA VIDA HUMANA.....	23
4.2 A PROPORCIONALIDADE DA PUNIÇÃO NA VISÃO DE KANT.....	26
4.3 O ASPECTO RESTAURATIVO DO RETRIBUTIVISMO KANTIANO.....	28
<b>5 O MAL RADICAL E A IMPOSSIBILIDADE DE PUNIR</b> .....	29
<b>6 AS LIMITAÇÕES PRÁTICAS DE UM SISTEMA PUNITIVO PURAMENTE RETRIBUTIVISTA</b> .....	34
<b>7 BIO-CRIMINOLOGIA E DETERMINISMO BIOLÓGICO</b> .....	35
7.1 A TENSÃO ENTRE AS NEUROCIÊNCIAS E O LIVRE-ARBÍTRIO...37	
<b>CONCLUSÃO</b> .....	41
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	46

## 1. INTRODUÇÃO

O autor sobre o qual o trabalho trata, Kant, o filósofo de Königsberg, é um dos filósofos mais importantes de seu tempo, considerado o mais importante da era moderna, sendo sua obra de grande relevância até os dias atuais. Kant escreveu sobre diversas áreas do conhecimento humano, como ética, metafísica, epistemologia, ciência política, Direito, influenciando-as de maneira bastante notável. Kant conciliou o pensamento racionalista e o empirista, definindo o que viria a ser a filosofia nos séculos seguintes.

O ponto de partida da filosofia de Kant é o conhecimento humano, ele redefine as bases do conhecimento humano, construindo o seu conceito a partir de um conhecimento a priori, o qual, segundo ele, é possuído por todo ser humano, a respeito das leis mais básicas do mundo sensível. Nesse sentido, Kant entende que a metafísica é possível, já que haveria um conhecimento a priori de que qualquer experiência humana deveria estar sujeita a algumas regras básicas. Como será explorado ao longo do trabalho, esse pensamento de Kant a respeito da metafísica se aplica à moral, e, conseqüentemente ao Direito, por entender ele ser possível, através da metafísica, obter um conhecimento universal acerca do que seria correto.

Kant foi provavelmente um dos autores que mais influenciou o pensamento jurídico, sendo essa influência estendida até os dias atuais. Isso se deve provavelmente à completude de sua obra no que diz respeito a temas como moral, justiça, e o critério para definir o que é correto perante esses ideais. Os filósofos mais importantes para o Direito atual ainda bebem na fonte da filosofia kantiana, por mais diferentes que sejam as suas abordagens em relação à justiça e o Direito. Essa similitude kantiana presente mesmo em pensadores com ideias tão diferentes é bem exemplificada quando comparamos Robert Nozick, que defende um Estado de intervenção mínimo, e John Rawls, que defende um Estado que promova o bem-estar da sua população, em certa medida. Muito embora possuam ideias completamente opostas, elas se tornam ao mesmo tempo semelhantes, porque ambas utilizam uma interpretação deontológica kantiana da justiça e da moral para chegarem às suas conclusões.

Assim, o trabalho nasceu de uma constatação: para se falar de justiça, o pensamento jurídico da atualidade precisa recorrer a Kant. A partir disso, e de um aprofundado estudo da filosofia do Direito kantiana, o trabalho se propôs a analisar o

pensamento de Kant a respeito da justiça penal por ele imaginada, já que o debate em torno dos sistemas penais se tornou muito evidente, se apresentando como um paradigma para o Direito, sobretudo para o Direito brasileiro. Foram encontrados muitos pontos interessantes no pensamento de Kant que fazem direta relação com os sistemas punitivos adotados atualmente em grande parte do mundo, com base retributivista. Assim, a relevância do trabalho se mostra em razão das bases filosóficas do Direito Penal ainda terem raízes em Kant.

Após uma extensa explicação da relação entre direito, justiça, e moral em Kant, o trabalho analisa o papel fundamental da liberdade na filosofia deste pensador. A liberdade, e o modo como Kant a conceitua, é a chave para entender o pensamento de Kant a respeito da justiça, e, conseqüentemente a sua justiça penal. O retributivismo kantiano nasce a partir de uma concepção de liberdade rígida, que se estabelece como o critério definidor do justo merecimento à pena por parte do criminoso.

Antes de ser apresentado o retributivismo de Kant, o trabalho introduziu os diferentes tipos de justiça penal. Deu-se um grande enfoque para a justiça restaurativa que tem se apresentado em muitos casos como uma alternativa utilitarista ao mero retributivismo defendido por Kant. Foi apresentado um histórico da justiça restaurativa, desde o seu surgimento como tal, até a sua implementação positivada pelo Estado contemporâneo. Além disso, os sistemas restaurativos possuem valores bem peculiares à noção comum de justiça, sendo assim verificada a importância do trabalho apresentá-los. Também foram abordadas as diferentes práticas restaurativas, bem como seus respectivos objetivos, vantagens e desvantagens.

Em relação à justiça retributiva, o trabalho também se preocupou em realizar uma apresentação histórica de um pensamento jurídico milenar que viria a ser revisitado por vários filósofos, dentre eles Kant. Foi feita uma apresentação do conceito de Lei de Talião, utilizado em vários códigos legais primitivos e muito importantes para compreender a história do próprio Direito, bem como nas escrituras bíblicas que são uma parte fundamental da cultura ocidental.

Dentre os conceitos jurídicos mais importantes trazidos pela Lei de Talião certamente está o de proporcionalidade, que se torna um critério central na definição da pena para os retributivistas. Devido a esse fato, o trabalho dedicou uma parte para discutir o papel da proporcionalidade, os problemas a ela inerentes como critério

definidor da aplicação do Direito, bem como possíveis interpretações que possam solucioná-los.

Após a apresentação de conceitos trazidos pelo trabalho, passa-se a abordar o tema central inicialmente proposto: a justiça penal no pensamento de Kant. O pensamento kantiano da justiça penal é apresentado como uma melhora do primitivo pensamento que fundamentava a Lei de Talião. Kant apresenta, a partir de sua teoria moral, um sistema de pensamento a fim de dar uma justificativa filosófica mais completa para o retributivismo penal.

O retributivismo kantiano é alicerçado em três principais características que possibilitam a sua compreensão como uma forma de justiça penal. São abordadas essas características no trabalho, mostrando como elas se relacionam com os tópicos previamente abordados.

Finda a fundamentação feita por Kant para o seu retributivismo, o trabalho passa a abordar a problemática gerada pela justiça retributivista kantiana. O trabalho se propôs a realizar um diálogo entre o observado por Hannah Arendt nos julgamentos dos nazistas que foram capturados como criminosos de guerra e a teoria retributivista de Kant. São apresentados argumentos obtidos a partir da interpretação do pensamento de Kant para confrontar o problema trazido por Hannah Arendt.

Ainda em relação aos problemas do sistema pensado por Kant, são apresentadas as impossibilidades práticas trazidas por críticos do retributivismo. O excesso de formalismo kantiano é abordado como um problema central, que permeia todo o seu pensamento filosófico, impossibilitando em grande parte a sua aplicação prática. Novamente o trabalho propicia um diálogo entre as críticas feitas ao pensamento de Kant e os argumentos que podem ser obtidos a partir de uma interpretação a sua filosofia punitiva.

Por fim, o trabalho traz uma abordagem criminológica bastante contemporânea em relação ao retributivismo de maneira geral, mostrando como a criminologia se relaciona com um conceito largamente utilizado na filosofia kantiana, e no Direito, de forma geral, qual seja, a liberdade. Apresentando um histórico acerca da criminologia, que em suas raízes já tinha defensores da ideia de que o livre arbítrio não existe em certos casos, havendo situações em que a conduta humana seria definida por motivos puramente deterministas. Esse estudo a respeito da formação da vontade da qual deriva a atividade criminosa, foi bastante explorado no trabalho, que mostrou que no

início havia uma tentativa de relativizar o livre arbítrio, tentativa essa que evoluiu para uma total sujeição da vontade humana a motivos predeterminados.

Como fundamento dessa transgressão que ocorre no pensamento criminológico em relação ao livre arbítrio utilizado no retributivismo kantiano, são utilizados métodos científicos das neurociências. Esses métodos são explicados, e abordados de maneira a realizar, novamente, um diálogo entre os autores deterministas quanto à vontade humana e os autores retributivistas de base kantiana, que entendem serem o livre arbítrio e a liberdade coisas inerentes ao ser humano.

O método utilizado para a confecção do trabalho foi a análise bibliográfica, que foi exaustivamente pesquisada, devido à dificuldade em se encontrar material referente ao tema em língua portuguesa, tanto que houve necessidade de se utilizar textos em idioma estrangeiro para melhor compreensão do tema. Isso mostrou que, muito embora Kant exerça uma grande influência no pensamento jurídico, pouco se têm dito sobre ele no Brasil, fato que inclusive motivou a realização da presente pesquisa.

## 2. DIREITO E JUSTIÇA EM KANT

Mesmo com tantos avanços nos mais diversos campos do conhecimento, um problema central da convivência humana que perdura desde os tempos mais remotos, quando o homem passou a conviver em sociedade, é o da definição e fundamentação da justiça.

A justiça tem uma definição bastante complicada de se obter, tendo sido muitas vezes atribuída às divindades ao longo da História humana, por meio de deuses ou fenômenos da natureza. Pode-se especular que essa atribuição de características divinas à justiça seria fruto da confusão que uma ideia de alta complexidade como a justiça causou ao longo do tempo.

Há ainda alguns que sustentam que essa definição da justiça não seria possível de ser obtida com a devida clareza, entendendo, no entanto, que a injustiça, o oposto da justiça, poderia ser claramente experimentada por meio de sentimentos, como explica Álvaro Henrique Barbosa:

Com efeito, o homem não sabe definir a justiça, mas sente a injustiça. A injustiça é sensorial, é experimentada, é fato gerador da inquietação do espírito; provoca reação, alimenta a luta pela justiça, pois embora repouso no seio da justiça e que ela somente é alcançada após o extermínio daquilo que o inquieta, que o incomoda e o transtorna - a injustiça.<sup>1</sup>

Explicações como a supracitada podem ser indícios de que o problema da justiça pode ser melhor explorado quando são avaliadas as questões morais e éticas correlatas ao problema, principalmente as questões éticas, já que, para o autor que compõe o tema central desse estudo, o Direito seria a busca do justo<sup>2</sup> e estaria oposto à ética, especificamente, sendo a moral uma ideia mais ampla que a ética, que iria abarcar-la.<sup>3</sup>

Para Kant, o Direito e a Justiça estão intimamente relacionados, de forma que o próprio Direito deve buscar a sua fundamentação na Justiça. Assim, o problema central em sua doutrina jurídica passa a ser a busca da determinação do que deve ser

---

<sup>1</sup> TEIXEIRA, Álvaro Henrique. Correção Jurisprudencial de Leis injustas. Revista da EMERJ, v.2, n.7, 1999, p.175.

<sup>2</sup> WEBER, Thadeu. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. jan-jun2013, Vol. 5 Issue 1, p.41.

<sup>3</sup> JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Moral e Direito em Kant. In: PISSARRA e FABBRINI (org), p.102.

considerado justo para que o Direito possa ser aplicado da melhor maneira possível diante dos problemas morais inerentes à convivência humana.

O referido pensador faz uma distinção entre o papel do Direito Natural e o Direito Positivo, sendo o Direito Natural o que trata dos princípios morais que são obtidos pela razão humana, referindo-se ao imperativo categórico do direito, enquanto que o Direito Positivo seria meramente uma norma que emana do legislador. As normas positivas são para ele normas que existem no plano empírico e que devem ter como fonte o Direito Natural.<sup>4</sup>

Assim, a definição do que seria justo ou injusto, não pode ser obtida a partir do Direito Positivo, afinal, ele seria fundamentado e antecedido pelo Direito Natural. Isto posto, uma norma positiva que não é devidamente fundamentada pelos princípios emanados do Direito Natural pode muito bem ser considerada uma norma injusta no pensamento kantiano. Javier Hervada consegue explicitar isso de forma clara, demonstrando inclusive a dimensão da influência do pensamento de Kant na doutrina do Direito contemporâneo:

[...] se existe um direito injusto não é porque a justiça antecede o direito, mas sim porque existe um direito natural anterior ao direito positivo, que este não pode debilitar ou anular. Ou, se quisermos dizer a mesma coisa com outras palavras, a justiça antecede o direito positivo como consequência da existência do direito natural.<sup>5</sup>

Na busca por determinar o que é justo e o que é injusto, Kant recorre à razão como único caminho possível, abandonando a experiência empírica. Ele encontra o critério universal que orientaria as noções de certo e errado em uma máxima que tem como base o princípio da liberdade. O seu imperativo categórico é essa máxima, que é constituído como o pilar mais importante da sua doutrina do Direito, bem como da sua Ética. Esse imperativo categórico seria um procedimento que iria orientar a aplicação de qualquer conteúdo moral, podendo ser esse conteúdo tanto o Direito como a Ética, pois, como dito anteriormente, a moral é um conceito mais amplo, nos quais o Direito e a Ética estão contidos.<sup>6</sup>

Kant define o imperativo categórico como uma forma de agir onde os atores irão se orientar de forma que o pleno exercício de seu arbítrio e de sua liberdade possam

---

<sup>4</sup> WEBER, Thadeu. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. jan-jun2013, Vol. 5 Issue 1, p41

<sup>5</sup> HERVADA, Javier. O que é o direito: A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006, p.27-28.

<sup>6</sup> WEBER, Thadeu. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. jan-jun2013, Vol. 5 Issue 1, p42

coexistir entre si, não havendo que se falar em casos onde a liberdade de um indivíduo passa a interferir no exercício da liberdade de outro. Ou seja, a liberdade de um indivíduo termina onde começa a de outro. Para Kant, isso deve ainda ser uma lei universal. Assim, uma ação é justa quando segue a forma dada pelo imperativo categórico.<sup>7</sup>

O pensamento de Kant, tradicionalmente não admite ressalvas ao seu imperativo categórico, sendo ele dominado por um excessivo formalismo, e, por esse motivo foi alvo de diversas críticas ao longo o tempo. Afinal, problemas surgem quando são colocados em jogo os motivos e as razões de agir das pessoas, o conteúdo das ações que vão preencher a fórmula do imperativo categórico kantiano, bem como as consequências da aplicação do imperativo categórico. O imperativo categórico não é orientado pelos resultados, mas sim pela forma de aplicação do princípio moral do qual ele partiu.<sup>8</sup>

Para verificar se uma ação pode ser considerada moralmente correta e fiel ao imperativo categórico, Kant propõe que seja realizado um teste que analisaria as consequências da ação praticada. O teste consistiria em verificar se uma determinada ação poderia ser tomada como uma lei universal a ser seguida por todos. Se o teste comprova que a ação não pode ser praticada por todos de maneira igual, então essa seria uma ação moralmente errada do ponto de vista kantiano. Por outro lado, se uma ação tomada pode ser igualmente praticada por todos de maneira igual, de tal forma que ela se torne uma lei universal sem maiores problemas, tem-se uma ação moralmente correta.

Ao pensar a respeito do teste proposto por Kant, pode o leitor ser levado a considerar que exista uma contradição no pensamento kantiano, que, como dito anteriormente no trabalho, deveria ser fundamentando em princípios, e não na mera análise de consequências. O pensamento de Kant continua não pautando o seu critério do que seria certo e do que seria errado por meio de análises das consequências das ações. Para Kant, algo é errado quando o egoísmo toma as rédeas das motivações das ações tomadas pelos indivíduos, em detrimento da liberdade e interesses das

---

<sup>7</sup> WEBER, Thadeu. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. jan-jun2013, Vol. 5 Issue 1, p42

<sup>8</sup> SANDEL, Michael J. . Justiça, o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 152

outras pessoas. O teste de Kant seria apenas uma forma de se verificar a afirmação acima. Como diz Michael J. Sandel:

Para Kant, ao tentar universalizar a máxima da nossa ação e continuar a agir de acordo com ela, não estamos especulando sobre as possíveis consequências. Isso é um teste para verificar se nossa máxima está de acordo com o imperativo categórico. Uma falsa promessa não é moralmente errada porque, de modo geral, subverte a confiança social (embora isso possa ser verdade). Ela é errada porque, ao fazê-la, priorizamos nossas necessidades e nossos desejos em relação às necessidades e aos desejos dos outros.<sup>9</sup>

Outra dimensão igualmente importante do imperativo categórico kantiano diz respeito ao tratamento e valor dado às pessoas, que devem ser consideradas, segundo ele, como fins em si mesmas. Aqui, o fundamento de validade do imperativo categórico se torna ainda mais evidente. Isso porque, como demonstrado em parágrafos anteriores, o teste proposto inicialmente acaba por se mostrar demasiadamente dependente da situação na qual o agente se encontra, e sendo, portanto, alicerçado mais na experiência empírica do que no conhecimento prático. Por esse motivo, o teste acaba por ser incapaz de explicar sozinho o fundamento do imperativo categórico.

Aqui, Kant distingue de forma clara que não devemos fundamentar leis morais em interesses particulares, ou nas possíveis consequências das ações, o que poderia levar a uma fundamentação utilitarista da lei moral. Pelo contrário, a lei moral deve se originar em alguma coisa que possua um valor intrínseco absoluto, e apenas assim haveria a possibilidade de um imperativo categórico. A resposta apresentada por Kant é que a humanidade teria um valor absoluto, por existir como um fim em si mesma, ampliando ainda essa classificação a todo ser racional. Por esse motivo, pessoas não podem ser usadas, segundo Kant, como meros meios para a resolução de problemas, ou para satisfazer as vontades de terceiros. Isso é o que diferencia as pessoas das coisas, afinal, as coisas são de fato instrumentos dos quais o ser humano dispõe para resolver os problemas que surgem na sua vida, bem como para satisfazer os anseios de seus desejos.<sup>10</sup>

Kant observa ainda que a racionalidade do ser é o que faz dele um fim em si mesmo, o faz porque o ser racional é também um ser que tem capacidade para legislar para si mesmo e obedecer às leis por sua própria vontade, ou seja, de se submeter à razão. Compreender isso é importante para que posteriormente compreendamos o

---

<sup>9</sup> SANDEL, Michael J. . Justiça, o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 153

<sup>10</sup> SANDEL, Michael J. . Justiça, o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 154

papel que irá ocupar a vontade humana na justiça penal defendida por Kant. Sobre a racionalidade humana, diz Robinson dos Santos:

É a partir desta consideração, de um ser que obedece a leis que ele, por meio de sua própria vontade, dá para si mesmo, que Kant atribui uma dignidade ao ser racional. Isso faz dele um legislador no reino dos fins. A dignidade consiste, pois, no valor intrínseco que um ser dotado de razão e de vontade possui, ao contrário do preço, que estabelece um valor relativo de uma coisa, que pode ser trocada por algo equivalente.<sup>11</sup>

Assim, o papel da justiça em Kant é o de preservar e garantir os direitos de todos os seres humanos, independentemente de sua condição particular, levando em consideração apenas o fato de serem seres humanos racionais, e, por isso mesmo, detentores de dignidade. Dessa forma, conclui-se que o fundamento da justiça é para ele a condição de igualdade humana. O pensamento de Kant em relação à justiça é considerado por muitos como um dos precursores do que hoje conhece-se como direitos humanos. Isso porque as ideias de igualdade parecem estar bastante presentes nessa abordagem da justiça feita por Kant.

## 2.1. O PAPEL DA LIBERDADE NO IMPERATIVO CATEGÓRICO

Como foi dito anteriormente, a liberdade exerce um papel fundamental no pensamento moral de Kant, sendo o conceito que está por trás da justificação de seu imperativo categórico, bem como todo o seu sistema filosófico. A liberdade para ele consistiria em fazer o que a razão manda, se submetendo a ela por livre e espontânea vontade, e não em fazer o que mandam os sentimentos do corpo. Ao realizar uma ação tomando apenas a razão como norte fundamentador, a pessoa estaria tomando uma decisão moralmente correta e, ao mesmo tempo livre.

Tendo a liberdade como conceito chave da razão prática e a autonomia do sujeito em face da existência de leis livres, é sobre essa dualidade que se fundamenta o sistema crítico construído por Kant. A liberdade como elemento ontológico do ser humano, torna-se condição fundamental para que o esclarecimento cumpra a exigência crítica e independência no pensar do homem ao tempo do movimento iluminista.<sup>12</sup>

A comprovação da existência da liberdade reside no fato de não serem os humanos seres unicamente racionais, mas também corpóreos, podendo escolher entre tomar decisões guiadas pela razão ou pelos desejos corpóreos. E para Kant, a decisão

<sup>11</sup> SANTOS, Robinson. A concepção de justiça penal na Doutrina do Direito de Kant. *ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 104, mar. 2012.

<sup>12</sup> ARGUELLO, Kátie Silene Cárceres; REIS, Washington Pereira da Silva dos. O conceito de sujeito kantiano e sua influência sobre o fundamento material da culpabilidade e a função absoluta da pena. p.5. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b252e54edce965ac>. Acesso em 25 de janeiro de 2018

moral é a decisão tomada tendo a razão como guia supremo, mesmo que muitas vezes a decisão vá contra os interesses pessoais do ser que está agindo.<sup>13</sup> Sobre o fundamento da ideia de liberdade, Alexandre de Oliveira Ferreira explica:

[...] para que eu possa escolher pela razão e não pelo corpo, deve existir uma essência minha que não seja corpórea, quer dizer, que não seja submetida à necessidade causal dos fenômenos. Dito de outra forma: deve existir um Eu, uma alma, que tenha realidade noumênica, ou seja, exista no âmbito das coisas em si. A ideia do Eu, ou da alma, é a condição de possibilidade da ideia de liberdade. Devo supor que existe um Eu que não é sensível, e sim inteligível, para que eu possa me conceber como um ser livre e autônomo.<sup>14</sup>

Assim, Kant entende que a liberdade do ser está em poder, ele mesmo, por meio da razão, criar as suas leis morais e ao mesmo tempo se submeter a ela por livre e espontânea vontade de forma que se concebe ao mesmo tempo como “submetido à lei e como coautor dela”<sup>15</sup>. E como a razão é a medida universal preconizada por Kant, “o mandamento da razão vale para todos os seres racionais, os quais, por serem livres, podem escolher obedecer à lei que eles mesmos fizeram”<sup>16</sup>.

O imperativo categórico é a lei obtida por meio da razão, que, quando obedecida, é a confirmação desse pensamento de Kant. Seguir as leis morais do imperativo categórico seria, portanto, a liberdade em si, obtida através do conhecimento prático do método desenhado por Kant. Nas palavras de Francesco Pecorari:

Essa lei moral que, como vimos, é um fato indemonstrável, outra coisa não é senão a razão universal pura prática que se constata na obrigação de sua auto realização. E quem determina essa lei, no fundo, é a mesma vontade seguindo a razão. Quer dizer, é a vontade se auto -determinando ou a vontade sendo lei a si mesma. Portanto, a lei moral não exprime outra coisa senão a “autonomia da vontade”. E a autonomia, que determina a lei para si mesma, outra coisa não é senão a verdadeira liberdade.<sup>17</sup>

Aqui podem-se considerar explicadas as questões mais relevantes referentes ao pensamento de Kant como um todo que serão úteis para o melhor desenvolvimento do trabalho. Não há uma tentativa de esgotar a imensa obra de Kant, mas apenas de explicar questões básicas para que se possa compreender a justiça penal no seu pensamento, que é o foco do presente trabalho.

<sup>13</sup> FERREIRA, Alexandre de Oliveira. Liberdade e filosofia: da antiguidade a Kant [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaber, 2013, p.112.

<sup>14</sup> FERREIRA, Alexandre de Oliveira. Liberdade e filosofia: da antiguidade a Kant [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaber, 2013, p. 113

<sup>15</sup> FERREIRA, Alexandre de Oliveira. Liberdade e filosofia: da antiguidade a Kant [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaber, 2013, p.113.

<sup>16</sup> FERREIRA, Alexandre de Oliveira. Liberdade e filosofia: da antiguidade a Kant [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaber, 2013, p.113.

<sup>17</sup> PECORARI, Francisco. O Conceito de Liberdade em Kant. Revista Ética e Filosofia Política, n. 12, v. 1, abr. 2010. Juiz de Fora: UFJF. Disponível em: [http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/04/12\\_1\\_pecorari.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/04/12_1_pecorari.pdf). Acesso em 05 jan. 2018.



### 3. OS PRINCIPAIS TIPOS DE JUSTIÇA PENAL

Antes de entrar de fato na explicação do pensamento de Kant à respeito da justiça penal, é necessário explicar no que consistem os sistemas de justiça restaurativos e retributivos, deixando claro que Kant adota o “*Ius Talionis*” como critério de aplicação da pena<sup>18</sup>, sendo esta escolha defendida por meio de sua filosofia moral explicada até o momento no presente trabalho. Assim, passa-se à explicação dos modelos de justiça penal.

#### 3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA:

A justiça restaurativa pode ser considerada como o principal paradigma atual quando se trata de justiça penal. É fruto de um processo histórico recente, que teve origem em movimentos sociais a partir da década de 1960, e culminou na formação de uma amálgama de pensamentos que hoje são a justiça restaurativa. Hoje a principal questão que motiva o estudo de alternativas restaurativas aos modelos de justiça atuais é a insatisfação com a ineficácia dos modelos de justiça penal tradicionais.<sup>19</sup>

Os sistemas restaurativos, possuem três tendências em comum que os fazem serem agrupados como tal. São elas: na primeira tendência se encontram os movimentos que promovem uma maior preocupação com as vítimas do delito, bem como os que se fundamentam em temas feministas, esses movimentos tinham como objetivo utilizar o sistema penal para servir as suas demandas, sendo que atualmente não mais o fazem de maneira uniforme; a segunda tendência seria o comunitarismo, que compreende a comunidade, enxergada tanto como meio e como fim para a justiça restaurativa, meio porque é o terreno fértil para o desenvolvimento da justiça restaurativa, e fim porque os processos restaurativos fortalecem os laços da vida comunitária; a terceira tendência compreende o abolicionismo penal, que foi um pensamento surgido a partir das criminologias críticas que criticavam o sistema de

---

<sup>18</sup> SANTOS, Robinson. A concepção de justiça penal na Doutrina do Direito de Kant. *ethic@* - An international Journal for Moral Philosophy, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 104, mar. 2012.

<sup>19</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal, 2nd edição*. Saraiva Educação, 2012, p.55.

justiça penal a ponto de defender a sua completa abolição e posterior adoção de um modelo de resolução de conflitos que tivesse como instrumento principal o diálogo.<sup>20</sup>

A justiça penal, sob a luz do pensamento restaurativo se torna, em tese, mais democrática, buscando dar protagonismo aos envolvidos nos conflitos sociais, tanto ao ofensor quanto à vítima. Isso se faz com o objetivo de restaurar as relações sociais rompidas pelo conflito que surgiu entre os indivíduos, bem como obter o reconhecimento como maneira eficaz de se obter a ressocialização dos indivíduos ofensores.<sup>21</sup>

O ideal restaurativo se propõe ainda, a fazer com que o ofensor se responsabilize pelas suas ações, tentando fazer, ao mesmo tempo, com que o foco da atuação da justiça seja o futuro das relações sociais, em detrimento das “consequências punitivas de um evento passado.”<sup>22</sup>

Os sistemas restaurativos contam ainda com um complexo sistema de valores que os orientam, sendo esses valores divididos em grupos de acordo com o seu papel dentro da obtenção de uma justiça restaurativa. No primeiro grupo de valores estão os valores impositivos, que são assim chamados porque o não cumprimento do que é orientado por esses valores acarreta a falha total da justiça restaurativa. Dentre esses valores podem-se considerar os mais importantes: a não dominação, que consiste em evitar que os encontros que visam a restauração se tornem eventos em que uma das partes exerça dominação sobre a outra; empoderamento, que é a livre atuação que as partes teriam para determinar qual a melhor forma de resolução do conflito; respeito aos limites, que impede que a decisão resultante da prática restaurativa tenha o objetivo de causar algum tipo de degradação moral às partes; respeito pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>23</sup>

No segundo grupo de valores orientadores da prática restaurativa estão os valores que devem ser encorajados, mas não são obrigatórios. São valores que dizem respeito à reparação dos danos materiais causados pelo conflito, à diminuição dos

---

<sup>20</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*, 2nd edição. Saraiva Educação, 2012, p.59

<sup>21</sup> VITALE, CL; DA SILVA, LG. *Justiça Restaurativa: o empoderamento dos envolvidos a partir do reconhecimento*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. 2, 2, 207-221, July 2016, p.208.

<sup>22</sup> TIVERON, Raquel. *Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa*. Universitas Jus. 19, July 2009, p. 37.

<sup>23</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*, 2nd edição. Saraiva Educação, 2012, p.70

impactos emocionais que um conflito social pode gerar, a busca pela manutenção e restauração da dignidade dos envolvidos, bem como a prevenção de delitos futuros.<sup>24</sup>

O terceiro grupo de valores é composto por valores “emergentes”, porque emergem da vontade espontânea das partes. São, portanto, valores que, embora sejam desejados num procedimento de resolução restaurativa de um conflito, não podem ser exigidos das partes, sob pena de tornar a restauração um processo opressivo. Esses valores se encontram expressos em casos como quando uma das partes apresenta um pedido de desculpas revelando remorso pelo conflito, bem como quando a outra parte acata o pedido de desculpas.<sup>25</sup>

### 3.1.1. PRÁTICAS RESTAURATIVAS:

Como visto no título anterior, são muitos os valores e princípios que orientam a prática restaurativa, e assim também são as práticas restaurativas, que possuem hoje diversas formas, sendo algumas adotadas no Brasil, como reflexo do avanço que o ideal de justiça restaurativa tem obtido, ultrapassando as fronteiras acadêmicas e chegando ao mundo jurídico prático. As práticas adotadas não se limitam as que estão aqui listadas e explicadas, de forma que novas práticas não estão impedidas de serem criadas e implementadas.

A prática restaurativa considerada por muitos pensadores como a mais importante, e que deve ser a primeira a ser adotada, já que o foco da justiça penal deixa de ser a mera punição do ofensor, é o apoio à vítima. A adoção de uma postura que apoie a vítima mostraria o compromisso da sociedade em reparar as consequências do conflito. Outro aspecto importante dessa prática é o de oferecer proteção à vítima, já que, na maioria dos casos, os sujeitos ativos dos delitos não são presos ou condenados.<sup>26</sup> Esse tipo de serviço é, no entanto, deixado de lado na maioria das vezes, não sendo um dos objetivos principais dos sistemas judiciários que visam

---

<sup>24</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*, 2nd edição. Saraiva Educação, 2012, p.71

<sup>25</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*, 2nd edição. Saraiva Educação, 2012, p.72

<sup>26</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*, 2nd edição. Saraiva Educação, 2012, p.80

a justiça restaurativa, e “funciona de forma meramente auxiliar”.<sup>27</sup> Isso demonstra uma clara pretensão de protagonismo do Estado na gerência dos conflitos sociais.

A mediação é uma prática que foi amplamente adotada no Brasil, tendo um exemplo claro de sua implementação na Lei 9.099 de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os quais possuem o objetivo de resolver conflitos utilizando a mediação como principal técnica para tal fim. Na mediação, o mediador esclarece o funcionamento do processo e possibilita que as partes entrem em acordo, desenvolvendo opções que lhes sejam cômodas, e obtenham assim um consenso que irá resolver o conflito e restaurar os laços sociais que antes existiam.<sup>28</sup>

Os círculos de elaboração de sentença e cura são práticas que têm origem nas comunidades indígenas norte-americanas. Os círculos de cura buscam restaurar o *status quo* que havia antes do conflito, buscando sempre a paz.<sup>29</sup> Os círculos de elaboração de sentença, seriam constituídos por encontros em que um grande número de pessoas estaria envolvido, com o objetivo de julgar o conflito em conjunto. Seriam membros desses círculos: “juízes, promotores, policiais, assistentes sociais, ofensor, vítima e membros da comunidade”<sup>30</sup>.

A reunião familiar ou comunitária, é creditada por muitos como a “forma mais desenvolvida”<sup>31</sup> de justiça restaurativa. São encontros que:

[...]reúnem as vítimas, ofensores e seus partidários para uma sessão na presença de um facilitador, na qual são encorajados a discutir os efeitos do incidente e fazer um plano para reparar o dano consumado e minimizar a ocorrência de danos adicionais.<sup>32</sup>

As práticas restaurativas em muito têm contribuído para a ampliação e democratização do acesso à justiça no Brasil, conseguindo abarcar e resolver de forma pacífica um grande número de litígios. Ainda é, no entanto, bastante incipiente na mentalidade social, que ainda deseja que os seus conflitos sejam resolvidos por meio de um protagonismo do Estado.

<sup>27</sup>ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*, 2nd edição. Saraiva Educação, 2012, p.80

<sup>28</sup>TIVERON, Raquel. *Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa*. Universitas Jus. 19, July 2009, p. 39.

<sup>29</sup>ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*, 2nd edição. Saraiva Educação, 2012, p.81

<sup>30</sup>TIVERON, Raquel. *Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa*. Universitas Jus. 19, July 2009, p. 40.

<sup>31</sup>TIVERON, Raquel. *Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa*. Universitas Jus. 19, July 2009, p. 40

<sup>32</sup>TIVERON, Raquel. *Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa*. Universitas Jus. 19, July 2009, p. 40

## 3.2. JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Ao contrário da justiça restaurativa, o retributivismo volta o seu foco para o crime cometido, e descreve a punição como obrigatória, devendo ela ser proporcional ao dano causado pela infração criminal.<sup>33</sup> Geralmente, quando o tema é tratado pela filosofia, é tomado como postulado das teorias retributivas da justiça que os malfeitores são punidos por terem feito algo ruim, e isso deve ser feito de maneira que a punição seja proporcional ao mal que foi causado pelo conflito gerado pelo malfeitor.<sup>34</sup>

Os retributivistas, em sua maioria, não se preocupam com as consequências da punição do agente que comete o delito. Para os que defendem esse pensamento, o aspecto moral da atitude delituosa e a autonomia moral do agente são protagonistas, deixando o utilitarismo característico das teorias restaurativas da justiça completamente de lado.<sup>35</sup>

O retributivismo é uma teoria punitiva muito antiga, presente nas mais diversas civilizações ao longo da história, e, ainda hoje, influencia a direção da política criminal de alguns países. Antes de entrar no pensamento de Kant a respeito do retributivismo, faz-se útil abordar algumas características importantes que definem essa teoria punitiva milenar.

### 3.2.1. LEI DE TALIÃO

A lei de talião consiste em uma expressão oriunda do latim “*Lex Talionis* (*lex* = ‘lei’ e *talís* = ‘tal, de tal tipo’)<sup>36</sup>, e contém a ideia de que deve haver uma proporcionalidade justa entre o crime e a pena a ele cominada. Essa ideia da lei de talião é popularmente conhecida pela frase “olho por olho, e dente por dente”, sendo encontradas disposições muito similares a essa no Código de Hamurabi, um dos mais antigos códigos de leis já encontrados (1750-1730 a.C.):

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

<sup>33</sup> ARMSTRONG, J. Rethinking the restorative–retributive dichotomy: is reconciliation possible?. *Contemporary Justice Review*. 17, 3, Sept. 2014, p. 364

<sup>34</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant’s Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 76.

<sup>35</sup> TAGGART, CP. Retributivism, Agency, and the Voluntary Act Requirement. *Pace Law Review*. 36, 3, 2016, p. 657.

<sup>36</sup> MEISTER, MF. Olho por Olho: A Lei De Talião No Contexto Bíblico. *Fides Reformata*. 12, 1, Jan. 2007, p.58.

200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.

209º - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.

210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.<sup>37</sup>

Esse código, embora pareça cruel quando são comparadas as penas por ele trazidas com as penas adotadas pelo Código Penal Brasileiro, ele adota o princípio de Talião, e busca retribuir o mal causado pelo infrator na mesma proporção. O Código de Hamurabi consagra direitos e princípios aos quais a maioria das legislações possuem no mundo contemporâneo. São eles: o direito de propriedade; que talvez seja um dos que ficam mais evidentes ao se fazer uma análise do Código de Hamurabi; o direito à honra e dignidade, que ficam claros quando o Código destina uma parte de seu texto à proteção desses direitos contra os crimes de injúria e difamação, tal como o Código Penal Brasileiro faz ainda hoje; o direito de família, que, devido ao *status* que possuía a mulher na época, é bastante incompatível e atrasado em relação à situação jurídica atual; o princípio da supremacia da lei em relação aos governantes, que é demonstrado pelo caráter divino que é dado ao Código, sendo, portanto, a autoridade dos governantes a ele subordinada.<sup>38</sup>

A Lei de Talião esteve presente em diversos códigos de leis, como o Código de Shulgi, sendo o primeiro código legal do qual se tem informação, datado de 2097-2047 a.C, o Código de Lipit-Ishtar que viria após o de Shulgi, e todos estes viriam a influenciar o Código de Hamurabi. Outro texto que recebeu fortes influências da lei de talião foi a Bíblia, principalmente em seu Antigo Testamento, sendo a maioria das leis divinas ali prescritas já praticadas por povos anteriores à escrita do texto bíblico.<sup>39</sup>

Esta lei não só era anteriormente conhecida e praticada pelos descendentes dos patriarcas na linha abraâmica, mas também era conhecida e praticada em vários dos seus aspectos por diversos povos do Antigo Oriente Próximo. Isto explica-se por sua origem comum, Deus. Por este viés é que vários princípios da lei estão presentes em códigos tão antigos de outras culturas e sociedades próximas. Este contexto legal aparece amplamente nos conceitos factuais presentes em vários tratados hititas, egípcios e assírios, encontrando paralelos formais na Tora.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> O Código de Hamurabi. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2018.

<sup>38</sup> MEISTER, MF. Olho por Olho: A Lei De Talião No Contexto Bíblico. *Fides Reformata*. 12, 1, Jan. 2007, p.59.

<sup>39</sup> MEISTER, MF. Olho por Olho: A Lei De Talião No Contexto Bíblico. *Fides Reformata*. 12, 1, Jan. 2007, p.59.

<sup>40</sup> MEISTER, MF. Olho por Olho: A Lei De Talião No Contexto Bíblico. *Fides Reformata*. 12, 1, Jan. 2007, p.60

A Lei de Talião é, portanto, mais que um mero desejo de vingança ou de violência, isso porque busca estabelecer critérios para a aplicação da justiça de forma que o criminoso pague em igual medida pelo mal causado, valorando os bens jurídicos e determinando uma escala de importância entre eles. A Lei de Talião surgiu com o objetivo de por fim aos intermináveis ciclos de violência que ocorriam entre as pessoas, estabelecendo regras para que fosse feita a justiça. Assim a retribuição não é idealizada como um sistema punitivo irracional, e sim como um sistema punitivo baseado em valores morais dados a certos bens jurídicos, sendo o “olho por olho” uma visão simplista da Lei de Talião. O objetivo principal de uma teoria retributiva da pena é, portanto, compensar a vítima pelo dano sofrido, seja ele moral ou material, reestabelecendo a condição inicial de igualdade .<sup>41</sup>

### 3.2.2. A PROPORCIONALIDADE NA LEI DE TALIÃO

A proporcionalidade é um princípio que exerce um papel central na Lei de Talião, como já mencionado anteriormente, e visa racionalizar a punição mensurando valores para cada crime cometido e cada bem jurídico violado, no entanto, a Lei de Talião apresenta alguns problemas com o conceito de proporcionalidade por ela adotado, quando analisamos melhor esse aspecto a ela inerente, como será mostrado em seguida.

Existem duas formas básicas que conceituam a proporcionalidade, sendo elas a proporcionalidade ordinal e a cardinal. A proporcionalidade ordinal é que estabelece uma escala que mensura a punição dos crimes de maneira diferente do cometimento do próprio crime, ou seja, nem sempre deverá o ofensor pagar pelo crime sofrendo o exato efeito que o crime por ele cometido causou à vítima. Para essa teoria da proporcionalidade, irão haver, portanto, casos em que a punição deverá ser mais ou menos severa, a depender do caso concreto. A teoria cardinal da proporcionalidade entende que a punição pelo crime deve vir na exata medida do crime cometido, estabelecendo um critério absoluto.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 79

<sup>42</sup> WALEN, Alec. "Retributive Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive>. Acesso em: 12 de jan. de 2018.

Ambas as teorias apresentam problemas, sendo a teoria cardinal a adotada na Lei de Talião. A teoria cardinal, quando aplicada, pode apresentar dois tipos de falhas, podendo ser muito branda em alguns casos (como quando se toma dez reais de um criminoso que roubou dez reais), ou muito severa e desmedida em outros (torturar ou estuprar uma pessoa que também torturou ou estuprou). Há ainda a possibilidade de a aplicação da proporcionalidade cardinal ser impossível. Isso porque em alguns casos simplesmente não existe forma de se replicar o efeito do crime na pessoa que o cometeu. A teoria ordinal, por outro lado, apresenta problemas em seu escalonamento da gravidade dos crimes. Isso porque ao escalonar os crimes, não faria diferença a punição cominada para o crime se ele estiver adequadamente escalonado. Sendo assim, se a punição pelo roubo de dez reais é menor que a punição de um assassinato, não haveria nada de errado de acordo com a teoria ordinal, por exemplo. Dessa maneira, para definir o quão maior ou menor deveria ser a pena de cada crime, deve-se recorrer à teoria cardinal, que vai oferecer um ponto de referência, mesmo que vago, para determinar a gravidade da punição, não sendo sustentável a adoção de um único critério.<sup>43</sup>

Talvez a maior das críticas feitas ao retributivismo seja em relação à proporcionalidade, que é um critério tido muitas vezes como demasiadamente vago e impreciso. Ainda assim, a Lei de Talião cumpriu o papel de normatizar as penas aplicadas nas sociedades primitivas. Isso porque a punição para certos crimes por vezes acabava escalando para altos níveis de violência desmedida, que muitas vezes perdurava por muito tempo em “ciclos criminosos de vingança e opressão dos socialmente mais fracos, com respostas desproporcionais e injustas”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> WALLEN, Alec. "Retributive Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive>. Acesso em: 12 de jan. de 2018.

<sup>44</sup> MEISTER, MF. Olho por Olho: A Lei De Talião No Contexto Bíblico. *Fides Reformata*. 12, 1, Jan. 2007, p.61

## 4. A JUSTIÇA PENAL NO PENSAMENTO DE KANT

Kant em muito contribuiu para o pensamento retributivista, colocando a sua teoria moral como fundamento de uma versão mais elaborada da Lei de Talião. A sua principal preocupação é mostrar o motivo pelo qual criminosos merecem serem punidos, isso porque, caso não seja possível demonstrar que a punição seja merecida, o retributivismo penal não seria diferente de uma vingança movida pela paixão.<sup>45</sup> Para melhor compreender como Kant tenta justificar o retributivismo, o trabalho irá abordar as três principais características do pensamento de Kant a respeito da justiça penal, relacionando-as com sua teoria moral.

### 4.1. O RESPEITO PELA VIDA HUMANA

A primeira característica do pensamento kantiano a respeito do retributivismo penal a ser levada em consideração é o respeito atribuído por ele à vida humana, que, segundo a sua teoria moral, existe como um fim em si mesmo, como fora mostrado no início do trabalho. Outra característica dos seres humanos trazida por Kant é o de serem capazes de pensar livre e racionalmente e de optarem ou não por uma ação correta, sendo o agente responsável por suas próprias ações.<sup>46</sup>

Assim, a responsabilização de um ser humano plenamente racional de suas ações seria, para Kant, uma forma de respeitar a sua racionalidade e dignidade, afinal, como visto antes, a dignidade humana consiste no valor intrínseco que sua racionalidade e capacidade de tomar decisões moralmente corretas trazem consigo. Não punir uma pessoa que, na plenitude de sua capacidade de tomar decisões racionais, opta por tomar uma decisão considerada errada, seria um desrespeito em relação a essa pessoa. Para ele, qualquer pessoa que seja dotada de respeito próprio iria aceitar a punição, ou até mesmo querê-la, isso porque ao não punir a pessoa, considerando que não seja capaz de tomar as decisões certas, não possuindo autocontrole, considera-se que ela esteja se comportando como uma criança ou mesmo uma pessoa portadora de problemas mentais, e não um adulto saudável, que

---

<sup>45</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 75

<sup>46</sup> FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.317.

toma suas decisões de maneira séria.<sup>47</sup> Isso mostra que Kant realmente presume que a razão seria um valor tão universal que mesmo os que cometem crimes iriam desejar que fossem punidos.

Dessa forma, se o retributivismo é entendido como uma teoria punitiva que visa reconhecer o valor moral da dignidade humana, buscando reafirmar e reforçar isso sempre que for cometido um crime que possa degradar esse valor, a liberdade aqui é mostrada mais uma vez como um dos principais aspectos da teoria moral de Kant. E, ao punir criminosos, reafirmamos que ele teria a liberdade para agir de outra maneira que não seja cometendo um crime, e se reafirmamos que ele tem liberdade, reafirmamos que ele tem dignidade, demonstrando respeito pela existência humana.<sup>48</sup>

Uma das principais críticas a esse aspecto do pensamento de Kant a respeito da punição devida aos que cometem crimes, é de que a punição não é a única maneira de demonstrar respeito pelos valores de liberdade e dignidade humana. Aqui entram alternativas, como fazer a pessoa enxergar a maldade ou o quão errada foi a sua atitude, por meio do perdão, sendo que isso não significaria diminuir a dignidade dela, ou, tentar reeducar a pessoa, fazendo-a ser uma pessoa que melhor se encaixe na vida em sociedade. Para os que defendem essas alternativas, nenhuma delas diminuiria a dignidade da pessoa contanto que fosse reconhecida que as atitudes tomadas foram erradas e as decisões que o levaram a agir dessa determinada maneira foram feitas de forma livre.<sup>49</sup>

Outra crítica ao pensamento de Kant sobre a punição como forma de respeito, levando em consideração a liberdade inerente aos seres humanos, é a de que a liberdade nem sempre é um fator presente quando consideramos a realidade do indivíduo infrator. Isso porque pessoas que nascem e crescem em lugares nos quais as relações sociais são instáveis e problemáticas não teriam uma autonomia completa. Kant responde a essa crítica dizendo que, independentemente das condições ambientais nas quais esses indivíduos estão inseridos, eles seriam capazes, como seres humanos dotados de uma existência noumênica, de superar tudo isso e escolher

---

<sup>47</sup> FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.318

<sup>48</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 84

<sup>49</sup> FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.319

o caminho correto.<sup>50</sup> Outra posição que é salientada pela sua teoria moral em relação à punição de criminosos é que, só será demonstrado o respeito pela existência humana, se o único objetivo da punição for reforçar os valores iniciais de dignidade e liberdade, porque, se a punição passa a ter outros objetivos, como punir para assustar os demais criminosos, ou fazer ameaças, isso seria tratar as pessoas como meios, e não como fins em si mesmas<sup>51</sup>.

De acordo com Kant, a justificação da pena não pode, portanto, apelar para considerações ou modelos extraídos da experiência. Nem a intimidação dos criminosos, nem alguma vantagem ou proveito para a sociedade ou, até mesmo, em favor do indivíduo penalizado – como no caso da ressocialização – podem ser associadas à punição. Notadamente não há espaço para considerações utilitaristas. Mesmo que, enquanto cidadão, ele efetivamente possa perder sua personalidade civil por meio da punição, aquela inata não pode ser-lhe retirada.<sup>52</sup>

Kant eleva o retributivismo a um patamar mais complexo e de maior importância que a simples e mera vingança ou sede de sangue, fornecendo uma justificação moral para a punição dos que cometem crimes que violam o que ele chama de lei universal da liberdade, o imperativo categórico.<sup>53</sup> Com a violação da lei universal da liberdade, o mal causado pelo crime se torna também moralmente repugnante em si mesmo, pois viola o valor que, para Kant, é o mais importante dentre todos. Assim, também se estaria preservando e reafirmando a liberdade da vítima ao retribuir o mal causado a ela pelo criminoso, e, mais uma vez, o retributivismo estaria demonstrando o respeito pela existência humana.

Assim, entende-se que Kant defende o retributivismo penal como forma de respeito não só pelo criminoso, como também pela vítima, reforçando e reafirmando a liberdade e a dignidade humana de forma universal, já que tanto o criminoso como a vítima estariam sendo respeitados de forma igual.

#### **4.2. A PROPORCIONALIDADE DA PUNIÇÃO NA VISÃO DE KANT**

<sup>50</sup> FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.320

<sup>51</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 93

<sup>52</sup> SANTOS, Robinson. A concepção de justiça penal na Doutrina do Direito de Kant. *ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 108, mar. 2012.

<sup>53</sup> SANTOS, Robinson. A concepção de justiça penal na Doutrina do Direito de Kant. *ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 111, mar. 2012.

Aqui se encontra o principal alvo de críticas à teoria punitiva desenvolvida por Kant: o cálculo da proporcionalidade das penas em relação ao mal causado pelos crimes. Kant entende que a pessoa que comete um crime deve ser punida na exata medida em que violaram a lei. Aqui, Kant não apenas busca repetir a antiga Lei de Talião, mas busca justificar essa prática usando novamente a existência noumênica dos seres humanos, como no argumento anterior. Segundo ele, uma pessoa que comete um crime tem a capacidade de concluir que a punição deverá vir na mesma proporção do crime cometido, já que a justiça adota como princípio normalizador das relações sociais a igualdade. E aqui a punição não seria nada menos que uma mera restauração da igualdade moral que antes existia entre criminoso e vítima.<sup>54</sup>

Os críticos de Kant mostram existir diversas falhas em como ele determina a punição respectiva para cada crime, já que, em alguns casos, essa determinação parece ser demasiadamente arbitrária. Como exemplos, podem ser citados os crimes de furto e o de estupro. No primeiro, ele entende que o verdadeiro mal causado pelo criminoso que pratica um furto é o de colocar a segurança das propriedades de outras pessoas em risco, e por isso deve ter removido o seu direito de ter propriedades completamente removido, transformando-o em escravo. No segundo crime, de estupro, Kant não propõe que o estupro seja igualmente estuprado, pois para ele isso seria indigno. Para os casos de estupro, Kant entende que o estupro deve ser castrado, e aqui ele utiliza de uma punição que pode muito bem ser entendida como desproporcional se for levado em conta que o estupro é um dano não permanente, e a castração é. Ou ainda, devido à grande margem deixada para interpretação em relação à proporcionalidade, pode-se entender que o estupro deixa marcas psicológicas e mentais muito mais severas que a castração.<sup>55</sup>

Em alguns casos, por outro lado, as proposições por ele trazidas soam bastante intuitivas, como no caso da pena de morte para quem comete um assassinato. Se o criminoso tira a vida de alguém, não há maneira de retribuir o crime que não seja com a própria vida.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.322

<sup>55</sup> FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.324

<sup>56</sup> FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p. 323

Os defensores da posição kantiana entendem que o principal ponto da teoria de punitiva de Kant não está na proporcionalidade ou problema que se encontra em calculá-la. O que acontece para eles é que, começa-se a “enxergar as árvores ao invés da floresta”<sup>57</sup> (HELD, JM. 2010, tradução nossa). A justiça penal retributiva de Kant seria baseada em postulados de Direito Natural, e, se for aplicada em um sistema legal onde o Direito Natural não está exercendo um papel central como fonte do direito positivado, estaria fadada ao fracasso completo. Isso porque todas essas aplicações de penas teriam um critério de proporcionalidade emanado do Direito Natural.<sup>58</sup>

Outro argumento em defesa de Kant é o de que sistemas retributivistas precisariam de um determinado espaço que permitiria a interpretação feita caso a caso, porque, na realidade, uma teoria retributiva, por melhor que seja, será apenas próxima dos casos reais. E isso é verdade para qualquer tipo de sistema penal, ou seja, por mais preciso que ele busque ser, nunca terá certeza de que as suas proposições teóricas são compatíveis com o que acontece no mundo real. Ainda, o fato de a honra e a dignidade humana não terem o seu valor facilmente determinado por qualquer teoria que seja, a fim de dar uma punição ao agressor desses valores, não torna essa agressão um ato menos danoso.<sup>59</sup>

Talvez o ideal seria que fosse adotado de maneira geral um critério de proporcionalidade cardinal que fornecesse um melhor ponto de referência para cada mal causado, e que cada caso específico fosse analisado por meio de um critério ordinal que iria “preencher os espaços entre esses pontos de referência, provavelmente fornecendo uma escala de punição aceitável e completa” (WALEN, Alec. 2016, tradução nossa)<sup>60</sup>.

### 4.3. O ASPECTO RESTAURATIVO DO RETRIBUTIVISMO KANTIANO

<sup>57</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 76

<sup>58</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 76

<sup>59</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 80

<sup>60</sup> WALEN, Alec. "Retributive Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive>. Acesso em: 16 de jan. de 2018.

Como visto ao longo do trabalho, embora o pensamento retributivista mais tradicional mantenha o foco da punição do criminoso apenas nos atos cometidos no passado, Kant dedica certa atenção ao futuro que ocorre após a punição do criminoso. Em especial, ele considera que os valores de liberdade e dignidade estarão restaurados à condição inicial após a punição do indivíduo que cometeu o crime. O aspecto afirmativo do pensamento retributivista é o que olha para o futuro. Pensar no futuro desses valores é pensar também na restauração deles, significando que é necessário olhar para o passado, mas sempre com o futuro em mente.<sup>61</sup>

O retributivismo, portanto, respeita o passado, na medida em que olha para ele para ter um ponto de referência a respeito das medidas a serem tomadas para, no futuro, conseguir remediar o mal feito. A retribuição não é, portanto, apenas a distribuição de punições para os que fizeram por merecê-las, mas sim um reconhecimento de que deve haver uma restauração do *status quo* dos valores morais.<sup>62</sup>

Hoje, com o desenvolvimento das teorias restaurativas da justiça, alguns pensadores procuram fazer uma espécie de conciliação entre a restauração e a retribuição da justiça, isso porque ambas as teorias buscam, em tese, uma forma de restauração. Enquanto o retributivismo busca a restauração de valores, a justiça restaurativa busca uma restauração dos laços sociais.<sup>63</sup> O principal argumento a favor dessa conciliação residiria na possibilidade de a reparação de danos ser uma forma de punição. Isso ocorre de fato, mas desconsiderar a motivação da respectiva forma de punição ou de reparação ocasionaria em um colapso dos paradigmas da justiça, incluídos o retributivismo e a justiça restaurativa. Isso porque os paradigmas, por muitas vezes, se assemelham quanto às ações tomadas em face do crime cometido, mas o que os difere é justamente a motivação.<sup>64</sup>

Ao relacionar a teoria moral kantiana com a possibilidade de conciliar o pensamento restaurativo, pode-se observar uma incompatibilidade. As teorias restaurativas buscam uma satisfação ligada ao bem-estar dos seres humanos, algo

---

<sup>61</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 93

<sup>62</sup> HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010, p. 93

<sup>63</sup> ARMSTRONG, J. Rethinking the restorative–retributive dichotomy: is reconciliation possible?. *Contemporary Justice Review*. 17, 3, Sept. 2014, p. 371

<sup>64</sup> ARMSTRONG, J. Rethinking the restorative–retributive dichotomy: is reconciliation possible?. *Contemporary Justice Review*. 17, 3, Sept. 2014, p. 365

que, para Kant, não deve ser de forma alguma, seguindo a sua teoria moral, a intenção principal de um sistema judicial. Para ele a preocupação principal deve ser a busca das virtudes morais, e, apenas após isso, uma possível felicidade e bem-estar, devendo estes serem proporcionais ao nível de virtude moral alcançado, sendo essa a definição de Kant do que consistiria no bem maior.<sup>65</sup>

De fato, uma punição focada no bem-estar da população seria ainda, segundo Kant, imoral, na medida em que estaria usando a punição infligida ao criminoso como um meio para tornar maior a felicidade geral de uma determinada população. Como já fora abordado no presente trabalho, utilizar seres humanos como meios é imoral para o pensamento kantiano, independentemente do bem ou felicidade que isso possa trazer. Assim, punir pessoas com o objetivo almejado nas teorias restaurativas da justiça não respeitaria a dignidade delas, que têm valores em si mesmas e devem ser igualmente compreendidas como fins em si mesmas.

---

<sup>65</sup> O'CONNELL, E. Kantian Moral Retributivism: Punishment, Suffering, and the Highest Good. *Southern Journal of Philosophy*. 52, 4, Dec. 2014, p.488.

## 5. O MAL RADICAL E A IMPOSSIBILIDADE DE PUNIR

Após abordar o pensamento de Kant a respeito da punição dos que cometem crimes, é interessante analisar como podem existir crimes tão horríveis que esbarram em uma impossibilidade de serem punidos ou de serem perdoados. São crimes que se constituem em verdadeiras manifestações do “mal radical”, inicialmente pensado por Kant.

Para Kant, só é possível se falar em uma vontade moralmente boa quando todas as ações são tomadas pelo único motivo de serem as ações moralmente corretas, sem que se considere qualquer tipo de vantagem, prazer ou favorecimento ao tomar a decisão de praticar tais ações. Assim, para ele, qualquer pessoa que não obedeça a lei moral dessa maneira está imbuída de uma vontade ruim, que constitui algum mau. Para ele, o mau é caracterizado de três formas que corrompem a vontade boa. São essas formas a fragilidade, a impureza, e a perversidade.<sup>66</sup>

Quando se trata da primeira forma de manifestação do mau, a fragilidade, o que ocorre é que a pessoa inicialmente se propõe a fazer a coisa moralmente correta simplesmente por ser a coisa correta a ser feita, se propondo assim a agir da maneira que Kant entende ser a maneira virtuosa e desejável. No entanto, a pessoa cede aos desejos, mostrando ter uma força de vontade demasiadamente fraca para continuar na sua tarefa, e acaba por praticar uma ação moralmente errada. A segunda forma de manifestação do mau é a impureza, e constitui-se quando a pessoa não faz o moralmente correto apenas por dever, estando esse motivo presente em conjunto com algum tipo de incentivo pessoal. Assim, a pessoa acaba por praticar o moralmente correto, tendo, porém, o elemento da vontade desvirtuado. A última forma na qual o mau se apresenta é a perversidade, na qual a pessoa coloca a busca pelo prazer e por vantagens acima da lei moral, invertendo a ordem que seria moralmente correta, segundo Kant. A pessoa perversa poderia fazer tudo corretamente aos olhos da sociedade, mas o faria obedecendo apenas o seu interesse próprio, e por isso seria uma pessoa ruim aos olhos da teoria moral de Kant.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> CALDER, Todd. *The Concept of Evil*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/concept-evil>. Acesso em : 23 de janeiro de 2018.

<sup>67</sup> CALDER, Todd. *The Concept of Evil*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/concept-evil>. Acesso em : 23 de janeiro de 2018.

O mau radical é, para Kant, uma parte da natureza humana, sendo que todos os seres humanos têm uma propensão natural a subverter a lei moral pelo interesse próprio. Kant entende ainda que os seres humanos não devem ser punidos pelo mal radical que possuem dentro de si, já que ela seria impossível de ser eliminada. Kant rejeita ainda a ideia de que o ser humano pode cometer o mal unicamente por querer cometer o mal, entendendo que apenas um demônio poderia fazê-lo, e, sempre que o ser humano comete o mal, ele está colocando o interesse próprio acima da lei moral.<sup>68</sup>

Se o crime cometido tiver as suas raízes no que Kant entende por natureza humana, ou seja, na propensão de buscar os desejos próprios, o pensamento kantiano diz que ele não deveria ser punido, e o entendimento de Kant fica nebuloso quando confrontado com a sua teoria punitiva, mas ainda assim, traz uma percepção interessante: a de que o mal radical, ao contrário do imperativo categórico, que valoriza a dignidade humana, e diz que a humanidade deve ser vista como fim e não como meio, “oblitera a humanidade tratando-lhe como meio e jamais como fim”<sup>69</sup> tornando a humanidade algo supérfluo, sem valor.

Hannah Arendt, tomando o termo cunhado por Kant, “mal radical”, analisa melhor as raízes do mal, fornecendo uma compreensão do porque esse tipo de mal seria impossível de ser punido, mesmo que seja errado, ou que não esteja fundado nas propensões da natureza humana. Arendt entende que o mal radical não pode ser explicado por meio de motivos humanamente compreensivos, como pretendia Kant ao dizer que essa espécie de mal estaria ligada à própria natureza humana que valorizaria o amor e os prazeres próprios acima de outras coisas. Para ela, o mal radical não seria “um meio para um fim, mas um fim em si mesmo”.<sup>70</sup>

Por esse tipo de mal cometido estar diretamente relacionado à degradação do valor humano, bem como ao contexto histórico no qual Hannah Arendt escreve sobre o mal radical, pode-se inferir que se fala de crimes contra a humanidade. Seriam esses os crimes que tiram a humanidade das pessoas, ou seja, tiram a sua dignidade.

Estes crimes correspondem ao mais alto grau de transgressão em um mundo de iguais. Além disso, os crimes contra a humanidade representam o

<sup>68</sup> CALDER, Todd. *The Concept of Evil*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/concept-evil>. Acesso em : 23 de janeiro de 2018.

<sup>69</sup> FARIAS VAZ, Édén. O LIMITE DO PERDÃO: CRIMES QUE NÃO SE PODEM PUNIR OU PERDOAR. : The Limit of Forgiveness: crimes that can not punish or forgive. *Intuitio*. 9, 2, Dez. 2016, 118-132, p. 122.

<sup>70</sup> FARIAS VAZ, Édén. O LIMITE DO PERDÃO: CRIMES QUE NÃO SE PODEM PUNIR OU PERDOAR. : The Limit of Forgiveness: crimes that can not punish or forgive. *Intuitio*. 9, 2, Dez. 2016, 118-132, p. 123.

esfacelamento da comunidade política e jurídica: e se por um lado a essência dos direitos humanos é como afirma Arendt o direito a ter direitos, o traço fundamental destes crimes é despir o indivíduo de qualquer possibilidade de possuir ou se valer de direitos. Ademais, o crime contra a humanidade será a destruição daquilo que há de humano no homem.<sup>71</sup>

Assim, a compreensão de Hannah Arendt de que os crimes contra a humanidade representam um mal radical que está acima de qualquer percepção que os seres humanos possam ter a respeito da moralidade de tais atos, passa a ser um problema para teorias punitivas retributivas, como a de Kant. Isso porque a retribuição é vista como uma resposta moral ao crime, como já fora abordado previamente nesse trabalho. Em última análise, se não é possível entender os crimes contra a humanidade por meio de parâmetros morais, não haveria nenhuma forma de retribuição a esses crimes que constituiriam uma verdadeira resposta moral, e “como diz Arendt, não haveria razão moral para esses julgamentos”<sup>72</sup> (FICHELBERG, A. 2005, tradução nossa).

Como visto no início do trabalho, o pensamento kantiano foi um dos que mais influenciou na formação da compreensão atual dos direitos humanos, que carregam os princípios por ele articulados.<sup>73</sup> Tendo isso em mente, o pensamento de Kant mostra-se um alvo da crítica feita por Hannah Arendt, já que a punição por crimes contra os direitos humanos perderia a sua legitimidade, fundada nos preceitos morais kantianos.

Em defesa da adoção de uma lógica retributivista quando se trata de crimes contra direitos humanos, os defensores dessa posição alegam não haver outra teoria punitiva que justifique os julgamentos realizados com o objetivo de punir esses crimes.<sup>74</sup> Isso porque nenhuma das fundamentações de raízes utilitaristas dariam uma resposta satisfatória a esse problema, restando apenas as retributivistas.

Os argumentos utilitaristas se resumiram a três: satisfazer a necessidade de justiça da população, evitar que sejam cometidos novos crimes da mesma natureza, e mudar a pessoa que cometeu os crimes. Aaron Fichtelberg (2005) oferece uma refutação plausível desses argumentos. Primeiramente, segundo ele, a sensação de

<sup>71</sup> FARIAS VAZ, Édén. O LIMITE DO PERDÃO: CRIMES QUE NÃO SE PODEM PUNIR OU PERDOAR. : The Limit of Forgiveness: crimes that can not punish or forgive. *Intuitio*. 9, 2, Dez. 2016, 118-132, p. 123.

<sup>72</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 31.

<sup>73</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 32

<sup>74</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 33

justiça feita geralmente não é obtida nesse tipo de julgamento, isso porque o Tribunal Penal Internacional se encontra em uma situação política frágil quando se propõe a operar um julgamento. Isso ocorre porque há uma profunda desconfiança da população do país no qual foram cometidos os crimes em relação à motivação política dos julgadores.<sup>75</sup>

Em segundo lugar, a prevenção de tais crimes seria impossível, porque as pessoas que cometem esse tipo de crime (geralmente ditadores), operam dentro de uma estrutura de poder onde a vida humana não é valorizada, e eles chegam ao poder se utilizando de métodos cruéis. Com isso, esses ditadores sabem que a sua vida passa a depender de sua manutenção no poder, já que fora dele a morte é uma possibilidade real. “Além disso, esses julgamentos são muito infrequentes e irregulares para entrar na mente dos possíveis malfeitores”<sup>76</sup> (FICHELBERG, A. 2005, tradução nossa).

Em relação à possibilidade de mudar a pessoa que comete esse tipo de crime e poder trazê-la de volta a uma vida comum na sociedade parece bastante remota. É claro que não haveria maneira possível de se provar que a pessoa de fato não mudaria, mas geralmente os que cometem esse tipo de crime estão dispostos a morrer defendendo o que pensam, já que acham válido causar uma grande ferida na humanidade para defender suas ideias.<sup>77</sup>

Kant reconhece haver crimes para os quais a punição se torna impossível de ser aplicada segundo a sua versão da Lei de Talião, já que seria impossível reproduzir o sofrimento que o criminoso causou, ou mesmo restaurar o *status quo* anterior. Ainda assim, ele entende que tais crimes não devem ser deixados impunes, sendo a “base para legitimar a punição encontrada na forma única de violação”<sup>78</sup> (FICHELBERG, A. 2005, tradução nossa). Kant apresenta o crime de bestialismo como um crime contra a humanidade, e, para tal, propõe a punição desse crime por meio de um exílio, já que o criminoso teria se tornado indigno de conviver em uma sociedade humana, e, para ele, a sociedade humana é uma extensão da razão humana, sendo assim a própria

---

<sup>75</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 34

<sup>76</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 34

<sup>77</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 34

<sup>78</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 40

humanidade. Isso porque para a sua filosofia o aspecto humano digno de respeito e valor é justamente a razão, e um ser desprovido desta, estaria também desprovido de sua própria humanidade.<sup>79</sup> Assim, a punição para esses criminosos que privam os homens de sua humanidade seria um isolamento total de qualquer tipo de contato humano bem como privação de qualquer tipo de vantagem proveniente de uma vida comunitária.

Com essa adaptação da teoria punitiva de Kant, Fichtelberg (2005) oferece um forte argumento para rebater a crítica de Hannah Arendt de que nenhuma teoria punitiva poderia apresentar solução plausível para a punição de crimes tão bárbaros como são os crimes contra a humanidade, legitimando a existência de uma justiça penal internacional.

---

<sup>79</sup> FICHELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005, p. 42

## 6. AS LIMITAÇÕES PRÁTICAS DE UM SISTEMA PUNITIVO PURAMENTE RETRIBUTIVISTA

O retributivismo kantiano, embora tenha uma forte e bem construída base filosófica a partir da filosofia moral kantiana, encontra impossibilidades práticas para sua implementação no mundo contemporâneo. Em parte, isso se deve ao excessivo formalismo que a filosofia moral kantiana apresenta, impossibilitando que se busquem alternativas ou mesmo que se flexibilize a aplicação de uma justiça retributivista.

O primeiro problema dessa teoria punitiva é o custo de se mantê-la. Um sistema punitivo que não oferece alternativa ao criminoso que não seja a punição (que virá na forma de encarceramento na maioria das vezes), acaba por gerar uma grande despesa para o Estado. Para Kant, não se deve buscar uma alternativa para a sua teoria punitiva por uma mera dificuldade econômica<sup>80</sup>, e isso se mostra impossível no mundo real, onde crises econômicas ocorrem e levam governos a mudarem as suas políticas criminais em prol de um melhor ajuste econômico, que traga mais benefícios para as populações. Muitas são as formas de reduzir gastos com sistemas prisionais: concessão de liberdade condicional ao criminoso, tratamentos que visam melhorar o comportamento do preso perante a sociedade, descriminalização de condutas<sup>81</sup>, ou mesmo a aplicação de uma justiça restaurativa no direito penal.

O encarceramento em massa é outro problema que se apresenta diante de um modelo retributivista da justiça penal. Nesse caso, o excesso de formalismo do pensamento de Kant impossibilita que o encarceramento seja até mesmo visto como problema, já que para ele não devem ser punidos os malfeitores visando as consequências.<sup>82</sup>

Por esses motivos, surge uma possibilidade, embora pouco defendida na literatura acadêmica<sup>83</sup>, de se conciliar o retributivismo de base moral com o retributivismo consequencialista, já que haveria uma necessidade de se adotar um modelo que avaliasse as consequências das políticas criminais para que a justiça

---

<sup>80</sup>FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.349

<sup>81</sup>FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.349

<sup>82</sup>FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014, p.351

<sup>83</sup>CAHILL, MT. RETRIBUTIVE JUSTICE IN THE REAL WORLD. *Washington University Law Review*. 85, 815, Jan. 1, 2007, p. 863

retributivista pudesse sobreviver. Isso porque o retributivismo consequencialista seria o único que levaria em consideração as diversas variáveis existentes no mundo prático.<sup>84</sup>

Ainda assim, o retributivismo consequencialista contraria duas premissas básicas do retributivismo moral, se tornando uma alternativa inviável do ponto de vista teórico de quem defende o último. As duas premissas são o valor intrinsecamente bom do retributivismo, que deve ignorar as consequências provenientes da punição, já que ela seria boa por si mesma quando aplicada de maneira justa; e o justo merecimento da pena segundo o qual a única justificativa que pode existir para se punir alguém seria o retributivismo, excluindo qualquer tipo de análise consequencialista.<sup>85</sup> Essa natureza problemática do retributivismo moral<sup>86</sup> inviabiliza a sua aplicação da maneira que foi idealizada por Kant.

---

<sup>84</sup> CAHILL, MT. RETRIBUTIVE JUSTICE IN THE REAL WORLD. *Washington University Law Review*. 85, 815, Jan. 1, 2007, p. 864

<sup>85</sup> CAHILL, MT. RETRIBUTIVE JUSTICE IN THE REAL WORLD. *Washington University Law Review*. 85, 815, Jan. 1, 2007, p. 864

<sup>86</sup> CAHILL, MT. RETRIBUTIVE JUSTICE IN THE REAL WORLD. *Washington University Law Review*. 85, 815, Jan. 1, 2007, p. 864

## 7. BIO-CRIMINOLOGIA E DETERMINISMO BIOLÓGICO

A criminologia sempre teve uma relação íntima com as ciências biológicas, tendo surgido como ciência a partir da Escola Positiva da criminologia, que buscava entender o crime a partir das características biológicas do “homem delinquente”.<sup>87</sup> Cesare Lombroso, médico, é considerado o fundador da criminologia, e dedicou seu estudo a explicar o comportamento criminoso individualmente, tentando identificar as características biológicas que levavam o homem a ser delinquente.

Para Lombroso, o homem delinquente era evolutivamente inferior, sendo chamados por ele de primitivos, e predestinados a serem criminosos. Com isso, Lombroso acabava incorporando o pensamento geral de sua época, dando sustentação científica para um pensamento racista e eugenista que exerceu grande influência no século XIX<sup>88</sup>. Já nesse início da criminologia, a teoria lombrosiana infligiu um grande golpe no livre-arbítrio, que passou a ser visto como algo sem respaldo científico, como explica Anitua (2008):

Parte do sucesso de sua teoria deveu-se ao fato de ela ter gerado uma forte polêmica tanto com juristas quanto com religiosos, pois nela o positivismo era colocado como o representante do ‘novo’ diante das velhas teorias morais ou metafísicas, para as quais o livre-arbítrio era um artigo de fé, do qual os positivistas podiam – e deviam – prescindir<sup>89</sup>.

Imbuído de um cientificismo médico proveniente da psiquiatria, a criminologia passaria a ver o comportamento criminoso como uma doença.

E esses delinquentes não seriam homens “normais”, eles seriam alguma coisa próxima de doentes. Doentes que para o positivismo criminológico mais “humanista” teriam de ser curados, e para o mais reacionário, eliminados.<sup>90</sup>

A psiquiatria foi a área da medicina que mais exerceu influência sobre o pensamento criminológico positivista, de forma que chegou até mesmo às prisões, que agora teriam um caráter de tratamento e não mais de punição. “É por isso que os criminólogos penitenciarietas teriam especialmente uma formação médica e psiquiátrica.”<sup>91</sup> Nesse contexto, o psiquiatra estudaria individualmente cada criminoso

<sup>87</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 297.

<sup>88</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 304

<sup>89</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 305

<sup>90</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 379

<sup>91</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 389

que chegava à prisão a fim de diagnosticar o tipo de doença mental da qual o delinquente era portador, e assim estipular um tratamento que teria como objetivo reinseri-lo na sociedade.<sup>92</sup>

Com a evolução da medicina, o Positivismo, que teria sido “deslegitimado desde o final da Primeira Guerra Mundial”<sup>93</sup>, retorna, influenciando um novo movimento criminológico, que estudaria o ser humano à um nível genético, nunca antes visto.

A partir de um movimento criminológico surgido ao final dos anos 80 que mudou o modo como as ciências naturais classicamente lidavam com o comportamento humano, em especial com a prática criminosa, e ficou conhecido como bio-criminologia, surgiu também uma tensão entre as neurociências (agora amplamente utilizadas no estudo do comportamento criminoso) e o livre-arbítrio<sup>94</sup>. Esse pensamento bio-criminológico não busca mais atavismos ou estigmas que caracterizariam o criminoso, mas sim dados científicos por meio da:

[...] sofisticação das análises biomédicas (genética criminal entre outras) da unidade corpórea infinitesimal a ser mapeada por novas tecnologias – tomografias computadorizadas e ressonâncias magnéticas -, que possibilitam acessar partes invisíveis do corpo humano e o diagnóstico de disfunções potencialmente associadas ao comportamento criminoso.<sup>95</sup>

Nessa fase do pensamento criminológico, a interação social também é considerada como um possível fator que contribua para a prática do crime. No entanto, ela se limitaria a uma espécie de gatilho que iria ativar a predisposição genética da pessoa à prática de crimes.<sup>96</sup> O fator biológico se torna, indubitavelmente, mais importante para o despertar da atividade criminosa que os fatores sociais.<sup>97</sup>

## 7.1. A TENSÃO ENTRE AS NEUROCIÊNCIAS E O LIVRE-ARBÍTRIO

<sup>92</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. Histórias dos Pensamentos Criminológicos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 390

<sup>93</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. Histórias dos Pensamentos Criminológicos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 390

<sup>94</sup> MACHADO, Bruno Amaral. Discursos Criminológicos Sobre o Crime e o Direito Penal: Comunicação e Diferenciação Funcional. 2011. Disponível em: [https://www.uniceub.br/media/180340/Artigo\\_DiscursosCriminologicos.pdf](https://www.uniceub.br/media/180340/Artigo_DiscursosCriminologicos.pdf), p.6

<sup>95</sup> MACHADO, Bruno Amaral. Discursos Criminológicos Sobre o Crime e o Direito Penal: Comunicação e Diferenciação Funcional. 2011. Disponível em: [https://www.uniceub.br/media/180340/Artigo\\_DiscursosCriminologicos.pdf](https://www.uniceub.br/media/180340/Artigo_DiscursosCriminologicos.pdf), p.6

<sup>96</sup> WALBY, Kevin; CARRIER, Nicolas. The rise of biocriminology: Capturing observable bodily economies of “criminal man”. Criminology and Criminal Justice, 2010, Vol. 10, p. 263

<sup>97</sup> WALBY, Kevin; CARRIER, Nicolas. The rise of biocriminology: Capturing observable bodily economies of “criminal man”. Criminology and Criminal Justice, 2010, Vol. 10, p. 272

Com o constante avanço do conhecimento das neurociências a respeito do cérebro humano, que passaram a estudar o comportamento humano a um nível médico muito superior ao nível anteriormente visto na Escola Positiva, houve uma certa mitigação do livre-arbítrio humano, e juntamente com ele da própria liberdade. De pronto, pode-se dizer que isso entraria em confronto direto com toda a teoria moral kantiana, que tem como ponto chave a liberdade humana, e, se a liberdade de fato não existe, nem a sua teoria moral e nem a sua teoria punitiva fariam sentido, bem como qualquer forma de retributivismo não consequencialista.

O presente trabalho se limitará, dentre várias teorias que ameaçam o conceito de livre vontade, a analisar e discutir um artigo relativamente recente que exerceu certa influência no meio acadêmico, como foi verificado durante a pesquisa bibliográfica. O artigo em questão foi publicado em 2004 por Joshua Greene e Jonathan Cohen, ambos neurocientistas na Universidade de Princeton.<sup>98</sup>

No referido artigo, os autores argumentam que a neurociência cognitiva é o campo do conhecimento humano para o qual o Direito tem se voltado ultimamente na busca pelas respostas referentes ao estado mental das pessoas que cometem crimes, seja querendo saber o porque de terem cometido crimes ou se são penalmente imputáveis, dado o funcionamento de seus cérebros.<sup>99</sup>

Greene e Cohen defendem uma posição determinista da ação humana, sendo esse o entendimento que vê o mundo em uma situação onde todos os acontecimentos já foram determinados pelo que ocorreu anteriormente, e todos os futuros acontecimentos podem ser determinados.<sup>100</sup> O livre-arbítrio consistiria na capacidade de agir de outra maneira que não seja a previamente determinada, ou seja, o agente apenas é livre se não houverem forças fora de seu controle que sejam suficientes por si mesmas no seu processo de tomada de decisão. O problema é que os deterministas, como os autores, argumentam que isso ocorrerá inevitavelmente.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, 1775-1785.

<sup>99</sup> GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, p.1775.

<sup>100</sup> PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>, p.9

<sup>101</sup> GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, p.1777

Os autores chamam de compatibilismo a filosofia que entende que o determinismo, se existente, é compatível com o livre-arbítrio, e de incompatibilismo a que entende não ser possível a existência de ambos, de maneira que, ou o livre-arbítrio, ou o determinismo é verdade. O atual pensamento jurídico-criminal é, para eles, adepto do compatibilismo, mas as raízes doutrinárias desse pensamento são incompatibilistas, e negam o determinismo por eles defendido.<sup>102</sup>

Ora, analisando a influência que o retributivismo de base kantiana exerce até hoje quando se trata de justificativa para a punição de indivíduos criminosos<sup>103</sup>, e os argumentos médicos muitas vezes utilizados para justificar punir esses indivíduos de forma mais branda, ou até mesmo não punir (nos casos de insanidade comprovada), existe pertinência no que é dito por eles. Assim, observa-se um verdadeiro contraste entre o cientificismo utilizado amplamente nos tribunais e a justificativa para a coerção estatal.

A neurociência iria revelar o mecanicismo intrínseco à natureza humana, e, por conseguinte, o Direito teria que abandonar o retributivismo. Isso aconteceria porque a neurociência, dotada de métodos científicos iria subjugar os argumentos filosóficos. Para ilustrar essa ideia, Greene e Cohen propõe que se considere uma situação onde, por meio de engenharia genética, fosse criada uma pessoa que estaria programada para se tornar um criminoso, e toda a interação dessa pessoa com o meio onde ela vive seria extremamente controlada, de forma que cada acontecimento na vida da pessoa a levaria, inevitavelmente, a cometer o determinado crime. De acordo com o pensamento jurídico atual, essa pessoa seria condenada pelo crime por ela cometido, mas, dizem os autores, que isso não seria justo, dadas as circunstâncias,<sup>104</sup> isso porque o agente estaria sendo guiado por forças além de seu controle.

Assim, a neurociência iria comprovar que todos que cometem crimes não seriam nada diferentes da pessoa apresentada nessa hipótese, e se não é justo condená-la por isso, não seria justo condenar ninguém pelo cometimento de um crime.<sup>105</sup> Assim,

---

<sup>102</sup>PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>, p.10

<sup>103</sup>GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, p.1776

<sup>104</sup>GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, p.1780

<sup>105</sup>PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of

eles entendem que, quando isso restar comprovado, a lei irá tratar todos os criminosos de forma mais piedosa, já que as ações por eles cometidas não estariam sob controle deles mesmos.<sup>106</sup>

Segundo Michael Pardo e Dennis Patterson (2011), apenas importa para uma avaliação moral, a conduta de um sujeito que, tendo a habilidade e a oportunidade de agir de determinada maneira, não o faz. E isso, segundo eles, não é incompatível com o determinismo, porque, o estado mental da pessoa não estaria forçando ela, como uma força externa e incontrolável, a exercer a habilidade independente da oportunidade, ou evitando que a pessoa exerça a habilidade mesmo quando a oportunidade se apresenta como favorável.<sup>107</sup>

Para ilustrar esse pensamento, Pardo e Patterson utilizam o exemplo do homem de Greene e Cohen<sup>108</sup>, criado por meio de engenharia genética. Se esse homem, dentro de um contexto determinista, rouba um banco, pode-se presumir que ele tinha a habilidade de não roubar o banco. Aqui, já estaria demonstrado que sua capacidade e estado mental seria diferente de uma pessoa que não é consciente de suas ações, como por exemplo uma pessoa mentalmente insana ou alguém que esteja em estado de sonambulismo. E se esse homem projetado por cientistas soubesse que a polícia estaria aguardando o assalto a ser cometido por ele, ele provavelmente iria responder a essa falta de oportunidade não exercendo a sua habilidade de roubar o banco.<sup>109</sup>

Nos casos em que a pessoa comprovadamente não tinha nenhum controle de seus movimentos ao cometer determinado ato, o Direito, usualmente, evita a punição. Nesse tipo de caso, o agente não seria objeto de uma valoração moral, de forma que, muitas vezes, a sua conduta nem mesmo é considerada como tal. Assim, mesmo em um mundo determinista, o homem criado por meio de engenharia genética “merece reconhecimento pelos seus atos moralmente bons, e culpa pelos atos moralmente

---

Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>, p.13

<sup>106</sup> GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, p.1784

<sup>107</sup> PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>, p.19

<sup>108</sup> GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, p.1780

<sup>109</sup> PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>, p.19

ruins, quando ele teve a habilidade e oportunidade de fazer diferente”<sup>110</sup> (PARDO M., PATTERSON D. 2011, tradução nossa).

Outro importante problema levantado por Pardo e Patterson no argumento de Greene e Cohen, seria o de que, se as cortes judiciais, e as pessoas de maneira geral, acreditassem em um determinismo hermético, não haveria punições mais brandas para os criminosos<sup>111</sup>, e sim o contrário. Pardo e Patterson analisaram as sentenças criminais nos Estados Unidos da América nos últimos trinta anos, verificando a presença de justificativas utilitárias para a punição de criminosos, que buscavam a incapacitação deles. Eles citam como exemplo a política de “Three Strikes Laws”, que como explica Bruno Fontenele Cabral:

[...] partem da ideia de que o criminoso que obteve mais de 02 (duas) condenações criminais é irrecuperável e deve ser afastado definitivamente do convívio social ou neutralizado por um longo período de encarceramento (prisão perpétua com possibilidade de livramento condicional após o cumprimento de uma pena mínima de 25 anos de reclusão).<sup>112</sup>

A falta de critérios retributivistas podem, portanto, levar a uma onda de punições mais severas e injustas, na busca por atender à maximização da felicidade geral, típica de uma justiça utilitarista, como argumentam Pardo e Patterson, e a busca por uma justiça mais humana não teria o seu fim em um contexto onde se nega a “humanidade compartilhada”<sup>113</sup>, ou seja, o livre-arbítrio.

---

<sup>110</sup> PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>, p.22

<sup>111</sup> GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, p.1784

<sup>112</sup> CABRAL, Bruno Fontenele. "Three strikes laws". Reflexões sobre a punição dos reincidentes no direito norte-americano. Dez de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18153/three-strikes-laws>.

<sup>113</sup> PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>, p.27

## 8. CONCLUSÃO:

Com a conclusão do trabalho, pode-se fazer muitas observações importantes a respeito do tema abordado, dada a complexidade e relevância do tema. O trabalho não buscou esgotar a filosofia moral kantiana, mas sim demonstrar a sua importância específica para o direito penal no que se refere às justificativas filosóficas punitivas trazidas por Kant. Durante o trabalho, muitas foram as nuances exploradas do pensamento kantiano, principalmente no que se refere ao seu diálogo com ideias opostas, fornecendo argumentos igualmente convincentes a respeito de como, quando, e porque punir. O pensamento de Kant em relação à punição de criminosos não parece diferir muito do que é encontrado no senso comum, fornecendo-lhe, entretanto, maior robustez argumentativa.

O trabalho apresentou de maneira satisfatória os pontos mais importantes da teoria moral kantiana, mostrando as suas peculiaridades e argumentos principais. A teoria moral kantiana consiste em um verdadeiro sistema, muito bem desenvolvido e amarrado, que fornece argumentos para os mais diversos questionamentos a ele dirigidos. Isso não quer dizer que o pensamento de Kant não possui falhas, muito pelo contrário. Kant, como observa-se, adota um conceito rígido para cada elemento de seu sistema moral, de forma a travar qualquer mudança que poderia ser realizada a fim de melhorá-lo. Esse excesso de formalismo de Kant sempre foi muito criticado, porque impossibilita a aplicabilidade prática de seu sistema moral.

A obra de Kant dialoga bem com problemas contemporâneos como os trazidos neste trabalho, demonstrando que, ressalvadas as críticas, a sua obra permanece atual, afinal, os novos paradigmas da justiça visam justamente a subversão de teorias da justiça que possuem raízes kantianas. Exemplo claro disso foram as críticas trazidas na obra, que expõem a problemática atual da justiça penal, apresentando alternativas de como lidar com ela. As práticas restaurativas são provavelmente a melhor alternativa ao retributivismo penal kantiano, que, como visto, ignora as peculiaridades de cada caso trazido à luz da justiça, bem como as características individuais das partes envolvidas em conflitos sociais.

As práticas restaurativas trazem uma maior preocupação com a vítima dos delitos, buscando um protagonismo maior das pessoas em relação ao Estado, fortalecendo laços sociais e estimulando uma relação de harmonia. Num modelo puramente kantiano isso seria um problema, já que o pensamento de Kant não

comporta argumentos utilitários para defender uma forma de aplicação da justiça. O paradigma atual da justiça é justamente esse, ou seja, busca-se um argumento que subverta a rigidez atual dos sistemas jurídicos, que possuem, em sua grande maioria, raízes no retributivismo kantiano.

Para subverter, ou mesmo flexibilizar, essa rigidez, há que se colocar a moral e a justiça em um patamar que não seja mais o patamar puro da razão trazido por Kant, assumindo, portanto, características humanas e falíveis inseridas nesse conceito central. A razão deve ser compreendida como algo do qual podem emanar decisões incorretas, não havendo que se falar em um bem absoluto, ou mal absoluto, afinal, é justamente isso que enrijece o Direito atualmente.

O atual paradigma consiste, portanto, em uma justiça menos formalista, que buscaria a transformação da sociedade em uma sociedade mais harmônica, não apenas reforçando os conceitos de justiça (que seria o que Kant busca com a sua teoria punitiva), mas também os relativizando conforme o caso. Essa relativização, entretanto, deve ser feita com parcimônia, e para balizar essa relativização, a teoria moral kantiana poderia oferecer uma direção, mas não como uma teoria absoluta, permitindo a incorporação de novas abordagens e melhorias conforme surgem os problemas a serem resolvidos pela justiça. A punição pode, portanto, deixar de ser a única opção para reestabelecer a ordem social, e fazer o justo, não deixando de existir, mas sim sofrendo mutações que visam melhorias para as relações sociais.

Em relação ao imperativo categórico kantiano, já existem pensadores que defendem ser possível a sua flexibilização sem que ele deixe de ser um imperativo categórico, realizando uma valoração dos bens jurídicos e morais de acordo com cada problema. Essa adaptação acaba por formular uma regra para cada caso, e não mais uma regra geral como a idealizada por Kant. É o caso de Heidi M. Hurd (2003), que apresenta uma flexibilização do imperativo categórico kantiano, mas ainda sim critica duramente os que propõem a relativização, considerando um argumento incompatível como ele mesmo, muito provavelmente devido a sua ótica absoluta, que ainda permeia a filosofia moral e jurídica:

Em primeiro lugar, o princípio de tolerância por eles (os relativistas) não é relativizado a um conjunto único de padrões ou crenças. À medida que o princípio é formulado, ele impõe obrigações absolutas a qualquer grupo que enfrenta pretensões morais conflitantes com as suas. No entanto, desenvolver

tal princípio é claramente incompatível com a defesa do relativismo moral que o motiva.<sup>114</sup>

Embora mesmo com essas flexibilizações ainda fosse possível a existência de incongruências, como situações em que não valeria a pena aplicar regra alguma, já se pode considerar isso como um grande avanço.

O trabalho conclui, portanto, que a teoria moral kantiana é ainda muito importante para o Direito, no sentido de que justifica várias das suas práticas no âmbito das punições infligidas contra criminosos, mas essa justificativa não se mostra mais suficiente perante os atuais problemas sociais. Uma visão sistêmica fechada a influências externas, como a visão de Kant, pode ser destrutiva para a justiça, impossibilitando a sua realização no caso concreto. Isso se mostra, por exemplo, quando uma decisão tomada com base no imperativo categórico kantiano é rejeitada mesmo que seguindo todos os preceitos a ele inerentes.

Em razão disso, a proposta a ser apresentada como conclusão do trabalho seria a de se estudar mais a fundo as alternativas existentes dos casos mais complexos aos casos mais simples, a fim de melhor aplicar a justiça, conferindo maior valor às pessoas envolvidas nos conflitos sociais, e tirando um pouco o protagonismo estatal tão presente.

A busca de uma filosofia moral menos igualitária e mais diversa se faz necessária, portanto, de maneira que, autorizando a sua mutação, conceitos como justiça e moral permitiriam uma evolução conjunta da sociedade para um modelo penalista que possa ser praticado de forma mais eficiente, afinal, o retributivismo, embora robusto no sentido dos argumentos apresentados, não tem colhido bons frutos na vida prática, como evidenciado no trabalho. A realidade prática do retributivismo kantiano se mostra algo distante, devendo, para funcionar minimamente, recuar em alguns pontos, cedendo espaço para a atuação de outros mecanismos de se fazer justiça.

A teoria moral de Kant ainda pode ser utilizada em certa medida, até mesmo porque, devido à sua robustez argumentativa, dificilmente seria abandonada e trocada por alguma outra teoria moral que daria lugar a outras ideias acerca da punição devida à atividade criminosa. Mas para continuar existindo deve então se despir de dogmas, e se abrir para o progresso, comportando exceções a regra do imperativo categórico,

---

<sup>114</sup> HURD, Heidi M. . O Combate Moral. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.46

e assumindo a sua falibilidade como uma regra genérica que não considera as peculiaridades de cada caso e de cada agente criminoso, não se esquecendo de considerar a vítima do crime. Não se trata necessariamente de tornar penas mais brandas ou mais severas, mas sim de fazer valer o justo da melhor forma possível no caso concreto, buscando uma sociedade estável e harmoniosa, reconhecendo o valor da razão, mas não a colocando como algo divino, do qual não podem derivar erros.

As propostas trazidas já têm ocorrido, em certa medida, visto que diversos países, inclusive o Brasil, têm dado preferência às práticas restaurativas para casos em que uma punição, como a preconizada por Kant, não seria adequada, mesmo que por motivos utilitaristas. Uma conciliação entre a teoria moral kantiana e as justificativas seria bastante benéfica para a justiça penal. Existe ainda um longo caminho a ser percorrido para que a sensação de justiça consiga acalmar o incômodo despertado pelo injusto, e para que a justiça se torne mais um elemento pacificador que um elemento de mera punição.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal, 2nd edição*. Saraiva Educação, 2012.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008
- ARGUELLO, Kátie Silene Cárceres; REIS, Washington Pereira da Silva dos. O conceito de sujeito kantiano e sua influência sobre o fundamento material da culpabilidade e a função absoluta da pena. p.5. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b252e54edce965ac>. Acesso em 25 de janeiro de 2018
- ARGUELLO, Kátie Silene Cárceres; REIS, Washington Pereira da Silva dos. O conceito de sujeito kantiano e sua influência sobre o fundamento material da culpabilidade e a função absoluta da pena. p.5. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b252e54edce965ac>. Acesso em 25 de janeiro de 2018
- ARMSTRONG, J. Rethinking the restorative–retributive dichotomy: is reconciliation possible?. *Contemporary Justice Review*. 17, 3, Sept. 2014
- CAHILL, MT. RETRIBUTIVE JUSTICE IN THE REAL WORLD. *Washington University Law Review*. 85, 815, Jan. 1, 2007
- CALDER, Todd. *The Concept of Evil*", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/concept-evil>. Acesso em : 23 de janeiro de 2018.
- FARIAS VAZ, Éden. O LIMITE DO PERDÃO: CRIMES QUE NÃO SE PODEM PUNIR OU PERDOAR. : The Limit of Forgiveness: crimes that can not punish or forgive. *Intuitio*. 9, 2, Dez. 2016, 118-132
- FERREIRA, Alexandre de Oliveira. *Liberdade e filosofia: da antiguidade a Kant* [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaberes, 2013
- FICHTELBERG, A. Crimes Beyond Justice? Retributivism and War Crimes. *Criminal Justice Ethics*. 24, 1, 31-46, 2005
- FLANDERS, C. Can Retributivism Be Saved?. *Brigham Young University Law Review*. 2014, 2, Mar. 2014
- GREENE J, COHEN J. For the law, neuroscience changes nothing and everything.

- Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*. 2004, 1775-1785
- HURD, Heidi M. . O Combate Moral. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- HELD, JM. Honor, Dignity, and the Summum Bonum: Kant's Retributivism in Context. *Vera Lex*. 11, 1/2, 2010
- HERVADA, Javier. O que é o direito: A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006
- JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo. Moral e Direito em Kant. In: PISSARRA e FABBRINI (org)
- MACHADO, Bruno Amaral. Discursos Criminológicos Sobre o Crime e o Direito Penal: Comunicação e Diferenciação Funcional. 2011. Disponível em:  
[https://www.uniceub.br/media/180340/Artigo\\_DiscursosCriminologicos.pdf](https://www.uniceub.br/media/180340/Artigo_DiscursosCriminologicos.pdf)
- MEISTER, MF. Olho por Olho: A Lei De Talião No Contexto Bíblico. *Fides Reformata*. 12, 1, Jan. 2007
- O Código de Hamurabi. Disponível em:  
<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 10 de jan. de 2018.
- O'CONNELL, E. Kantian Moral Retributivism: Pshment, Suffering, and the Highest Good. *Southern Journal of Philosophy*. 52, 4, Dec. 2014
- PARDO M., PATTERSON D. Neuroscience, Normativity, and Retributivism 2011, 5 Dez. THE FUTURE OF PUNISHMENT, Thomas Nadelhoffer, ed., Oxford University Press, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper No. 1968552. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1968552>
- PECORARI, Francisco. O Conceito de Liberdade em Kant. *Revista Ética e Filosofia Política*, n. 12, v. 1, abr. 2010. Juiz de Fora: UFJF. Disponível em:  
[http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/04/12\\_1\\_pecorari.pdf](http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2010/04/12_1_pecorari.pdf). Acesso em 05 jan. 2018
- SANDEL, Michael J. . Justiça, o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012
- SANTOS, Robinson. A concepção de justiça penal na Doutrina do Direito de Kant. *ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy*, Florianópolis, v. 10, n. 3, p. 104, mar. 2012.
- TAGGART, CP. Retributivism, Agency, and the Voluntary Act Requirement. *Pace Law Review*. 36, 3, 2016
- TEIXEIRA, Álvaro Henrique. Correção Jurisprudencial de Leis Injustas. *Revista da*

EMERJ, v.2, n.7, 1999

TIVERON, Raquel. *Promover justiça com perdão e alteridade: a proposta da justiça restaurativa*. Universitas Jus. 19, July 2009

VITALE, CL; DA SILVA, LG. *Justiça Restaurativa: o empoderamento dos envolvidos a partir do reconhecimento*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. 2, 2, 207-221, July 2016

WALBY, Kevin; CARRIER, Nicolas. The rise of biocriminology: Capturing observable bodily economies of “criminal man”. *Criminology and Criminal Justice*, 2010, Vol. 10

WALEN, Alec. "Retributive Justice", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), disponível em:

<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-retributive>. Acesso em: 12 de jan. de 2018.

WEBER, Thadeu. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. jan-jun2013, Vol. 5 Issue 1