

DIREITO PENAL E A REABILITAÇÃO DOS PRESOS A PARTIR DE KANT

Leonardo Oliveira Freire*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a importância do direito penal, cuja sistematização moderna é norte para os ordenamentos jurídicos atuais. Neste sentido, o texto irá abordar a ideia de uma justificação do direito de punir a partir da teoria de Kant. Nesta linha será abordado a teoria Kantiana da punição em visão mais ampla do que a ideia reducionista da vingança pensada pela crítica feita a tese de Kant do *ius puniendi*. Assim, será demonstrado que a teoria do direito pode suportar, por meio da ideia da liberdade a coexistência entre a retribuição, prevenção e reabilitação para o Direito Penal a luz da filosofia de Kant.

Palavras-chave: Direito Penal. *Jus puniendi*. Teoria kantiana da punição.

CRIMINAL LAW AND THE REHABILITATION OF PRISONERS BY KANT

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the importance of criminal law, whose modern systematization is north to the current legal systems. In this sense, the text will address the idea of a justification of the right to punish from Kant's theory. In this line will be approached the Kantian theory of the punishment in broader vision than the reductionist idea of the revenge thought by the critic made the thesis of Kant of *ius puniendi*. Thus, it will be demonstrated that the theory of law can support, through the idea of freedom, the coexistence between retribution, prevention and rehabilitation for Criminal Law in the light of Kant's philosophy.

Keywords: Criminal Law. *Jus puniendi*. Kantian theory of punishment.

* Doutor em Filosofia Prática com pesquisa em Filosofia do Direito (UFPE, UFRN e UFPA). Oficial da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte, 1º Tenente na Corregedoria da Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte. <http://lattes.cnpq.br/3263821619188327>.

1. INTRODUÇÃO

Por volta do sec. XV, diversos pensadores e filósofos passam a problematizar o tema da punição e desenvolver as teorias que são a base do direito de punir atual¹. O direito penal sistematizado é legado moderno. Kant participa deste período de sistematização do *ius puniendi*, entretanto ele não é um jurista, mas um filósofo da modernidade, considerado o precursor da teoria da Retribuição Penal. Nestes termos, afirma Merle:² Kant pode ser considerado o pai da retribuição penal.

Ora, é evidente que não foram apenas os pensadores do período das luzes aqueles que trataram da ideia de punição. É certo que antes desse período havia diversas formas de abordar a punição, sendo a maior parte das teorias que buscavam a justificação do direito firmadas em uma perspectiva utilitarista³ e outras, como uma minoria, as que seguiam ideias retribucionistas. Por exemplo, na Antiguidade, para os pitagóricos havia a ideia de disciplinar pelo castigo; Platão também comungava deste pensamento, enquanto os precursores do hedonismo tinham a crença de que a punição seria um instrumento de proteção que serviria para minimizar a dor e alcançar o prazer.

Foi somente no período moderno que as teorias penais começaram a justificar as penas, a partir do arcabouço jurídico sustentado pelo Iluminismo, originando uma ciência penal, que constituiu o embrião das codificações e legislações específicas em matéria penal, dentro de um conjunto normativo mais amplo⁴. Na verdade,

sabemos que antes da modernidade, a história da punição se confunde quase em sua totalidade com a vingança e, no caso dos primeiros Estados, a vingança pública, considerada também como a história do suplício⁵. Ao longo do tempo, em uma genealogia e historiografia da punição⁶, percebe-se facilmente que a máxima foi a imposição injustificada de penas cruéis⁷.

Segundo Merle (2009):

O sistema do início da era moderna se diferencia do sistema moderno no sentido de que o último prefere ou sentenças de prisão, sem dor, e as sentenças de morte mais descentes possíveis. Vale a pena observar que bem dentro do Séc XVIII mais de cem crimes foram crimes capitais. A tortura, que já era empregada sistematicamente como um método de interrogação, era frequentemente usada como um componente de punição, bem como constituindo assim a intensificação da pena de morte. (MERLE, 2009, p.11)

Desse modo, as punições sem dor e as sentenças de morte só começaram a existir após o sec. XVIII, pois antes vigoravam métodos de sacrifício humano, mutilações e penas capitais, sendo comuns punições mistas: tortura mais a constrição da liberdade, para depois alcançar a morte do suposto criminoso; sem qualquer processo legal. Especialmente no período medieval, as punições ocorriam depois de um processo

todas as normas decorrentes dentro de um sistema de normas determinadas pelo valor da norma principal. A partir dessa ideia, Norberto Bobbio vai desenvolver sua teoria do Ordenamento Jurídico, sendo esse o conjunto de regras e normas dentro de um parâmetro constitucional.

⁵ "O suplício se inseriu tão fortemente na prática judicial, porque é revelador da verdade e agente do poder. Ele promove a articulação do escrito com o oral, do secreto com público, do processo de inquérito com a operação de confissão; permite que o crime seja reproduzido e voltado contra o corpo visível do criminoso, faz com que o crime, no mesmo horror, se manifeste e anule" (FOUCAULT, 2004, p.47).

⁶ Ver sobre genealogia e história da punição: Castro (2004, p. 304/05; O'Malley (2006, p. 30 e ss).

⁷ Idem p. 14 e ss.

¹ Cf. Beling; Horowitz (2007, p. 271/299).

² Merle (2009, p. 13).

³ Estudos históricos interessantes sobre a teoria da pena podem ser encontrados nas obras de v. Hippel, *Deutsche Strafrecht*, I, p. 457 e ss, e Nagler, p. 125 . Anitua, p.35. No sec. XVIII, iniciou-se um grande processo de sistematização das teorias acerca da punição.

⁴ Neste conjunto normativo se caracteriza a ideia de hierarquia de normas, que tem seu ápice com a construção kelzeniana, em que a norma pura vincula

inquisitivo, sem qualquer garantia de isenção ou imparcialidade do julgador.

A construção do direito de punir baseada na perspectiva de direitos humanos, enquanto construção moderna, está firmada especialmente na ideia de Estado Democrático de Direito. Immanuel Kant sistematiza o ideário desses direitos, mas defende em matéria penal uma tese bastante combatida, que é a defesa da retribuição. A teoria do direito kantiana está alicerçada na defesa da liberdade e impõe o respeito à dignidade humana (MERLE, 2009, p. 23), que implica por sua vez, a defesa dos direitos humanos como um todo. Esta ideia constitui a base da legislação moderna, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, à Constituição da Confederação dos Estados Unidos da América e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, entre outros institutos normativos importantes.

A justificativa de Kant para a punição pela retribuição é que parece destoar da ideia que predominou no corpo de normas em matéria penal. Apesar da sua teoria do direito possuir grande destaque na construção do direito constitucional e na teoria geral do direito, em relação à legislação punitiva, a teoria de Kant não foi bem aceita para justificar as punições.

A maioria das legislações que surgem do Séc. XX em diante não defende a retribuição como critério para justificação da pena; ao contrário, advogam pela ideia de reabilitação e prevenção. Especialmente após a segunda Guerra Mundial, os teóricos europeus e americanos rechaçam a tese de Kant, sobretudo, em razão do holocausto, quando milhares de pessoas foram mortas pelas regras de retaliação do Estado Nazista.

Na segunda metade do Séc. XX, do extermínio de milhares de pessoas com base das leis defendidas por Hitler a comunidade internacional ou as teorias que defendem a pena capital. Com efeito, o Estado nazista buscou justificar matança de milhares de pessoas inocentes, a partir da ideia de uma máxima retaliação contida na lógica da retribuição.

Esse exemplo de retribuição punitiva não é a ideia de Kant para

justificação da aplicação da pena. Ao contrário, a defesa dos direitos humanos está contida na ideia de retribuição defendida por Kant. Por isso, os fatos levaram a uma interpretação equivocada que tende a ir de encontro a qualquer teoria que defenda a retribuição penal.

Kant não defende uma teoria da retribuição qualquer, que visa justificar penas severas que desrespeitem a dignidade humana. Essa ideia de retribuição que sustenta penas injustas não se coaduna com o pensamento de Kant, pois o direito de punir, na teoria kantiana do Direito, está alicerçado no fundamento moral do Direito. Assim, há um pressuposto moral na aplicação da punição e, por isso, somente culpados devem ser punidos pela prática de crimes, mas ao mesmo tempo punições devem ser justas, não podendo violar os direitos dos criminosos.

Na modernidade Kant não foi o primeiro a desenvolver filosoficamente o tema do direito de punir. Há um debate embrionário sobre a punição que antecede em muito a tese de Kant. Tal construção teórica pode ser exemplificada na fórmula latina de Séneca (De La cólera, Lib I cap.XIX -7) que faz referência a Platão “*punitur, quia peccatum est y punitur, ne peccatur*”, que na verdade está citando Protágoras: *Nam, ut Plato ait, Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeterita non possunt, futura prohibent*, que detalha a ideia dos primeiros teóricos, os quais pensaram a punição como um problema filosófico.

Em geral essas teorias discutiam a punição a partir de critérios finalísticos e construíram os elementos que facilmente foram afirmados nas leis que se seguiram durante e a após a modernidade. Os defensores modernos da dissuasão, prevenção geral – exemplos incluem Hobbes, Pufendorf, Wolff, Beccaria, Feurbach e Schopenhauer – desenvolveram a ideia de que a inutilidade herdada em punições não serve para impedir que outros crimes ocorram: é desumana.

Em sua grande maioria, a legislação atual de direito penal positivo é legatária deste pensamento, que exige a prevenção e a ressocialização como finalidade central das

punições, contrariando a visão retribucionista. Isso não quer dizer que a teoria de Kant foi vencida em uma disputa contra os utilitaristas, mas, em nossa visão, significa que o direito kantiano pensado para a punição não foi compreendido corretamente, pois em Kant é possível conceber uma proposta de punição alicerçada na reabilitação que aceita a prevenção e a reabilitação dos preses em uma determinada medida.

O primeiro elemento que deve ser pensado para definir a tese de Kant sobre a punição é a retribuição. Essa que se constitui como a limitação da liberdade a partir do princípio da igualdade, dada a possibilidade de violação máxima do direito em uma sociedade civil.

Afirma Kant:

Nada além do princípio de igualdade (na posição do ponteiro na balança da justiça) inclina-se não mais para um lado do que para outro. Em conformidade com isso, seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo. Se o insultas, insultas a ti mesmo; se furtas dele, furtas de ti mesmo; se feres, feres a ti mesmo; se matas, matas a ti mesmo. Mas somente a lei de talião (*ius talionis*) – entendida, é claro como aplicada por um tribunal⁸. (MC p. 209/AA6:332)

Para Kant a punição é a aplicação da reação ao mal imerecido com base no critério da igualdade. Se o ser humano inflige um mal imerecido a outro, faz o mal contra si mesmo, pois seu direito é limitado pelo direito do outro. A ideia de reação ao mal na mesma proporção é ideia geral de aplicação da pena. Mas o direito de punir no âmbito

⁸ Kein anderes, als das Princip der Gleichheit, (im Stande des Züngleins an der Wage der Gerechtigkeit) sich nicht mehr auf die eine, als auf die andere Seite hinzuneigen. Also: was für unverschuldetes Übel du einem Anderen im Volk zufügst, das thust du dich selbst an. Beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; bestiehlst du ihn, so bestiehlst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst; tödtest du ihn, so tödtest du dich selbst. Nur das Wiedervergeltungsrecht (*ius talionis*) aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaturtheil), kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben (MS p.334).

do direito como um todo não é apenas a aplicação da punição.

Kant discorre sobre o Direito de Punir na MC em sua Doutrina do Direito (*Rechtslehre*), especificamente quando está a tratar do Direito Público, na Seção E do § 49 “*Vom Straf- und Begnadigungsrecht*”, isto é, o “*Direito de Punir e de Clemência*”. Há também alguns apontamentos gerais sobre punição feitos na Doutrina da Virtude, nas *Lições de Ética em Teoria e Prática*.

Desde já deve-se esclarecer que Kant utiliza diferentes espécies de punição como exemplo para desenvolver sua tese desde o fundamento do direito de punir. Mas estes tipos penais não devem ser compreendidos como o mais relevante na ideia trazida por esse filósofo. Ao contrário, como é possível perceber em uma leitura cautelosa, Kant já advertia, na introdução à Doutrina do Direito que os exemplos são de menor importância, sendo o ponto central entender o que serve como fundamento para o direito de punir, especificamente, no tocante a aplicação da pena. Kant teoriza sobre o direito penal a partir da rigorosa máxima do *ius talionis* que decorre do brocardo de talião, a saber: *olho por olho, dente por dente*.

Para Kant essa formulação não é apenas uma regra para determinar o grau de punição, mas também uma justificativa para a punição (MERLE, 1999 p. 02.) Segundo Kant, a punição não possui finalidade alguma que a justifique. A pena é simplesmente a retribuição ao crime.

Neste sentido, afirma Kant:

Mas somente a lei de talião (*ius talionis*) – entendida, é claro como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição. Todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas⁹. (MC 209/AA6:332)

⁹ “Nur das Wiedervergeltungsrecht (*ius talionis*) aber, wohl zu verstehen, vor den Schranken des Gerichts (nicht in deinem Privaturtheil), kann die Qualität und Quantität der Strafe bestimmt angeben; alle andere sind hin und her schwankend und können anderer

O direito de punir tem, na ideia de retribuição defendida por Kant, um critério de mensuração da gravidade do delito e qualidade do crime para a definição da proporção da pena a ser aplicada. O crime praticado deve ter como medida justa a pena, que consiste na aplicação da reação proporcionalmente igual ao mal praticado pelo criminoso. Um ponto polêmico defendido por Merle sobre esse critério está na definição de igualdade do *quantum* da pena a ser aplicado, pois igual absoluto não existe e na prática essa "igualdade", mesmo na forma de retaliação, é sempre uma aproximação.

Assim, a construção kantiana da aplicação penal envolve claramente a ideia de retribuição. A teoria da prevenção aqui entendida em um primeiro momento (*Verhütungs - oder Präventionstheorie*), no tocante à aplicação da punição, a partir de critérios de intimidação¹⁰ do criminoso, vai ao encontro aos elementos racionais defendidos pela retribuição kantiana. Kant apresenta de forma objetiva uma teoria da retribuição (*Vergeltungstheorie*) ao se posicionar em favor do princípio do *ius talionis*, Kant dá margem, segundo alguns de seus críticos, à interpretação de que sua ideia de justiça punitiva seria apenas justificada na ideia de retaliação (*Wiedervergeltung*) (MERLE 2009, p. 106; HOFFE 2005, p.178 ;SANTOS 2008, p. 07). No entanto, a ideia da retribuição deve ser entendida sob dois aspectos primeiro, para um crime decorre uma pena como forma de retribuição; segundo, para um crime ser retribuído na mesma medida é necessária a proporção entre o mal causado e a consequente punição ao passo que isso serve como um elemento informativo da pena mesmo que isso não seja sua justificação.

sich einmischenden Rücksichten wegen keine Angemessenheit mit dem Spruch der reinen und strengen Gerechtigkeit enthalten." (MS p. 336)

¹⁰ A intimidação consiste na atemorização das pessoas, sendo a representação da dor a norma penal em abstrato, ou a aplicação da norma o de prevenção a práticas de futuros delitos.

As duas ideias participam da retribuição defendida por Kant na aplicação da pena, sendo compatíveis com a defesa da liberdade e dignidade humana. Alguns autores, como Byrd, Merle, Murfy, Hoffe, dentre outros, interpretam que Kant, no § 49, seção E, da *Doctrina do direito*, descreve dois critérios de retribuição, sendo um forte e outro fraco. Com este último Kant tenta justificar o direito de punir em geral; enquanto que o primeiro busca justificar a retaliação ou o direito de retaliar (*ius talionis*), como um princípio de aplicação do grau de punição (MERLE 2009, p.35).

A definição geral do direito de punir como uma forma de retribuição fraca é a ideia de que quando se pratica um crime o criminoso deve ser punido pelo Estado. Esta ideia parece estar na lógica do direito de punir e é aplicada nas teorias penais de forma geral. A retribuição forte é a proporção da punição a partir da retaliação (*ius talionis*) e a que gera mais críticas.

Em nossa visão, Kant não está descrevendo duas coisas que se separam, mas duas faces da mesma moeda. A retribuição pelo critério fraco é condição elementar para justificar aplicação da pena, pois somente "criminosos" (considerados assim por praticarem delitos) devem ser punidos pelo Estado como reação ao mal que causaram, ou seja, critério de imputação. Do outro lado, a retribuição forte é critério de "valoração geométrica" do mal, impondo a reação proporcional que qualifica o tipo de crime e justifica a pena merecida.

É preciso deixar claro que Kant não defende critérios opostos, e sua proposta está alicerçada na defesa da liberdade. A retribuição é a ponta de lança em favor da sociedade civil. A punição estabelece o limite a transgressão. Assim, restaura a limitação aplicação do critério racional da retribuição.

Faz sentido afirmar que o retributivismo não deve ser descrito como uma mera troca, "Olho por olho, dente por dente", "a retribuição que alguém merece" não significa trocar olhos por dentes, ou trocar o que um ser humano merece por impingir de males e outro ser humano (MERLE 2009, p. 278). Na verdade a

postura de Kant sobre a punição é bem mais ampla que a retribuição, pois delinea o direcionamento das regras que um sistema penal público deve seguir, a partir da fundamentação moral.

A prevenção pode ser pensada na filosofia de Kant, sem que isso seja uma justificação da punição. A coerção é, no Direito, a força normativa que intimida e impõe os limites ao exercício irregular do arbítrio dos seres racionais finitos. Todas as normas derivadas da liberdade externa são coercitivas e, por isso, podemos concluir que a norma penal também possui coercibilidade.

Nesse sentido, a tipificação de qualquer crime está vinculada à punição, que intimida por representar a cogência do direito que impõe o limite recíproco à liberdade, pois a aplicação da pena pressupõe coerção. Não faria sentido definir um crime se dele não houvesse consequência, sobretudo, que demonstrasse a força cogente do Estado pelo direito contrário às ações criminosas. Por isso, também a punição é formulada como uma consequência decorrente do crime e dela decorrem a informação, para o possível criminoso, de que o crime terá uma consequência ruim que o prejudicará, limitando o seu arbítrio.

Se fosse possível justificar o pressuposto de aplicação da pena como prevenção, poder-se-ia também, a partir de uma visão utilitarista, punir alguém que não praticou o delito para prevenir crimes futuros ou a ampliação de práticas criminosas.

A doutrina do Direito de Kant esclarece desde os seus princípios introdutórios que a coerção e o direito estão imbricados. Não se coaduna pensar que a prática criminosa pode fazer-nos deduzir a punição como um meio de alcançar a solução da violência pretérita praticada pelo criminoso e mesmo a que irá ocorrer quando criminosos praticarem.

Segundo Heck:

A doutrina do Direito apenas ratifica que o direito estrito não pode ir além da faculdade de coagir, razão por que direito e coerção se

autocondicionam reciprocamente, de forma similar ao movimento livre dos corpos “sob a lei da igualdade da ação e reação” – direito racional. (HECK, p. 71)

Kant não propõe a defesa de que o Direito Penal possui uma coerção especial decorrente de sua condição punitiva. Ao contrário, para ele todas as normas devem ser cumpridas, desde aquelas que prescrevem obrigações civis até as que tratam de respeito aos direitos humanos mais essenciais.

Na verdade pode-se inferir que a coerção imanente ao Direito Penal é dada pela condição essencial do Direito, que determina que as normas jurídicas são heterônomas em sua normatividade, e não pela ideia de que o Direito Penal, sendo mais gravoso em sua consequência pela punibilidade, tem por sua vez um elemento coercitivo destacado das outras normas.

Com isso, pode-se afirmar que, apesar de Kant, na seção E do § 49 da Doutrina do Direito, não aborda a coerção como sendo parte do Direito Penal direta e explicitamente, ele o faz no conjunto da obra de forma implícita. Como o primado da coerção é imanente ao Direito e mesmo sendo a retribuição o pressuposto de aplicação da punição, o caráter instrumental da norma penal assegura antecipadamente a intimidação pela coercitividade, o que previne práticas criminosas.

Nesse sentido, a punição pode ser pensada a partir da justificação da aplicação pela retribuição, mas também é possível deduzir o efeito secundário da punição a partir do elemento reabilitação e/ou prevenção. Neste sentido, entendemos que há relação de recondução à sociedade civil como efeito secundário da pena (reabilitação).

Isso quer dizer que o efeito principal é retribuição o que justifica a punibilidade, pressuposto de aplicação da punição. O retorno à sociedade está baseado na ideia de que o criminoso pode alcançar a reabilitação, o que não significa justificar a punição, pois em nossa visão, a partir da leitura de Kant, somente o efeito primário pressupõe aplicação de uma pena.

Se o efeito secundário justificar a punição, o Estado poderá punir quem não praticou o crime por razões diversas e/ou punir com maior gravidade aquele que cometeu um ato não tão grave e até punir inocentes. É possível deduzir que algum ser humano será reconduzido à sociedade por que praticou o crime?

O correto é afirmar que após ter praticado o crime será punido e se, por outros motivos de execução da punição e/ou psicológicos, tiver seu comportamento melhorado, será reabilitado. Não há qualquer prova de que a melhor instituição prisional no mundo pode reabilitar com absoluta certeza o criminoso, seja ele um mero furtador, um ladrão, estelionatário, um estuprador ou o pior homicida. A ideia de retorno à sociedade só pode ser pensada se for possível cumprir o primeiro critério da retribuição, e por isso se justifica a pena de morte.

É possível que, por critérios proporcionais do mal causado pelo criminoso, ele não mereça nem sequer a chance de retornar a sociedade. Na retribuição pela pena capital, o criminoso é neutralizado sem que haja possibilidade de retorno à sociedade civil para práticas de novos crimes. Isso é a garantia à proteção da sociedade civil como *ultima ratio*. Assim, é possível pensar e justificar a pena de morte na visão kantiana, a partir da proteção da sociedade civil. Sobre esta questão iremos discorrer no tópico mais adiante.

Nessa medida, pode-se afirmar que, para Kant, o crime não deve ser visto como um benefício ao criminoso, pois um mal não pode justificar prêmios ao criminoso senão a punição pela retribuição. Assim, como já exposto, a pena *prima facie*, por sua justificação, não visa ao aprimoramento do causador do crime, ou sua valorização, ou defesa da sociedade pela prevenção. Isso significa que Kant detalha um tipo de mecanismo em que criminosos podem, em certos casos, ser reconduzidos à sociedade por consequência do cumprimento da punição, mas que isso não é a justificativa da pena. Kant deixa claro em seus apontamentos sobre o Direito de Punir que a norma penal somente se satisfaz na medida em que o crime tem uma

pena que visa à retribuição proporcional ao mal causado.

O direito penal em Kant parte da compreensão de que todos devem respeitar-se reciprocamente e, por sua vez, não devem descumprir a lei penal, sob pena de receberem medida punitiva. Kant defende que somente no direito penal é possível defender que a defesa da liberdade pelo uso de um elemento de constrição da própria liberdade, a pena. No entanto, isso pode ser deduzido da ideia de limitação recíproca pensada pela definição de direito, a saber, que o direito de cada um encontra limite no direito do outro, que o uso do arbítrio de um encontra limite no uso do arbítrio dos outros segundo uma lei universal de liberdade.

A reabilitação não pressupõe essencialmente melhorar o criminoso. No entanto, isso é algo que deve ser levado em consideração, não pelo mal que ele praticou, mas para garantir a liberdade e, com isso, beneficiar toda a sociedade. Na verdade, a condição que justifica a aplicação da privação da liberdade limitada é a ideia de que, após a pena, o sujeito que praticou um crime não volte mais a praticá-lo ou não pratique mais qualquer tipo de crime.

Assim, nessa ótica, com a constrição temporária da liberdade, o criminoso não está sendo presenteado com a pena. Ao contrário, negamos a ele a liberdade para que a liberdade de todos seja preservada e diante da proporção da pena, que não o neutraliza, dada a justificativa racional do *ius puniendi*, é possível sustentar a partir da teoria de Kant o retorno a sociedade civil em favor do fundamento do direito que é a liberdade.

Além disso, considera-se o retorno à vida em sociedade de quem antes não deveria ser mais aceito. Nesta medida, já que o crime em espécie não impõe limites perpétuos à liberdade, surge para este criminoso a oportunidade de reabilitar-se a viver livremente com os outros seres humanos, os quais não devem carregar a culpa pelos crimes que ele praticou, ao mesmo tempo ter a segurança mínima de que as práticas criminosas não serão mais

por ele praticada pela lógica da reabilitação na fase de execução da pena.

No processo de execução penal, os apenados devem ser guiados por força de lei para agir em conformidade com as normas. A coação, assim, torna-se fundamental no curso da execução penal. Por isso, os apenados não são convidados a seguir as regras da sua punição, o que seria uma contradição, como nos ensina Kant: “ninguém sofre uma pena por ter querido uma ação punível” (MC p. 215; MS p. 335). Na verdade, toda e qualquer pena pressupõe uma conduta reprovável que está descrita em lei como um crime, *Lex criminalis*.

Esse critério de legalidade é o arcabouço jurídico que sustenta a regularidade das ações em um sistema prisional. Os apenados devem cumprir regras, independente de suas vontades. Assim, a força do Estado faz com que os presos cumpram as determinações legalmente emanadas de seus agentes públicos. Querendo ou não os apenados são compelidos, pelo fato de não terem controle sobre suas escolhas, a se disciplinarem no cumprimento das normas. A disciplina é a base para o processo de mudança dos presos, pois a partir dela podemos vislumbrar a mudança de um homem velho, criminoso para um homem novo, aprimorado moralmente.

Afirma Kant:

[...] a disciplina submete o homem às leis da humanidade e começa a fazê-lo sentir a força[coerção] das próprias leis. Assim, as crianças são mandadas cedo à escola, não para que aí aprendam alguma coisa, mas para que aí se acostumem a ficar sentadas tranquilamente e a obedecer pontualmente àquilo que lhes é mandado, a fim de que no futuro elas não sigam de fato e imediatamente cada um de seus caprichos (...). Assim, é preciso acostumá-lo logo a submeter-se aos preceitos da razão (SP p.12-13)

Kant esclarece sobre a importância da disciplina, como pedagogia, apesar de não relacioná-la à execução da pena. Desse modo, a teoria kantiana, quanto à disciplina, é tratada na Pedagogia para a vida em geral,

nada impedindo que, segundo nossa visão, seja estendida também, por analogia e com coerência, ao disciplinamento no cárcere. É preciso deixar claro que o exercício da punição não é algo que produz uma boa sensação, mas isso não significa que ele seja ruim. Os presos, em um primeiro momento, não terão motivação para agirem conforme as regras da execução da pena, as quais decorrem da imposição da disciplina. Entretanto, a partir do uso adequado da coerção estatal, os presos podem iniciar um processo de reabilitação.

O que está em jogo quando o Estado executa uma pena, primariamente, é a regularidade do cumprimento da punição. Os apenados possuem direitos e deveres. Devem obedecer no cárcere todos os ditames legais e regulamentares, pois se não o fizerem responderão por novas transgressões. De outro lado, o Estado também é obrigado a garantir aos apenados condições dignas para o cumprimento da pena. E essa ideia se fundamenta na justificação racional de que o Estado somente cerceará a liberdade de alguém por tempo determinado (compatível com a retribuição) se, ao final da privação da liberdade, ele puder ser reconduzido à sociedade civil. Assim, o Estado deve garantir que a punição não seja excessiva e que o preso seja tratado com dignidade, independente do crime que ele praticou¹¹. Isso não quer dizer, como posicionado neste artigo, que o apenado terá que se sentir bem com as exigências do cumprimento da pena.

¹¹ Há quem afirme que existem dois tipos de expressão da dignidade humana deduzida a partir do imperativo moral de Kant, a saber: a primeira, sendo a que decorre da ideia de que os seres humanos são, em geral, dignos por sua condição racional e não podem ser tratados como um meio, mas como um fim em si mesmo, e a segunda, na medida em que os seres humanos racionais e finitos, transgridem as normas morais violando a liberdade pela prática de algum ilícito penal, deixam de ser dignos proporcionalmente ao crime que praticaram. Isso também levaria a pensar a ideia de que a liberdade é condição da dignidade humana, conquanto a violação da liberdade limita a liberdade de outrem e, por sua vez, a dignidade de quem violou a liberdade também seria limitada em uma mesma medida.

O fato é que, se, o apenado deve ser tratado com o rigor que o cumprimento de sua pena requer, também deve ter respeitados todos os seus direitos, porquanto pensar em direitos dos apenados é também pensar no direito de todos. Nessa lógica, surge a ideia de que o Estado deve impor a lei, mas também deve cultivar, no contexto de aplicação da pena, o aprimoramento, para que seja possível restaurar por inteiro a liberdade de quem transgrediu a norma penal – restituindo no fim do processo a liberdade do criminoso.

Neste sentido, o direito de punir a partir da filosofia de Kant tem como alicerce a retribuição penal, mas isso não significa que a teoria de Kant possui por isso uma contradição. A filosofia kantiana precisa sobre este ponto ser interpretada e entendida

por meio de uma leitura ampla que visualiza a fundamentação do direito a partir da liberdade como substrato do *ius puniendi*.

Nesse delineamento é possível pensar em prevenção pela coerção, no âmbito da liberdade externa, bem como em reabilitação, caso se pense no projeto da liberdade, na ideia de perdão sustentada pela ideia de salvação, a partir do reino dos fins e mesmo na própria coerência do progresso do ser humano via liberdade. Portanto, a teoria do direito penal de Kant é mais que uma leitura reducionista da Seção E do § 49 “*Vom Straf- und Begnadigungsrecht*”, isto é, o “*Direito de Punir e de Clemência*”, que alguns comentadores tentam usar para criticar a teoria do direito de Kant.

REFERÊNCIAS

ALLISON, H. E. **Kant's Theory of Freedom**. Cambridge/USA, Cambridge University Press, 1990.

ALMEIDA, G. A. **Liberdade e Moralidade em Kant**. Rio de Janeiro: Analytica, vol. 2, n. 1, 1997.

BYRD, B. Sharon. Intelligible Possession of Objects of Choice. in: Lara Denis (ed.), **Kant's "Metaphysics of Morals"**: A critical Guide (2009), Cambridge: Cambridge University Press.

_____. 'Kant's theory of punishment: deterrence in its threat, retributivist in its execution', *Law and Philosophy* (1989): 151–200.

CASTRO, Edgardo. **El vocabulario de Michel Foucault**. Bernal, Bs. As Universidad Nacional de Quilmes y Prometeo, 2004.

FREIRE, Leonardo. **Fundamentos Metafísicos do Direito**. Dissertação de Mestrado PPGFIL. UFRN. 2007.

HECK, José N. **Direito e Moral, Duas Lições sobre Kant**. Editora UFG. Goiânia, 2000.

HECK, José N. **Contratualismo e Sumo Bem Político: A Paz Perpétua**. Kant e Prints, Campinas - Unicamp, v. 2, n. 6, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Trad. de V. Rohden e C. V. Hamm, São Paulo Editora Martins Fontes, 2005.

_____. **Retaliatory punishment as a categorical imperative**. *Rivista Internazionale Filosofia del Diritto* 66 (1989): 633–658.

HOLTMAN, S. W. **A Kantian approach to prison reform**. *Jahrbuch für Recht und Ethik* 5 (1997): 315–31.

HOROVITZ, Anat. **O Surgimento da Condenação Audiências**. "In" *Punishment & Society*, v. 9, 2007.

KANT, Immanuel. **(FMC) Fundamentação da Metafísica nos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992.

_____. **(MC) Metafísica nos Costumes**. Parte, Trad. José Lamego. Lisboa: Edições 2, 2011.

_____. **(GMS) Grundlegung zur Metaphysic der Sitten**. Riga: bei Johann Friedrich Hartknoch (AK IV, 385-463), 1785.

_____. **(FMC) Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1994.

_____. **(MAN) Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft**. Riga: bei Johann Friedrich Hartknoch (AK IV, 465-565), 1786.

_____. **(KRVZ) Kritik der reinen Vernunft. Zweite** hin und wieder verbesserte Auflage, Riga: bei Johann Friedrich Hartknoch, 1787.

_____. **(CRP) Crítica da Razão Pura.** Terceira edição. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. **(KPV) Kritik der praktischen Vernunft.** Riga: Johann Friedrich Hartknoch (AK V, 1-163), 1788.

_____. **(CRPr) Crítica da Razão Prática.** Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1994.

_____. **(AW) Über die Von der Königl Akademie der Wissenschaften zu Berlin für das Jahr 1791** ausgesetzte Preisfrage: Welches sind die wirklichen Fortschritte die die Metaphysik seit Leibnizens und Wolff's Zeiten in Deutschland gemacht hat?, ed. F. D. Rink, Königsberg, 1804: bei Goebbels und Unzer (AK XX, 253-351), 1791.

_____. **(SP) Sobre a Pedagogia.** Trad. Francisco Fontanella. Piracicaba: Ed. Unimep, 1996.

_____. **(PM) Os Progressos da Metafísica. Acerca da pergunta da Academia Real de Ciências de Berlim:** quais são os verdadeiros progressos que a Metafísica realizou na Alemanha, desde os tempos de Leibniz e de Wolff?. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. **(RVK) Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft. Königsberg:** Friedrich Nicolovius (2ª edição, 1794) (AK VI, 1-202), 1793.

_____. **(ZEF) Zum ewigen Frieden:** Ein philosophischer Entwurf. Königsberg: bei Friedrich Nicolovius (2ª edição, 1796) (AK VIII, 314-86), 1795.

_____. **(DSFK) Der Streit der Fakultäten.** Königsberg: Friedrich Nicolovius (AK VII, 1-116), 1798.

_____. **(APH) Anthropologie in pragmatischer Hinsicht.** Königsberg: bei Friedrich Nicolovius (AK VII, 117-333), 1798.

LIND, D. **Kant on capital punishment.** Journal of Philosophical Research 19 (1994): 61–74.

MERLE, Jean-Christophe. **German Idealism and the Concept of Punishment.** Cambridge University Press. 2009.

_____. **A Kantian Critique of Kant's Theory of Punishment.** Law and Philosophy 19 (2000).

O'MALLEY, Pat. **Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal.** Tradução de A. Montero. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

TERRA, R. R. A. **A política tensa.** São Paulo, Iluminuras/Fapesp, 1995.

TERRA, Ricardo. **Kant e o Direito.** Filosofia passo-a-passo 33. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2004.

VIEIRA, Jair L. **Código de Hamurabi**: Lei das XII Tabuas. Edipro, 2000.

ZINGANO, M.A. **Razão e História em Kant**. São Paulo, Brasiliense, 1989.