

UMA ALTERNATIVA KANTIANA PARA A PREVENÇÃO GERAL E A RETRIBUIÇÃO*

Jean-Christophe Merle**

SÍNTESE – Contrariamente à visão tradicional de Kant como um puro retributivista, as interpretações recentes da teoria kantiana da pena (Byrd, por exemplo) propõem uma teoria mista da retribuição e prevenção geral. Embora ambos elementos sejam literalmente corretos, tentarei mostrar os limites de cada um deles. Sustentarei que a teoria kantiana da pena não é consistente com seu próprio conceito de lei. Proponho, então, uma outra justificção para a pena: especial e reabilitação. A crítica kantiana do utilitarismo não afeta essa alternativa, que tem, outrossim, apoio em Kant e é totalmente consistente com sua própria concepção de lei.

PALAVRAS-CHAVE – Kant. Pena. Retribuição.

ABSTRACT – In contrast to the traditional view of Kant as a pure retributivist, the recent interpretations of Kant's theory of punishment (for instance Byrd's) propose a mixed theory of retributivism and general prevention. Although both elements are literally right, I try to show the shortcomings of each. I then argue that Kant's theory of punishment is not consistent with his own concept of law. Thus I propose another justification for punishment: special deterrence and rehabilitation. Kant's critique of utilitarianism does not affect this alternative, which moreover has textual support in Kant and is fully consistent with his concept of law.

KEY-WORDS – Kant. Punishment. Retributivism.

1 A teoria mista da pena como suposta alternativa para a dicotomia de retribuição e prevenção

Tradicionalmente, a teoria kantiana do direito penal é tida como uma exemplar e rigorosa teoria da retribuição. Há duas décadas, entretanto, a leitura do direito penal kantiano vem sendo submetida a uma revisão. Nesse meio tempo, a maioria dos intérpretes vê nessa teoria uma teoria mista (cf. Byrd 1989, Scheid 1983, Holtman 1997, Hill 1997), baseada em duas teses: 1) a existência da pena é justificada pelo fato de ser subsumida no direito de coerção do Estado: a ameaça da pena deveria, então, funcionar como uma dissuasão, que, diferentemente da prevenção geral utilitarista, não trata o criminoso simplesmente como meio. Ocorre que o criminoso em potencial é apenas advertido por meio da ameaça da pena,

* Texto apresentado no *Seminário Internacional de Ética*, realizado na PUCRS de 24 a 27 de setembro de 2001. Tradução de Luis Marcos Sander.

** Universidade de Tübingen (Alemanha). Professor Visitante (DAAD) do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS, em setembro de 2001.

e não punido. Caso chegue a ser punido, o criminoso não o será por merecer interiormente a pena. 2) Só o grau da pena é determinado pelo princípio da retribuição. Para os representantes da teoria mista, o princípio de retribuição não constitui mais uma justificativa fundamental da pena, mas apenas uma regra derivada para fixar o grau da pena. Ao fazer isso, só se defende uma variante fraca de ambas as posições (i. é, do retributivismo e da teoria da prevenção): por um lado, só para fins de dissuasão não se pune mais, e sim apenas se adverte (só criminosos são punidos); por outro lado, o teórico do retributivismo renuncia ao princípio da retribuição como justificativa da pena (a pena é justa se o criminoso tinha a possibilidade de evitar a pena abstendo-se do crime; cf. Hill 1999, p. 430). Além disso, o retributivismo é reduzido a uma mera teoria, que simplesmente afirma que todos os criminosos – e só eles – são punidos. A tese da igualdade do crime e da pena é deixada de lado (cf., p. ex., Scheid, 1983; Murphy, 1987; Höffe 1998).

A teoria mista, entretanto, não parece menos problemática do que a leitura de Kant que deseja substituir. Também ela tem problemas fundamentais, que só pretendo esboçar aqui:

Em primeiro lugar, ela pretende justificar a pena como ameaça porque vê na pena ou na ameaça da pena primordialmente um meio coercitivo entre outros que cabem legitimamente ao Estado. Kant, porém, não trata do direito penal nem na passagem sobre o direito coercitivo do Estado nem em conexão com ela. A ameaça de pena só está em primeiro plano na passagem sobre o ambíguo direito emergencial.

Em segundo lugar, com a expressa justificação da pena apenas como ameaça de punição ainda não é suficiente para determinar a própria pena. Uma pena pode ser ameaçada tanto de acordo com o grau de punição correspondente à prevenção geral quanto de acordo com o grau correspondente à prevenção especial ou à retribuição. Entretanto, mesmo para a teoria mista a determinação desse grau da pena certamente é relevante. Neste sentido, a teoria mista da pena ainda não é uma teoria que fornecesse uma justificação da pena. Diz Thomas Hill: “A prática da punição, se for justa, permitiu ao criminoso uma oportunidade equitativa de evitar a pena.” Ora, a justificação da pena não pode ser uma ameaça de punição em geral. Kant e os kantianos atuais certamente não admitiriam a tortura como pena, mesmo que tal pena fosse “só” ameaçada e fosse, por conseguinte, evitável. Além disso, o criminoso deveria saber ainda antes de cometer o crime qual é o grau de pena com o qual tem de contar.

Por fim, na determinação desse grau de pena a teoria mista precisa optar por uma das teorias penais tradicionais. E ela opta pelo retributivismo, assumindo, ao fazer isso, de maneira quase acrítica o argumento de Kant de que só o retributivismo trataria o criminoso não apenas como meio, e sim também como fim em si. Thomas Hill, p. ex., afirma o seguinte acerca dos juízes e do criminoso: “O objetivo deles como pessoas encarregadas de aplicar a lei não deveria ser dissuadi-lo de crimes futuros [prevenção especial] e menos ainda dissuadir outros transformando-o num exemplo [prevenção geral]. Pode-se sustentar que isso seria usá-lo meramente como meio” (Hill, 1999, p. 430). Exatamente como no caso de Kant, o direito de retribuição é aceito (segundo o princípio “igual com igual” – RL, VI, 332 – ou

segundo o princípio da “igualdade” do crime e da pena – RL, VI, 333) por causa de uma suposta falta de alternativas. No caso da prevenção geral o argumento de Kant me parece convincente: o criminoso é punido para dissuadir a outros. No caso da prevenção especial, porém, o argumento conciso de Kant me parece errado, como tentarei mostrar a seguir.

O que tenho em mente é o seguinte: primeiro é necessário reconstruir a justificação de Kant. Depois tratarei da ressocialização a partir do conceito kantiano de direito. No § 49^o sobre o direito penal, Kant argumenta em favor da retribuição invocando diretamente uma das quatro fórmulas do imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro sempre e ao mesmo tempo como fim, e nunca meramente como meio” (GMS, IV, 429). Em contraposição a isso, tomarei como ponto de partida especificamente o imperativo categórico jurídico, i. é, o conceito kantiano de direito: “O direito é, portanto, a quintessência das condições sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode ser unido ao arbítrio de outra segundo uma lei geral da liberdade” (RL, VI, 230). Se o direito não impera, é o estado natural que o faz.

2 Exclusão da comunidade jurídica

Depois de o crime ter sido cometido, volta a vigorar o estado natural entre o criminoso e o restante da comunidade jurídica. Kant chama a situação reinante após um crime três vezes de “estado natural” (p. ex., VI, 334 e VI, 336). Como no caso do estado natural antes da instituição da comunidade jurídica, o imperativo categórico jurídico exige, também no caso do estado natural surgido por causa do crime, a instituição do estado de direito. Se a ordem jurídica não pode ser instituída imediatamente, a lei kantiana da permissão ordena que o estado de direito seja atingido pelo mais curto caminho possível. Também o criminoso deveria entrar nesse estado de direito reinstituído que se deveria atingir de novo. De modo algum o criminoso deveria ser tido, sem mais, como um membro normal da comunidade jurídica logo após cometer o crime. Para isso, o criminoso precisa ser ressocializado pelo mais curto caminho possível e então ser aceito de novo na comunidade jurídica.

Ao cometer o crime, o criminoso optou por regressar ao estado natural. No estado natural ninguém tem direitos reconhecidos nem uma liberdade assegurada. Também o criminoso não os tem. Portanto, ele opta pela suspensão de seu próprio arbítrio. Isso significa que o arbítrio do criminoso comete uma espécie de suicídio, o que o “torna incapaz de ser cidadão” (VI, 331). O criminoso não pode mais ser tratado pelo Estado como uma pessoa livre, como mostra claramente a determinação kantiana do grau da pena. O exemplo mais conhecido disso é seguramente a pena de morte, que Kant impõe aos assassinos. Hermann Cohen (Cohen, 1922, 341) e muitos intérpretes de Kant menos conhecidos (cf. Schwarzbild, 1985; Pugsley, 1981, 1516) levantaram contra a pena de morte a objeção de que ela está em contradição com a lei moral kantiana, pois por meio dela um ser racional seria destruído irremediavelmente. Por isso eles propõem penas alternativas. O argumento deles foi tão convincente que, hoje em dia, dificilmente um intérprete da teoria penal kantiana apóia a defesa da pena de morte proposta por Kant.

Por razões formais, entretanto, é recomendável investigar esse ponto com mais exatidão, porque o argumento de Cohen encerra duas desvantagens. Em primeiro lugar, o ser racional não deixa de existir somente quando é punido, e sim já no momento em que comete o crime. Com isso, a pena de morte é coerente com a circunstância de que o arbítrio do criminoso comete uma espécie de suicídio já em função do próprio crime. Em segundo lugar, também o grau da pena que Kant fixa para outros crimes mostra que, segundo Kant, o criminoso não deve mais ser tratado como um ser *realmente* racional. Kant escreve, p. ex.: “Ora, o que significa: ‘Se o roubas, roubas a ti mesmo’? Quem rouba torna insegura a propriedade de todos os outros; ele se priva, portanto (segundo o direito da retribuição), da segurança de toda propriedade possível; nada tem e nada pode adquirir, mas quer viver; isto, porém, só é possível se outros o alimentarem. Ora, já que o Estado não fará isso a troco de nada, ele terá de colocar suas forças à disposição do Estado para a realização de trabalhos que ficam a critério deste (trabalho forçado ou na prisão) e passa ao estado de escravo durante certo tempo ou, se assim se decidir, para sempre” (VI, 333). Aqui, ao que tudo indica, Kant confunde duas coisas: 1) que alguém – como o criminoso – que não tem propriedade precisa trabalhar para manter-se; 2) que deste primeiro ponto se seguiria que a pessoa sem propriedade ou o criminoso deveria ser um escravo, e não um diarista ou empregado, p. ex. Na verdade, a escravização em consequência de roubo tem algo em comum com outras penas mencionadas por Kant – com a “deportação” (VI, 334), com a “expulsão permanente da sociedade civil” (VI, 363), com a “castração” (ibid.), etc. Com efeito, para Kant a castração precisa ser considerada um assassinato parcial, assim como ele considera a autocastração um suicídio parcial: “Privar-se de um órgão que seja parte integrante (mutilar-se) – p. ex., presentear ou vender um dente para implantá-lo na maxila de outrem, ou mandar castrar-se para poder viver mais comodamente como cantor e coisas semelhantes – faz parte do suicídio parcial” (TL VI, 423). Abstraindo da questão de se a tentativa de suicídio deveria ser punível ou não, a castração como pena continua sendo uma pena de morte parcial.

Em todos os exemplos de penas dados por Kant, o criminoso não é tratado como membro presente da comunidade jurídica. Kant opõe-se resolutamente à escravização de modo geral, incluindo a escravização voluntária, bem como à venda dos próprios filhos e à escravidão de nascença. Ainda assim, Kant exclui dessa regra moral a pessoa “que se tornou escrava por causa de seu crime” (VI, 283).

No *Fundamento do direito natural*, Fichte tira a consequência que me parece cabível da regressão ao estado natural causada por um crime. Fichte pondera a possibilidade de mandar o criminoso fora da lei literalmente para o deserto, onde sofrerá uma morte cruel, ou de permitir a todos os cidadãos matá-lo sem mais a tiros por ser ele igual a um animal selvagem e pernicioso. Essa conclusão coerente tem, contudo, apenas uma função heurística; ela não é a última palavra de Fichte nem é a última palavra de minha construção de uma justificação kantiana do direito penal.

3 Ressocialização mediante a disciplina

Embora tenha deixado de ser um membro presente da comunidade jurídica, o criminoso não pode ser tratado como uma coisa ou um animal, e isso pelas seguintes razões.

O argumento principal do § 49^o constitui um eco óbvio de uma das fórmulas do imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro sempre e ao mesmo tempo como fim, e nunca meramente como meio” (GMS, IV, 429). No § 49^o, Kant quer aplicar essa fórmula ao caso do criminoso: “[...] o ser humano nunca pode ser tratado meramente como meio que sirva às intenções de outrem e ser misturado com os objetos que dizem respeito ao direito das coisas; contra isso ele é protegido por sua personalidade inata, ainda que ele possa ser condenado a perder a personalidade civil” (VI, 331).

Kant define o conceito de personalidade mediante o de imputação: “Pessoa é o sujeito cujas ações sejam passíveis de imputação. A personalidade moral, portanto, não é outra coisa do que a liberdade de um ser racional sob leis morais (a personalidade psicológica, porém, é apenas a capacidade de tornar-se consciente da própria identidade nos diversos estados de sua existência); disso se segue que uma pessoa não está sujeita a quaisquer outras leis exceto aquelas que ela própria (ou sozinha, ou ao menos junto com outras pessoas) dá a si mesma. Objeto é uma coisa que não é passível de imputação. Por isso, todo objeto da livre vontade que careça de liberdade é chamado de coisa (*res corporalis*)” (VI, 223). No que se segue entendo, portanto, sob “pessoa” um sujeito que dispõe de liberdade de ação, em contraposição a “personalidade moral” como sujeito que dispõe de liberdade da vontade. A personalidade moral requer uma personalidade adicional e mais fraca, a saber, a liberdade de ação, a qual, por sua vez, só pode ser garantida por uma ordem jurídica. Inversamente, pode-se construir uma ordem jurídica que garanta a liberdade de ação ao não pressupor nem exigir a liberdade da vontade.

Ora, o que é isso que Kant chama de “personalidade inata” (cf. VI, 331)? Já que ele distingue expressamente a personalidade inata da personalidade civil, esta só pode ser ou a personalidade moral ou então uma terceira. Ora, já que Kant afirma inequivocamente que a personalidade moral pressupõe a civil, a personalidade inata não pode ser nem a moral nem a civil. Diferentemente da personalidade civil, a personalidade inata não pressupõe a ordem jurídica, a qual, como se sabe, é, segundo Kant, um estado que só pode ser alcançado no progresso histórico da espécie humana. Agora, eu gostaria de esclarecer o significado da personalidade inata para a ordem jurídica.

A proibição kantiana de tratar pessoas como meros meios pode ser vista em dois níveis diferentes. No nível do imperativo categórico, ela se fundamenta pelo fato de que todos os seres humanos como seres racionais são potencialmente capazes de desenvolver autonomia, i. é, liberdade da vontade. No nível da ordem jurídica, essa proibição só significa que a ordem jurídica protege não só os cidadãos que respeitam o direito, i. é, a limitação mútua das liberdades. Ela também

deve proteger crianças e criminosos, que presentemente não têm condições de respeitar a limitação mútua das liberdades (os criminosos são “incapazes [...] de ser cidadãos do Estado”, VI, 331). As pessoas que não têm condições de ser cidadãos do Estado são designadas por Kant como “cidadãos do mundo”. A distinção entre cidadãos do Estado e cidadãos do mundo corresponde à distinção entre a liberdade civil e a inata. Escreve Kant: “[Os pais] não podem destruir seu filho como se ele fosse obra sua (pois esta não pode ser um ser dotado de liberdade) e propriedade sua, em mesmo abandoná-lo ao acaso, porque no filho eles colocaram não só um ser do mundo, mas também um cidadão do mundo num estado que agora não lhes pode ser indiferente também segundo conceitos jurídicos” (VI, 281).

Embora tanto a criança quanto o criminoso sejam atualmente incapazes de obedecer as leis – razão pela qual a ordem jurídica não lhes pode garantir a plena liberdade de ação – ambos têm a disposição natural para a liberdade. Por isso podem desenvolver a capacidade de limitar sua liberdade de ação pela dos outros e de obedecer as leis. Com efeito, em geral essa disposição natural desenvolve-se, na espécie humana, num processo histórico-teleológico que leva ao estabelecimento de uma sociedade civil justa (*Idéias*, 5ª proposição). A disposição natural para a liberdade lhes outorga a “personalidade inata” que lhes concede o *status* de “cidadãos do mundo”.

Vejo uma confirmação de minha compreensão do *status* de cidadão do mundo do criminoso na “divisão segundo o relacionamento subjetivo dos obrigantes e obrigados”. Nessa divisão, os animais e os escravos, os quais só o podem ser por causa de seu crime (v. supra), são tratados de maneira diferente. Tanto coisas quanto animais não têm “nem direito nem obrigação”, pois eles são “seres sem razão” e, por isso, fundamentalmente e para sempre incapazes de cumprir obrigações e reivindicar direitos; os escravos têm “apenas obrigações e nenhum direito” (VI, 241). Isso pressupõe que também o criminoso ou o escravo é capaz de cumprir obrigações. Por isso eles não devem ser usados para fins indignos. Tampouco sua vida ou seus órgãos podem ter de servir para fins alheios ou ser colocados à disposição da comunidade jurídica. Escolher a capacidade de cumprir obrigações como critério não pressupõe a adoção de uma premissa metafísica forte como a da liberdade da vontade e o cumprimento do imperativo categórico de modo geral. Já dispor de arbítrio é suficiente para ser capaz de cumprir obrigações. Mesmo quem separa o imperativo categórico jurídico do imperativo categórico em geral (cf., p. ex., Pogge, 1997) e reconhece tão-somente o imperativo categórico pressupõe um princípio de generalização que concede a todo ser dotado de arbítrio os mesmos direitos de aceitação na comunidade jurídica. Esta precisa contar com a existência de seres humanos, isto é, como dado prévio do qual não pode dispor. A comunidade jurídica deve integrar a todos eles pelo mais curto caminho possível. Nesse caminho encontram-se o fomento e o desenvolvimento de sua “capacidade [...] de ser cidadãos do Estado” em toda parte onde ela ainda não se faz presente.

Com efeito, em sua *Pedagogia* Kant trata do desenvolvimento das crianças e dos selvagens, sendo que este último termo designa as pessoas que ainda se encontram no estado natural. Ora, entre criminosos e crianças não existe diferença no tocante à “capacidade [...] de ser cidadãos do Estado”, desconsiderando-se o fato de que no caso das crianças a obrigação e a competência são primordialmente dos pais e secundariamente do Estado, ao passo que no caso dos delinquentes a competência é unicamente do Estado. Por conseguinte, a concepção da punição dos criminosos deve ser desenvolvida em analogia à educação kantiana das crianças, como eu gostaria de propor no que se segue.

Em sua *Pedagogia*, Kant compreende a educação como uma tarefa dupla: a criança deve ser não só disciplinada, mas também cultivada (IX, 449). Segundo Kant, deve-se perseguir o mesmo alvo tanto no caso das crianças quanto no dos selvagens. O conceito kantiano de direito consiste numa limitação mútua dos arbítrios que é garantida pela coerção pública unilateral exercida pelo Estado. Em contraposição a isso, a criança, o selvagem e – consoante nossa analogia – o criminoso só são submetidos a uma coerção unilateral que Kant chama de “disciplina”: “A disciplina é o que impede ao homem de desviar-se do seu destino, de desviar-se da humanidade, através das suas inclinações naturais. [...] A disciplina, porém, é puramente negativa, porque é o tratamento através do qual se tira do ser humano a sua selvageria; a instrução, pelo contrário, é a parte positiva da educação” (*Sobre a pedagogia*, IX, 442 [ed. port.: p. 12s.]). Kant vê a disciplina como um pressuposto negativo da cultura, a qual, por sua vez, constitui a dimensão positiva da educação. Inicialmente a educação precisa conseguir que a criança ou o criminoso obedeça à coerção externa direta, ainda não mais do que isso. Só num segundo passo a educação deve promover a capacidade de submeter-se voluntariamente à lei, na medida em que o cumprimento da lei se torna uma espécie de segunda natureza do ser humano e ele reconhece que não deve limitar a liberdade de ação dos outros por causa de sua própria liberdade de ação. Só então o ser humano é um membro pleno da comunidade jurídica. A educação visa fomentar a liberdade humana sob uma lei geral. Analogamente, a punição do criminoso deveria objetivar sua reintrodução na comunidade jurídica, portanto sua ressocialização.

Nesse sentido, aliás, a ressocialização corresponde exatamente à exigência de uma prevenção especial. Pois, tão logo o criminoso esteja de novo em condições de “ser cidadão do Estado”, ele não representa, para a comunidade jurídica, um perigo maior do que os demais cidadãos. É evidente que nunca se pode ter certeza de que um criminoso ressocializado não vá tornar-se reincidente. Mas da mesma maneira também não se sabe se um cidadão que até agora obedeceu a lei vai continuar a fazê-lo. Afinal, é possível que qualquer “cidadão normal” vá matar um concidadão seu nos próximos cinco minutos. Portanto, é sensato exigir da ressocialização apenas que, na medida do possível, a quota de criminalidade dos delinquentes soltos da prisão não seja superior à dos cidadãos que até agora não sofreram punição.

4 Vantagens do modelo alternativo “prevenção especial e ressocialização”

A concepção da pena como educação ou reabilitação implica a consequência de que nenhuma sentença judicial deveria, de antemão, prescrever uma pena de duração ilimitada, como, p. ex., a pena de morte ou prisão perpétua. Com efeito, Kant pondera uma possível fixação de prazo para a pena: o ladrão “passa ao estado de escravo por um certo tempo ou, se assim se decidir, para sempre” (VI, 33). Infelizmente não se encontra outro exemplo de uma pena com duração limitada na *Doutrina do direito*, além de Kant não tematizar de modo algum uma limitação temporal da pena. Uma razão disso deve ser o fato de ele considerar a educação do selvagem bem mais difícil do que a da criança, pois “o ser humano é tão naturalmente inclinado à liberdade que, depois que se acostuma a ela por longo tempo, a ela tudo sacrifica. Ora, esse é o motivo [...] pelo qual é conveniente recorrer cedo à disciplina; pois, de outro modo, seria muito difícil mudar depois o ser humano” (*Sobre a pedagogia*, IX, 442 [ed. port.: p. 13]). É muito provável que Kant também considerasse a educação do criminoso mais difícil do que a da criança. Em parte alguma, entretanto, ele exclui a possibilidade de que criminosos venham a emendar-se. Além disso, na *Doutrina do direito* nem todos os assassinos são de antemão condenados à morte. Neste contexto, não penso apenas no caso no qual “o número de cúmplices [...] é tão grande que o Estado, para não ter tais criminosos, poderia logo acabar ficando sem súditos”, de modo que se impõe uma pena alternativa à “pena perpétua” (VI, 334). Kant reconhece, além disso, um “direito de indulto” (VI, 337), a menos que, “por causa da impunidade, pudesse surgir um perigo para o próprio povo com vistas à sua segurança” (ibid.),¹ ou seja, pressupondo-se que o delinqüente ainda não esteja ressocializado. A possibilidade da ressocialização é fundamentalmente incompatível com uma afirmação da pena de morte.

¹ Kant, entretanto, também escreve o seguinte: “Com vistas aos crimes dos súditos uns contra os outros, simplesmente não cabe a ele [sc. ao Estado] exercê-lo; pois neste caso a impunidade (*impunitas criminis*) constitui a maior injustiça contra os súditos. Portanto, o Estado só pode fazer uso desse direito no caso de uma lesão que ele mesmo sofra (*crimen laesae maiestatis*)” (VI, 337). Ora, já no início do § 49^o Kant distingue os “crimes públicos” dos “crimes privados”. Segundo ele, os primeiros ameaçam “o bem comum” e os últimos, “apenas um indivíduo”. No § 49^o, Kant trata exclusivamente de casos de crimes públicos, o que sugere que só estes sejam punidos. Deixemos em aberto a questão de se Kant tem razão ao subsumir sob crimes privados alguns crimes que não só o direito atual considera crimes públicos (mencione-se apenas o caso da “fraude”, para a qual o código penal alemão [§ 263] prevê uma pena de prisão de até cinco anos). Para ele, a “justiça criminal” só seria responsável pelos casos de crimes públicos, ao passo que a “justiça civil” o seria no caso dos crimes privados, p. ex. no caso de malversação e fraude. Se o Estado concede à vítima de um crime um direito fundamental de que o criminoso seja punido, a rigor esse direito deveria subsistir na maioria dos crimes, de sorte que nenhum assassino, ninguém que tenha praticado uma tentativa de assassinato, nenhum ladrão, etc. poderiam ser indultados. Inversamente, também a vítima deveria poder requerer a omissão da pena, p. ex. quando perdoa o criminoso. Segundo o direito ocidental, ela não o pode fazer; segundo o direito do Corão, ela só pode fazer isso em medida muito restrita (a família da vítima pode pedir a omissão da pena de morte em favor da prisão perpétua). Faz mais sentido distinguir a ameaça e a violação da ordem jurídica, às quais se impõe uma pena, do dano que é causado à vítima e deve ser reparado mediante indenização, etc. Se nós, portanto, diferentemente de Kant, distinguimos rigorosamente o direito penal do direito civil, um criminoso poderia ser ao mesmo tempo indultado, i. é, ser isentado da pena, e, não obstante, obrigado a indenizar sua vítima.

Minha alternativa ao retributivismo não é utilitarista. Ela também não vê na pena meramente um “meio de promover um outro bem para o próprio criminoso ou para a sociedade civil” (VI, 331). Entretanto, a ressocialização certamente beneficia mais o criminoso do que a pena de morte. Ainda assim, minha alternativa ao retributivismo não tem outra finalidade senão a restauração do estado jurídico entre ele e a comunidade jurídica que foi rompido pelo crime. O único meio para tanto é a pena pública unilateral. Durante o período de tempo em que se emprega essa disciplina a comunidade jurídica é protegida contra o risco da reincidência. A reabilitação, portanto, cumpre ao mesmo tempo a meta da prevenção especial. Nesse modelo da ressocialização ou da prevenção especial a pena tem uma finalidade que é imanente ao conceito de direito e à humanidade em cada pessoa. Deve-se admitir que também a prevenção geral tem uma finalidade que é parcialmente imanente ao conceito de direito ao fazer com que a pena possa motivar concidadãos a obedecer a lei. Na prevenção geral, porém, a humanidade na pessoa do criminoso não é levada a sério. Para maximizar a dissuasão, a prevenção geral pode, eventualmente, prescrever um grau de pena mais elevado do que aquele necessário para a ressocialização.

Poder-se-ia objetar que a prevenção especial viola o princípio da equidade, segundo o qual após a sentença a pena não pode ser nem aumentada nem modificada. Essa objeção, porém, baseia-se na premissa equivocada de que a fixação definitiva do grau da pena na sentença implicaria que esta já precisaria estabelecer a data exata do fim da pena. Isto, porém, não é necessariamente o caso. Em meu modelo alternativo, o fim da pena estaria definido com exatidão: a pena deveria ser concluída com a ressocialização. Mas com isso a data do término da pena ficaria sendo uma questão de avaliação ou poder discricionário.

Evidentemente é uma tarefa difícil avaliar se um ex-criminoso tornou-se “capaz” de “ser um cidadão do Estado”. A questão é complexa e erros de avaliação são sempre possíveis. No caso da sentença judicial, porém, o risco de erro de avaliação não é menor. Ainda assim, os juízes julgam todos os dias. Além disso, nossas ordens jurídicas atuais já empregam uma espécie de prevenção especial: muitos detentos ganham liberdade condicional antes de terem cumprido toda a pena – o que, portanto, modifica o grau efetivo da pena – e, em geral, os reincidentes são condenados a penas mais rigorosas do que os réus primários.

Que mecanismo poderia diminuir o risco de uma avaliação equivocada ou da arbitrariedade da avaliação? Talvez o ônus da prova da ressocialização, p. ex., devesse caber inicialmente ao criminoso; e os critérios deveriam inicialmente ser um tanto rigorosos. Com o decorrer do tempo, o ônus da prova poderia ser paulatinamente invertido, e os próprios critérios do promotor contra uma soltura deveriam ser submetidos a testes novos e mais rigorosos.

A prevenção especial e a ressocialização contêm uma disciplina severa, o que pode perfeitamente dissuadir alguns criminosos em potencial. Em meu modelo, entretanto, a prevenção geral não é mais maximizada. Ocorre que a disciplina impõe ao criminoso – ao menos no início – “uma dor”, nas palavras de Kant (VI, 331), que, porém, se pode entender moralmente (cf. Hill, 2000, 198). Essa dor ou

sofrimento certamente tem um efeito dissuasivo sobre alguns, ou até sobre a maioria dos criminosos em potencial. A prevenção geral, contudo, não serve de fundamentação de uma pena imposta, pois nós continuamos punindo os crimes, mesmo que ao fazê-lo não conseguíssemos impedir um único criminoso em potencial de cometer um delito. Não obstante, a prevenção geral só pode ser bem recebida como efeito colateral.

O grau da pena que fosse efetivamente aplicado, em conseqüência da prevenção especial e da ressocialização, poderia, em termos de possibilidade, coincidir com o grau de pena retributivista. Pois é grande a probabilidade de que a ressocialização de um ladrão exija mais tempo do que a de um seqüestrador ou até de um assassino. Mas certamente existem muitas exceções. Não vejo nenhuma razão primacial pela qual o assassino deveria, de antemão, ficar mais tempo na prisão do que o ladrão, por exemplo; só haveria uma grande probabilidade de que na prática isso seja assim. Também é de se esperar que no caso de um assassino e no caso de alguém punido por tentativa de assassinato a duração da pena fosse exatamente igual, ao passo que hoje em dia o assassinato é punido de maneira essencialmente mais rigorosa do que uma tentativa de assassinato.

Também no tocante à pena de morte a prevenção especial e o retributivismo se distinguiriam claramente da prevenção geral e do retributivismo.

Kant quer ver o assassino condenado à morte. Alguns intérpretes de Kant rejeitam a pena de morte com base em premissas kantianas; a maioria deles negligencia ou evita o tema com grande cuidado. Os intérpretes que rejeitam a pena de morte não o fazem com base no próprio princípio retributivista. Eles invocam, antes e em vez disso, um outro princípio, seja o imperativo categórico, seja o *status* do ser humano como ser racional. Isso mostra que o retributivismo por si só não pode justificar uma rejeição da pena de morte.

É sabido que houve um longo debate sobre a eficiência da pena de morte como meio de prevenção geral (L. H. A. Hart) oferece uma visão panorâmica e ao mesmo tempo cética desse debate). Ora, se se pudesse documentar empiricamente que nenhuma pena é tão eficiente quanto a pena de morte como meio de prevenção geral, todos os representantes de uma prevenção geral precisariam concordar que a pena de morte deveria ser aplicada.

Em contraposição à prevenção geral e ao retributivismo, meu modelo alternativo "prevenção especial e socialização" exclui fundamentalmente a pena de morte².

Meu modelo alternativo parece-me satisfazer bem a dupla exigência que toda teoria penal precisa encarar: garantir tanto quanto possível a segurança dos cidadãos e nunca usar a humanidade, também na pessoa do criminoso, meramente como meio.

² Fichte pondera uma exceção à exclusão da pena de morte num contexto de prevenção especial. No caso de um detento ser perigoso demais até para os guardas da prisão, ele deveria ser morto. Entretanto, pode-se duvidar que uma detenção não pudesse realmente ser rigorosa o suficiente para expor os guardas a um risco residual apenas normal. Nas atuais circunstâncias esse caso me parece ser meramente teórico; nunca se o encontra empiricamente.

Referências bibliográficas

As obras de Kant em alemão são referenciadas conforme as abreviaturas e indicações de número de páginas da edição da Preussische Akademie der Wissenschaften:

GMS: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.

KpV: *Kritik der praktischen Vernunft*.

Pädagogik: *Über Pädagogik*. [ed. port.: *Sobre a pedagogia*. Piracicaba: UNIMEP, 1999.]

RL: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*.

ZeF: *Zum ewigen Frieden*.

BYRD, B. S. 1989. Kants Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution. *Law and Philosophy*, v. 8, n. 2, p. 153-200.

COHEN, H. 1922. *Schriften zur Philosophie und Zeitgeschichte*. Ed. por A. Goerland e E. Cassirer. Berlin.

HART, L. H. A. 1973. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law* Oxford: Clarendon Press.

HILL, T. E. 1997. Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution? *Jahrbuch für Recht und Ethik*, n. 5, p. 291-314.

———. 1999. Kant on Wrongdoing, Desert and Punishment. *Law and Philosophy*, n. 18, p. 407-441.

———. 2000. *Respect, Pluralism and Justice*. Cambridge University Press.

HÖFFE, O. 1998. Vom Straf- und Begnadigungsrecht. In: id. (Hrsg.). *Kants Rechtslehre*. Berlin. p. 213-233.

HOLTMAN, S. 1997. Toward Social Reform: Kants Penal Theory Reinterpreted. *Utilitas*, n. 9, p. 3-21.

MURPHY, J. G. 1987. Does Kant Have a Theory of Punishment? *Columbia Law Review*, n. 87, p. 509-532.

POGGE, T. W. 1997. Is Kant's Rechtslehre Comprehensive? *The Southern Journal of Philosophy*, v. XXXVI, p. 161-187.

PUGSLEY, R. A. 1981. A Retributivist Argument against Capital Punishment. In: *Hofstra Law Review*, Heft 9, 1501-1523.

SCHEID, D. E. 1983. Kant's Retributivism. *Ethics*, n. 93, p. 262-282.

SCHWARZSCHILD, S. S. 1985. Kantianism and the Death Penalty. *Archiv für Rechts – und Sozialphilosophie*, n. 71, p. 343-377.