

A DOCTRINA PENAL REPUBLICANA DE KANT

Aylton Barbieri Durão¹

Unviersidade Federal de Santa Catarina

I. É POSSÍVEL UM DIREITO PENAL REPUBLICANO?²

Kant escreve sobre aspectos da filosofia política e filosofia do direito desde a publicação de *Ideias para uma história universal em sentido cosmopolita*, em 1783, mas a doutrina do direito penal constitui uma de suas últimas contribuições, sendo apresentada apenas na “Doutrina do direito”, em 1797, e somente como a última das observações decorrentes da união civil entre os cidadãos no âmbito do direito político.

Contudo, é surpreendente que Kant tenha desenvolvido uma doutrina penal no âmbito da metafísica dos costumes, porque, em seus trabalhos anteriores, ele parece negar a possibilidade de que a pena seja fundada na razão pura prática, em função do progresso moral da espécie humana que estabelece a realização gradual da ideia de república, tanto em sentido político-jurídico quanto ético-religioso.

Kant se refere ao conceito de pena, pela primeira vez de forma explícita na sua filosofia crítica, já no início da “Dialética transcendental” da *Crítica da razão pura* quando explica o conceito de ideia em geral. Sabe-se que a intenção de Kant consiste em esclarecer o significado de “ideia”, que havia sido corrompido ao longo de toda a filosofia moderna, tanto por Descartes quanto pela crítica ao cartesianismo feita pelo empirismo britânico, como sinônimo de todo e qualquer elemento que se encontra no sujeito do conhecimento, portanto, como sinônimo do que Kant definirá como “representação” em geral. E, para isto, Kant retoma a acepção original da palavra “ideia”, na língua grega, uma vez que nem sempre o alemão possui uma palavra adequada para expressar uma representação e é melhor procurá-la em uma língua antiga do que inventar um neologismo, tal como foi apresentada por Platão, o qual entendia que “ideia” referia-se, inicialmente, a algo oriundo da razão suprema sem qualquer correspondência com

a sensibilidade ou com o entendimento, pois, nem provinha dos sentidos, nem se dirigia a eles como ocorre com os conceitos, tal como pensou Aristóteles acerca das categorias, e que, posteriormente, chegava até a razão humana como arquétipos dos objetos sensíveis, embora não em sua forma original, porque haviam sido esquecidos e precisavam ser recordados (KrV, A 313; B 369).

Naturalmente que, no âmbito do seu idealismo transcendental, Kant não pode incorporar inteiramente esta concepção de Platão e, por isso, deixa claro que, às vezes, os leitores compreendem melhor uma teoria do que o próprio autor e, de fato, Kant corrige o significado platônico da palavra “ideia”. Em primeiro lugar, Platão considerou que as ideias corresponderiam aos objetos matemáticos, mas a estética e a analítica transcendental mostraram que a matemática é composta por juízos sintéticos *a priori*, o que implica que os conceitos matemáticos são construídos na intuição *a priori* do espaço e do tempo e, portanto, não são ideias; em segundo lugar, porque Kant pretende evitar tanto as importações místicas quanto a hipostasiação metafísica que foi associada à palavra “ideia” pelo filósofo grego (KrV, A 314; B 371).

Por isso, Kant explica que, assim como a sensibilidade produz as intuições e o entendimento gera os conceitos que devem ser ligados sinteticamente às intuições, as ideias são formadas pela razão e não têm nenhuma relação com a experiência, mas possuem um uso meramente regulador para a filosofia teórica, na medida em que permitem pensar uma ligação para o múltiplo da experiência, embora não permitam conhecer os objetos da experiência, contudo, os homens não se contentam com este uso meramente regulador e pretendem atribuir-lhe um uso constitutivo dos objetos da experiência, mas, como as ideias estão além de toda a experiência possível, então, isso gera um uso dialético da razão.

Porém, Kant volta a dar razão a Platão na medida em que este investigava as ideias principalmente no domínio do que é prático³ (KrV, A 314; B 371) porque os conhecimentos provenientes da liberdade são produtos da própria razão, pois não se podem extrair os conceitos da virtude a partir da experiência. Por isso, Kant afirma que a razão possui verdadeiramente causalidade e as ideias são causas eficientes no domínio moral, porque as ideias morais possuem realidade objetiva na filosofia prática e porque elas constituem deveres que determinam as ações humanas.

Neste sentido, Kant defende Platão quando Brucker (KrV, A 316; B 372) pretende ridicularizar a concepção do filósofo grego em sua obra *A república*, de que o príncipe não seria um bom governante se não orientasse as suas decisões pelas ideias. Realmente, o exemplo que Kant utiliza para explicar o significado da palavra “ideia” não é nenhum daqueles que investigará na “Dialética Transcendental”, mas é uma ideia da filosofia prática, a república. A república exige uma constituição que gere a máxima liberdade humana segundo o princípio de que o “livre o arbítrio de cada um deve coexistir com o livre arbítrio de todos os demais de acordo com uma lei universal da liberdade”, a qual deve orientar a legislação e o governo de modo que as constituições políticas se aproximem gradualmente da constituição republicana, embora a perfeição desta constituição nunca será plenamente alcançada. Por isso, Kant considera razoável a afirmação de Platão segundo a qual à medida que a legislação e o governo se aproximam da constituição republicana irão diminuindo as penas até o ponto de que nenhuma pena seja mais

necessária (KrV, A 317; B 373). Embora, uma vez mais Kant corrija Platão porque se, para o filósofo grego, as ideias constituem arquétipos imutáveis, para o prussiano, todo o domínio da moral provém da liberdade, que não pode ser totalmente determinada, pois pode exceder qualquer limite, o que deixa aberto o grau em que a humanidade pode se aproximar dela, bem como a grandeza do espaço que separa a ideia da sua realização (KrV, A 317; B 374).

Ademais, além desta ideia político-jurídica de república apresentada na *Crítica da razão pura*, onde ele afirma explicitamente que a constituição republicana, resultante da razão pura prática, não precisa estabelecer penas, porque elas se tornarão desnecessárias, Kant expõe uma segunda ideia de república, de caráter ético-religioso, no início da “Terceira Parte” da *Religião dentro dos limites da simples razão*: “a república universal segundo leis da virtude”, onde não faz referência explícita à ideia de pena, mas, devido à vitória do princípio bom sobre o princípio mal, fica implícito que as penas também não se tornarão mais necessárias.

Entre estas duas ideias de república há uma analogia, mas esta analogia é imperfeita, pois, embora ambas constituam uma forma de comunidade, implicam um conceito de estado (uma vez que possuem uma forma de legislação ou de constituição) e estes estados podem ser divididos em dois momentos, o estado de natureza e o estado civil, contudo, a comunidade jurídica se diferencia da comunidade ética, do mesmo modo que a legislação jurídica se distingue da legislação ética assim como, o estado de natureza jurídico e o estado civil jurídico se diferenciam do estado de natureza ético e do estado civil ético.

Um traço do estado de natureza, seja jurídico ou ético, é a ausência de uma legislação comum à qual os homens são submetidos, por isso, cada um é juiz em causa própria. Neste sentido, Kant descreve o estado de natureza jurídico citando explicitamente a famosa afirmação de Hobbes de que o estado de natureza é “um estado de guerra de todos contra todos”⁴, pois cada um usa a sua liberdade selvagem como lhe apraz, mas, diferentemente do filósofo inglês, para quem a guerra é efetiva, o estado de natureza, para Kant, constitui mais um estado de injustiça formal e não necessariamente material (RDV, p. 96-7), porque, ao permanecer no estado de natureza, somente existe a posse empírica que exige a detenção física do objeto externo do arbítrio, a qual é resultante da vontade unilateral do primeiro possuidor e permitida provisoriamente pelo postulado jurídico da razão prática, por isso, ninguém tem a posse jurídica, que é inteligível (porque o possuidor não necessita deter empiricamente o objeto), pois ninguém é obrigado a abdicar de usar um objeto externo pela mera vontade unilateral do outro, por isso, a posse empírica do estado de natureza possui a pretensão de se tornar jurídica, mas como uma antecipação e na espera da entrada no estado civil, mas somente mediante a vontade unificada do povo, que é omnilateral, todos podem concordar em abdicar de usar um objeto do arbítrio de outrem, instituindo a propriedade privada.

Mas, no estado de natureza ético, a ausência de uma legislação comum implica, uma diferença no modo de se fazer mutuamente a guerra entre todos com relação ao estado de natureza jurídico. Kant considera que existem dois princípios que regem o comportamento humano, uma propensão inata e subjetiva para o mau e uma disposição originária e objetiva para o bem. Evidentemente que não se pode supor que a maldade está originariamente inserida na natureza no homem, pois isto tornaria todas as ações humanas inimputáveis, já que ninguém

pode ser responsabilizado por agir segunda a sua natureza, por isso, o mal teve que ser contraído pelos homens, mas como foi o resultado de uma espécie de pecado original que acometeu toda a humanidade, então, se tornou inato (RDV, p. 96-7).

Além do mais, o mal é meramente subjetivo, mas não objetivo, porque os homens não podem deixar de ter consciência da lei moral, uma vez que ela é “como se fosse” um fato da razão, porém, podem usar, como móbil de sua ação, motivos empíricos ou patológicos, as inclinações, em lugar de agir por respeito à lei moral, ou por dever, o que pode ocorrer de três formas: (1) a fragilidade consiste na falta da força de vontade de obedecer a lei moral; (2) a impureza consiste na mescla de motivações empíricas juntamente com as morais na obediência à lei moral e; (3) a malignidade consiste em obedecer a lei moral unicamente por motivos empíricos. Portanto, no estado de natureza ético, todos os homens estão submetidos aos ataques do princípio mau (RDV, p. 29-30).

Por outro lado, o homem possui uma disposição originária e objetiva para o bem (RDV, p. 28) em virtude da consciência permanente da lei moral que não pode ser esquecida nem pelo pior facínora e, como pertence ao domínio do *noumenon* e não do fenômeno, não está no tempo, por isso, a dor da humilhação que ocorre quando o indivíduo recorda a sua má ação, nunca arrefece, por mais que o tempo passe.

Porém, ao contrário do estado de natureza jurídico, onde Kant se inspirou em Hobbes, na descrição do estado de natureza ético, ele se baseia em Rousseau⁵. Por isso, ele distingue o estado de natureza ético em duas etapas, uma primeira em que os homens vivem isolados uns dos outros e uma segunda etapa em que eles vivem em sociedade, mas não sob uma legislação comum. Contudo, enquanto os homens vivem isolados, eles são regidos pela disposição originária para o bem, já que, por natureza, possuem necessidades modestas e usufruem das coisas com moderação, portanto, o estado de natureza ético somente pode começar quando os homens passam a viver juntos, e não é necessário pressupor a maldade em nenhum deles, porque quando passam a viver juntos imediatamente acontece a comparação entre eles e cada homem passa a temer ser considerado pobre pelos demais, disso surge a inveja, a cobiça e o desejo de dominar os outros (RDV, p. 93-4). Consequentemente a sociabilidade é a origem do mau entre os homens e como eles entraram nesta situação juntos, ninguém pode sair dela sozinho, uma vez que todo esforço isolado imediatamente seria tragado de volta para este oceano de maldades, logo, a humanidade somente pode sair do estado de natureza ético e do domínio do princípio mau na medida em que todos no modo de se fazer mutuamente a guerra entre todos possam ingressar no modo de se fazer mutuamente a guerra entre todos no estado civil ético, ou seja, em uma comunidade ética, que seja regida pelo princípio bom. Evidentemente que ao contrário do que afirmam os muitos críticos de Kant, nesta descrição, tanto da entrada como da saída do estado de natureza ético, ele utilizou o conceito de intersubjetividade.

Em ambos os casos, a saída do estado de natureza e o ingresso no estado civil constitui um dever, mas os deveres são completamente diferentes entre si, porque, no âmbito jurídico, o postulado do direito público afirma que é um dever sair do estado de natureza e ingressar no estado civil com todos aqueles com quem se mantém relação para poder garantir o “seu” de alguém, já que permanecer no estado de natureza implica uma injustiça formal na medida em

que ninguém tem assegurado aquilo que é “seu”, por outro lado, no âmbito ético, o dever de sair do estado de natureza ético e ingressar na comunidade ética, apresenta uma característica e um princípio completamente diferentes de todos os demais deveres, porque os deveres em geral são sempre deveres que obrigam o indivíduo, seja com relação a sua pessoa ou à pessoa dos demais, mas o dever de ingressar na comunidade ética não é um dever para o indivíduo, haja visto que os homens entraram juntos no domínio do princípio mau e somente juntos, formando uma comunidade ética, podem sair dele, logo, o dever ético de ingressar no estado civil ético não constitui um dever para o indivíduo isolado, mas um dever da humanidade para consigo própria. Além disso, por mais difícil que seja obedecê-los, todos os outros os deveres dependem do poder do indivíduo para segui-los, mas o dever de constituir uma comunidade ética não depende apenas do poder do indivíduo, porque, por seu princípio, é preciso que todos conjuntamente decidam aderir a esta “república universal segundo leis da virtude” (*allgemeinen Republik nach Tugendgesetzen*) (RDV, p. 97-8).

Toda comunidade seja jurídica ou ética necessita uma legislação pública. Na comunidade jurídica o legislador é o povo, o qual forma uma vontade geral que faz leis externas coativas orientadas para a legalidade das ações, as quais devem ser conforme o dever; porém, na comunidade ética, o legislador não pode ser o povo, porque as leis estão orientadas para promover a moralidade das ações que são interiores, uma vez que cada indivíduo deve agir por dever, portanto, as leis éticas devem provir de um legislador diferente do povo, mas não podem ser pensadas como oriundas originariamente apenas deste legislador superior porque, então, seriam heterônomas e deveriam ser obedecidas pela sua legalidade conforme o dever, por isso, as leis de virtude devem provir de um legislador superior que precisa conhecer os corações humanos, penetrar na intimidade das intenções de cada um e proporcionar a cada um o que ele merece pelos seus atos, o que é o conceito de Deus, e a comunidade ética deve ser pensada como “um povo de Deus” (*ein Volk Gottes*) sob mandamentos divinos (RDV, p. 98-9).

Mas o estado civil jurídico ainda é um estado de natureza ético, porque as leis jurídicas têm que regular apenas o comportamento externo dos súditos e, por isso, são coativas. Ademais, constitui uma contradição que a comunidade política obrigue os seus cidadãos a entrar em uma comunidade ética, uma vez que no conceito da comunidade ética se inclui a liberdade com relação a qualquer coação. Se o legislador político tentar forçar os cidadãos a obedecer as leis públicas da virtude, não alcançará o seu objetivo e ainda tornará insegura a constituição política. Mas, se ambas as legislações resultarem da razão não se deve temer que haja conflito entre a legislação da comunidade ética e da comunidade política (RDV, p. 95-6).

Portanto, a constituição da comunidade ética possui princípios diferentes aos da constituição política, pois não é nem monárquica (sob um Papa ou Patriarca), nem aristocrática (sob os bispos), nem democrática (sob iluminados sectários), porém se parece mais com a sociedade doméstica, a família (RDV, p. 99-100).

Por fim, devem existir várias repúblicas políticas particulares, reunidas em uma federação de estados, mas nunca em um estado de povos, porque isto seria uma monarquia universal e, quando o estado se torna muito grande, as leis deixam de ser obedecidas pela virtude dos cidadãos o que tem que ser compensado pelo aumento da força, então ela acaba por se tornar

o maior dos despotismos e, depois de uma revolução violenta, termina em anarquia, mas a comunidade ética precisa ser universal, reunindo a unanimidade dos homens e inclusive dos seres racionais finitos, porque os deveres de virtude concernem a todos os seres racionais em geral e dividida em comunidades particulares acaba provocando o retorno do princípio mau, por isso, a comunidade ética tem que ser uma república universal segundo leis da virtude (RDV, p. 96).

Consequentemente, a ideia político-jurídica de república e a ideia ético-religiosa de república segundo as leis da virtude, como as demais ideias da razão, possuem um uso meramente regulador para a razão teórica, mas possuem realidade objetiva para a razão prática, na medida em são deveres que determinam as ações dos homens. Além disso, devem nortear o progresso moral da espécie humana de modo a que a humanidade se aproxime constante e gradualmente de uma condição na qual nenhuma pena será necessária porque nenhum crime será cometido na medida em que os homens agirão tanto exteriormente conforme a lei (legalidade) como interiormente tomando a lei como móbil de sua ação (moralidade).

Contudo, precisamente por serem ideias da razão, elas jamais podem ser realizadas plenamente na experiência. Roberto Aramayo descreve esta aproximação constante por meio da metáfora da assíntota⁶, que ocorre na matemática, como nas funções tangente e exponencial, no qual uma curva se aproxima constantemente de uma linha reta, sem jamais tocá-la. Porém, esta imagem da aproximação assintótica é muito derrotista porque indica que a realidade sempre apresentaria uma imperfeição com relação à perfeição da ideia ou haveria um déficit na realização dos desígnios da razão prática. Por isso, o significado kantiano de ideia da razão é mais precisamente caracterizado pela metáfora do horizonte: do ponto em que os homens se encontram pode-se ver o horizonte ao longe, porém, por mais que se caminhe em direção a ele, o horizonte também se desloca, de modo que ele nunca é alcançado. Neste sentido, à medida em que a humanidade age segundo as ideias de república que estão no seu horizonte, estas ideias gradualmente são realizadas nas instituições históricas, mas, justamente por isso, o horizonte também vai se deslocando e a humanidade percebe problemas gerados pela aproximação da ideia, o que desperta a necessidade de implementar novas instituições em um processo que se retroalimenta incessantemente.

Porém, se as ideias de república são ideias da razão das quais a humanidade se aproxima constantemente sem jamais alcançá-la, então, torna-se necessário que a razão prática elabore uma doutrina jurídica, incluindo uma doutrina penal, porém esta doutrina não é necessária por causa da imperfeição existente entre a ideia e a realidade, mas porque o processo de caminhada até o horizonte da ideia nunca pode ter um fim.

II. O DIREITO PENAL DERIVADO DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA.

Desde o alvorecer de sua filosofia crítica, Kant associou o conceito de pena com a ideia de república e de constituição republicana. E, embora Kant tenha apresentado alguns aspectos destas ideias em seus trabalhos de história filosófica da década de 80 como *Ideias para uma história universal em sentido cosmopolita* (1783) e *Começo provável da história humana* (1786), bem como de filosofia política dos anos 90, *Teoria e práxis* (1793) e *Rumo à paz perpétua* (1795),

somente na “Doutrina do direito” (1797) ele faz uma exposição detalhada dos princípios jurídicos e das instituições políticas que resultam da ideia de constituição republicana. Isso explica o lugar, em sua obra, no qual aparece a sua teoria penal; primeiro ele apresenta de modo preciso os princípios e as instituições que derivam da ideia de constituição republicana no “Direito político”, a divisão de poderes, começando pelo legislativo, o executivo e terminando com o poder judiciário, no final do § 49 e, somente na sequência, apresenta na seção E da “Observação Geral”, intitulada “Efeitos jurídicos que derivam da natureza da união civil”, os princípios que devem reger a teoria penal. Posteriormente, ele retorna brevemente a tratar do direito penal no item 5 do “Apêndice”, intitulado “Observações explicativas sobre os *Princípios metafísicos da doutrina do direito*”, inserido na segunda edição da obra em 1798, como resposta às objeções apresentadas por uma resenha realizada por Bouterwek.

Portanto, na ordem da exposição kantiana, o modo como devem ser organizadas as instituições da justiça segundo a constituição republicana precede a apresentação dos princípios norteadores da teoria penal, contudo, neste artigo, expõe-se primeiro os princípios do direito penal e, só posteriormente, o modo como devem ser organizadas as instituições republicanas necessárias para aplicar as leis penais⁷. As razões para esta inversão na ordem da exposição, acreditamos encontrar na própria ideia de constituição republicana de Kant, pois os princípios da legislação penal devem ser elaborados pelo poder legislativo, o qual, ainda que ambigualmente, tem prevalência conceitual e até mesmo positiva sobre a aplicação da pena pela justiça.

A exposição kantiana da doutrina penal começa com uma explicação bastante esdrúxula para o pensamento jurídico contemporâneo, na qual ele distingue entre crime privado e crime público com base na ideia de que alguns crimes são privados porque afetam somente o indivíduo como é o caso da contravenção em que uma parte fraudula a outra nas relações comerciais e que devem ser julgados pela justiça civil, enquanto outros crimes seriam públicos porque põem em risco toda a comunidade, como a falsificação de moeda, o furto, etc., que devem ser julgados pela justiça penal (MdS, p. 331).

Mas, logo em seguida, desenvolve a questão central da teoria penal, na medida em que indaga qual é o conceito de pena fundamentado pela razão prática. Ele apresenta o conceito de pena a partir de duas perspectivas: (1) inicialmente mostra o único conceito de pena que deriva do imperativo categórico; (2) depois, mostra como este conceito de pena é também o único compatível com a constituição republicana. Pois, como era de se esperar, não pode existir qualquer contradição entre as partes da metafísica dos costumes.

Apesar de existirem várias fórmulas do imperativo categórico apresentadas na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, na *Crítica da razão prática*, de 1788, Kant somente usou a primeira fórmula, “aja de tal modo que possas querer que a tua máxima se converta em uma lei universal”, mas nas obras de filosofia política de jurídica dos anos 90, utiliza apenas a fórmula da humanidade: “trates a humanidade na tua pessoa e na pessoa dos demais sempre simultaneamente como um fim em si mesmo e nunca meramente como um meio”⁸. O problema é que a interpretação desta fórmula tem sido objeto de muitas polêmicas, porque, por um lado, pode-se fazer uma “interpretação forte” segundo a qual a humanidade na própria pessoa e na pessoa dos demais, somente pode ser tratada como um fim em si mesmo e nunca como um

mero meio, mas, por outro lado, pode-se fazer uma “interpretação fraca”, quando se admite que a humanidade da pessoa possa ser tratada como um meio, desde que seja tratada simultaneamente como um fim.

O grande problema é que Kant parece admitir as duas interpretações da fórmula da humanidade. Por exemplo, ele claramente emprega a “interpretação fraca” em *Rumo à paz perpétua*, quando investiga o terceiro artigo preparatório no qual considera que se devem dissolver os exércitos permanentes. Nos comentários sobre este artigo, ele argumenta que os exércitos permanentes violam a fórmula da humanidade do imperativo categórico, porque, ao receber um salário, os soldados tornam-se mercenários, meras máquinas ou instrumentos na mão do estado o que implica que a humanidade na sua pessoa é utilizada meramente como meio. Contudo, isso não significa o fim de toda e qualquer força militar, pois, Kant propõe que os soldados mercenários sejam substituídos por uma milícia de cidadãos, os quais, de maneira voluntária, mas regular, devem realizar práticas militares para que estejam prontos para defender a si mesmo e a pátria de seus inimigos. A milícia de cidadãos concorda com a fórmula da humanidade do imperativo categórico, porque tanto os próprios soldados como o estado trata a humanidade da pessoa como um fim em si mesmo na medida em que são os próprios cidadãos que se dispõem voluntariamente para a defesa da pátria (ZeF, p. 345). Deve-se ressaltar que, nesta passagem, Kant parece pensar que os cidadãos usam a sua humanidade exclusivamente como um fim em si mesmo, mas, a existência das milícias somente se justifica para um outro fim, a defesa da pátria, portanto, tanto os cidadãos quanto o estado estão usando a humanidade também simultaneamente como um meio.

Contudo, no caso do direito penal, Kant nega taxativamente a “interpretação fraca” e considera permitida somente a “interpretação forte” do imperativo categórico segundo a qual somente é possível tratar a humanidade como um fim em si mesmo e nunca como um meio:

A penal judicial...não pode jamais servir meramente como um meio para fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente, seja para a sociedade civil⁹, mas lhe deve ser imposta simplesmente porque delinquiou; porque o homem nunca pode ser manejado como um meio para outros fins nem confundido com os objetos do direito real (MdS, p. 331)¹⁰.

E Kant reforça a sua afirmação com um exemplo: suponhamos que um prisioneiro tenha sido condenado à morte e que um médico tenha desenvolvido um medicamento presumivelmente capaz de curar a doença, mas que não tenha sido testado, então, seja oferecido ao prisioneiro a possibilidade de escolher testar o medicamento, cujos efeitos são desconhecidos e inclusive possa levá-lo à morte, mas, caso escape ileso, então, lhe deve ser oferecido o perdão da pena. Naturalmente que isto consiste em tratar a humanidade na pessoa do condenado como um meio, tanto pelo próprio condenado como pela justiça, mas não como um mero meio, pois o medicamento somente pode ser testado em pacientes que possuam uma doença capaz de ser tratada por ele, que o médico acredita poder curar, porque de nada adiantaria ministrar um remédio a um paciente saudável ou que não seja acometido da doença indicada para o remédio, portanto a intenção do médico é curar o paciente com uma droga nova e potencialmente perigosa, além de comprovar a validade do medicamento que poderá curar outros pacientes

portadores da mesma enfermidade, logo, trata a humanidade também como um fim e não meramente como um meio. Não obstante, Kant desconsidera totalmente esta possibilidade e a recusa veemente justamente porque ela implica tratar a humanidade como um meio proveitoso tanto para o acusado quanto para a comunidade e, usando os termos da *Fundamentação* acerca do valor da dignidade, afirma que a justiça também não pode ser vendida por um preço (MdS, p. 331-2).

Se Kant aceitasse a “interpretação fraca” do imperativo categórico, então, poderia admitir uma teoria utilitarista da pena, as quais são predominantes na contemporaneidade, como a de que o papel da pena é a recuperação do criminoso ou de que a pena visa a pacificação social, etc...mas, em qualquer um dos casos isso implicaria usar a humanidade como um meio, mesmo que não meramente como um meio, pois também implicaria em tratá-la como um fim porque, ao reabilitar o condenado, a sociedade visa o seu próprio bem-estar, mas também o bem-estar do condenado, ou a pacificação social visa a segurança dos demais cidadãos, mas também a segurança do condenado. No entanto, Kant somente aceita a “interpretação forte” que exige tratar a humanidade unicamente como um fim em si mesmo e jamais como um mero meio, por isso, a pena não deve visar nenhum fim material ou empírico, mas deve ser imposta simplesmente porque se cometeu um delito.

Por conseguinte, não há desculpa para flexibilizar o conceito de lei penal a partir da teoria da felicidade, seja com o objetivo de alcançar proveito para o próprio criminoso, seja para a sociedade, por isso, Kant afirma que “a lei penal é um imperativo categórico”, de tal modo que “se a justiça perece, então, carece de valor que os homens vivam sobre a terra” (MdS, p. 332) .

Consequentemente, o legislador, que deve elaborar da lei penal, não pode ser indiferente ao tipo de pena que tem que promulgar para cada caso e também não pode estabelecer a pena por razões pragmáticas, escolhendo o castigo mais eficiente para coibir os crimes, porque isto implicaria tratar a humanidade do acusado como um mero meio e não como um fim em si mesmo (MdS, p. 362).

Portanto, para responder qual o conceito de lei penal compatível com o imperativo categórico, é preciso indicar inicialmente quem deve ser o legislador, segundo a constituição republicana:

O poder legislativo corresponde à vontade unificada do povo. Porque, como dele deve proceder todo o direito, não pode agir injustamente contra ninguém através da lei. Porque se alguém promulga algo contra o outro, é sempre possível que cometa uma injustiça contra ele, mas nunca naquilo que decide sobre si mesmo (*volenti non fit iniuria*). Consequentemente, só a vontade unificada e concordante de todos, na medida em que decidem o mesmo cada um sobre todos e todos sobre cada um, ou seja, só a vontade popular universalmente unificada, pode ser legisladora (MdS, p. 313-4).

Mas, disto se conclui que, quando um súdito comete um crime contra outro, ele age contra a vontade unificada do povo, que é também a sua própria vontade legisladora expressa na lei penal, logo, ele comete o crime contra si mesmo: “portanto, qualquer mal não merecido que causas a outro no povo, comete-o contra si mesmo”. Consequentemente a concepção republicana da pena é a lei de Talião (*ius talionis*), “olho por olho, dente por dente”, o que significa

que o castigo deve ser igual ao crime cometido. Neste sentido, Kant usa, como metáfora, o próprio símbolo justiça, no qual uma mulher vendada segura os pratos da balança na busca do equilíbrio (MdS, p. 332).

A lei de talião, que estabelece a reciprocidade entre crime e castigo, constitui o “imperativo categórico da justiça penal” (*kategorische Imperativ der Strafgerechtigkeit*) (MdS, p. 336-7), porque, por não pender mais para um lado do que para o outro, trata a humanidade da pessoa como um fim em si mesmo e nunca como um meio, na medida em que não leva em consideração qualquer elemento empírico na avaliação do castigo que deve ser aplicado para o crime, pois deve ser aplicado apenas porque o súdito praticou o delito, enquanto qualquer outra definição de pena introduz aspectos pragmáticos relativos a sua eficiência.

Por isso, Kant afirma que quem difamou, difamou a si próprio, quem agrediu, agrediu a si próprio, quem roubou, roubou a si próprio e quem matou, matou a si mesmo. Isso não significa que Kant considera que a lei de talião deve ser aplicada exatamente segundo a letra da lei, o que nem sempre é possível por causa das condições econômicas e sociais que diferenciam as partes envolvidas, portanto, muitas vezes é preciso aplicá-la segundo o seu espírito.

Então, aqueles que difamam outra pessoa devem ser condenados a pagar uma multa, contudo, Kant observa que as pessoas ricas não se importariam muito com isso e poderiam, inclusive, se permitir caluniar algumas vezes outras pessoas, então, a multa atribuída ao caluniador não geraria no seu orgulho uma humilhação equipável àquela sofrida na honra da pessoa caluniada, por isso, além da multa, o acusado deveria sofrer uma sanção adicional, como se retratar publicamente ou beijar a mão da pessoa caluniada (MdS, p. 332).

Deve-se destacar que a filosofia prática kantiana é constantemente acusada de não levar em consideração as condições empíricas, mas, neste caso concreto, Kant explicita que, para atender ao espírito da lei de talião, a humilhação do caluniado precisa ser equivalente à humilhação do caluniador, mas, então, é indispensável que se considerem as condições sensíveis para averiguar a igualdade entre o delito e a pena, o que somente pode ser realizado, atribuindo a pena de acordo com a condição econômica e a posição social das partes envolvidas (MdS, p. 332).

Neste mesmo sentido, Kant entende que a lei de talião não deve ser aplicada literalmente sobre o agressor, mas também segundo o seu espírito, e novamente é preciso levar em consideração as condições econômicas e sociais dos envolvidos, por isso, uma pessoa nobre quando agride uma pessoa socialmente inferior, além de um pedido de desculpas deve ser condenada a um período “isolado e doloroso” na prisão a fim de sofrer “incomodidades” que afetem “dolorosamente a sua vaidade” e que o autor pague o que deve na mesma moeda, “por meio da vergonha” (MdS, p. 332-3).

Do mesmo modo, no crime de roubo também se deve considerar o espírito e não a literalidade da lei de talião e entender o significado da afirmação “os que roubam, roubam a si mesmos” no sentido de que o roubo torna insegura toda propriedade, incluindo também a sua própria, por causa do princípio de reciprocidade estabelecido pela lei de talião, consequentemente, o ladrão deve ser considerado como alguém que não tem nada e não pode adquirir

nada, portanto, ele somente pode viver se outros os sustentarem, mas como o estado não fará isso de graça, então, a punição para o roubo deve ser a condenação a trabalhos forçados na prisão pelo tempo necessário até que pague a sua pena, o que, segundo Kant, equivale à escravidão por um período determinado, embora, possa ser para sempre, dependendo da pena naturalmente (MdS, p. 333).

Ele conclui a análise das penas correspondentes aos crimes elencados na letra E das “Observações gerais” com o único dos casos em que se pode efetivamente aplicar a lei de talião literalmente, ao qual dedica maior atenção do que os outros: a pena de morte (embora, também neste caso, existe uma exceção: o infanticídio do filho ilegítimo¹¹). Kant afirma que os homicídios devem ser punidos com a morte dos assassinos, uma vez que não existe outra pena equivalente para este crime, por mais duro que seja outro castigo e por mais penosa que possa tornar a vida do assassino. Embora, neste caso, Kant negue que se possa aplicar a justiça com as próprias mãos e, ao contrário, da calúnia e da agressão, em que insiste na necessidade de humilhar os condenados para compensar a humilhação sofrida pelas vítimas, no caso da pena de morte, ele recusa explicitamente o tratamento ultrajante para o condenado, pois isto afetaria a humanidade da pessoa do condenado (MdS, p. 333).

Kant também considera necessário responder à teoria defendida pelo Marquês de Beccaria em sua famosa obra *Do delito e das penas* (1764), segundo a qual a pena de morte é ilegítima (MdS, p. 335). De acordo com a teoria contratualista, vigente na Modernidade, o indivíduo é portador de determinados direitos naturais no estado de natureza, mas deve renunciar a ele, juntamente com todos os demais, através do contrato social, para ingressar no estado civil, instituindo um soberano (que representa o contrato social ou que é o próprio pacto social) o qual detém a soma de todos os direitos que os indivíduos renunciaram. O problema é que os contratualistas se dividiram entre os que consideram que a renúncia aos direitos naturais é mínima, os liberais, o que significa que o indivíduo continua mantendo a maior parte dos seus direitos naturais contra o soberano no estado civil, e os que consideram que a renúncia é total, os republicanos, indicando que todo direito emana da vontade do soberano, que é a própria vontade do povo unido. O Marquês de Beccaria adota a posição liberal, pois considera que o direito natural à vida é inalienável, então, ninguém pode dispor de sua própria vida, logo também não pode renunciar a ela, juntamente com todos os demais, no contrato social em favor do soberano, o qual, portanto, não pode instituir a pena de morte¹².

Kant, como sempre, adota a posição republicana, expressa por Hobbes e Rousseau, segundo a qual a renúncia aos direitos naturais pelos indivíduos no contrato originário deve ser total, porém, considera que qualquer um que legisle sobre outro pode ser injusto contra o outro, por isso, somente o povo unido, ao legislar, jamais pode ser injusto contra ninguém, o que lhe permite repetir a fórmula do genebrino, segundo a qual o indivíduo deve renunciar a todos os seus direitos naturais em favor do soberano, para recuperá-los integralmente no estado civil, porque a vontade unificada do povo não pode ser injusta contra ninguém. E também, como sempre, em tom zombeteiro e jocoso, recusa a posição liberal afirmando que o Marquês de Beccaria é movido por um “sentimentalismo compassivo de um humanismo afetado” e que seu argumento contra a pena de morte não passa de um “sofisma” produzido por um “rábula” (MdS, p. 335).

Segundo Kant o sofisma consiste em três partes: (1) a pena de morte é ilegal porque não pode estar contida no contrato originário; (2) no caso de que estivesse contida, isso implicaria que cada indivíduo no povo teria que concordar em entregar a sua vida se matasse outro indivíduo do povo; (3) mas, este consentimento é impossível porque ninguém pode dispor de sua vida para entregá-la no contrato social (MdS, p. 335).

E, para responder ao sofisma do Marquês de Beccaria, ele apresenta também três argumentos: (1) ninguém pode ser punido porque deseja, uma vez que se ocorrer aquilo que se deseja não há punição nenhuma, simplesmente porque é impossível querer ser punido, por isso, os indivíduos devem ser punidos quando eles desejam uma ação que é passível de punição; (2) além disso, o cidadão, na função de legislador que aprova a lei penal, não pode ser confundido com o súdito que se submete a ela, pois, ainda que seja o mesmo indivíduo, são “pessoas” distintas porque desempenham funções diferentes. Aliás, quando o súdito é condenado por um crime, ele não pode ser legislador de jeito nenhum porque isto acarreta a perda dos seus direitos políticos durante a vigência da condenação¹³. Por isso, Kant afirma que “o legislador é santo”. Portanto, quando “eu”, como legislador, aprovo a lei penal contra “mim”, como criminoso, são duas “pessoas” distintas, pois o “eu” legislador é o *homo noumenon*, a razão pura em mim, enquanto o “eu” que sofre a sanção da lei penal é o *homo phaenomenon*, passível de realizar uma ação criminosa, mas isto implica que no contrato originário, onde todos são legisladores, não pode estar contida a promessa de aceitar ser castigado e nem de dispor de sua vida; (3) ademais, se a faculdade de punir dependesse da promessa do criminoso de aceitar o castigo, então, caberia a ele próprio julgar se merece a punição e, portanto, o criminoso seria o seu próprio juiz (MdS, p. 335).

Evidentemente que Kant tem razão, pelos argumentos elencados acima, em assinalar que consiste em um sofisma considerar que os participantes do contrato originário (que é uma simples ideia da razão com indubitável realidade prática, mas não um fato histórico) precisam dar o seu consentimento para a aplicação da pena, inclusive a pena de morte, porque isto implicaria exigir que o legislador se colocasse na posição do criminoso e avaliar que pena mereceria para seu crime, mas isto seria confundir a figura do legislador com a do criminoso, colocar o criminoso na função de juiz em causa própria e, conseqüentemente, resultaria na negação de todo direito penal, pois ninguém atribuiria pena nenhuma para si próprio. Contudo, a crítica de Kant responde corretamente aos sofismas 1 e 2 do Marquês de Beccaria, mas não é suficiente para responder ao item 3, o qual consiste no núcleo do seu argumento contra a pena de morte, na medida em que afirma que a vida é um direito inalienável ao qual não se pode renunciar.

Em seguida, Kant considera que existem dois casos de homicídio que são exceções e que não devem ser punidos com a pena de morte, embora ele não diga exatamente qual deve ser a pena. O primeiro é o infanticídio cometido pela própria mãe do seu filho ilegítimo¹⁴ e o segundo o homicídio do adversário em um duelo entre militares. No infanticídio do filho ilegítimo cometido pela própria mãe, Kant considera que a criança nasceu fora da lei, ou seja, do matrimônio e, portanto, também fora da proteção da lei, pois foi introduzida furtivamente na comunidade como se fosse uma mercadoria contrabandeada (*wie verbotene Ware*) de modo que comunidade pode ignorar tanto a sua existência como a sua eliminação, porque a legi-

slação não pode apagar a desonra de um nascimento ilegítimo e a desonra da mãe quando o acontecimento for descoberto (MdS, p. 336). Da mesma forma, não se pode ignorar a desonra que acometeria um militar que se recusasse a se bater em duelo contra outro militar (MdS, p. 336). Em ambos os casos, Kant afirma que estes homicídios não podem ser denominados propriamente de assassinato e, embora deva objetivamente valer o imperativo categórico da justiça penal segundo o qual os assassinatos devem ser punidos com a pena de morte, enquanto a legislação continue sendo bárbara e rudimentar, subjetivamente deve-se levar em consideração o móbil da honra no povo. Isto constitui outro exemplo de que o próprio Kant entende que a justiça penal deve levar em consideração as condições sociais uma vez que a concepção de honra do povo influencia na interpretação da lei (MdS, p. 337).

Contudo, no item 5 do “Apêndice”, Kant, induzido pelas objeções de Bouterwek, analisa os casos dos delitos nos quais não somente é impossível apená-los literalmente pela lei de talião, mas, caso se mantivesse a igualdade entre crime e castigo, exigida pela literalidade da lei de talião, isto implicaria que o próprio castigo também transgrediria a humanidade na pessoa do acusado, como ocorre na violação, na pedofilia e na zoofilia (denominada, por ele, bestialidade), pois, como estes delitos são “contranaturais” e são cometidos contra a própria humanidade, então, uma pena que pagasse na mesma moeda, também agiria contra a humanidade. Mais uma vez, Kant recorre ao espírito da lei de talião, por isso, os violadores e os pedófilos devem ser punidos com a castração, enquanto os que fazem sexo com animais devem ser expulsos da sociedade humana, uma vez que eles próprios se excluiram dela (MdS, p. 363).

Deve-se concluir, portanto, que, de todas as penas elencadas por Kant, a única em que se pode aplicar literalmente a lei de talião consiste na pena de morte, porque, em todos os demais casos, de fato, é impossível aplicá-la e, em alguns, se a pena fosse aplicada segundo a letra da lei de talião, incorreria claramente em uma transgressão do imperativo categórico, por isso, ele teve que apelar para o seu espírito. É verdade que esta é a pena capital e é razoável que tenha merecido maior atenção de Kant, mas isto significa admitir que ele tomou o caso pena de morte como paradigma para formular a lei de talião como imperativo categórico da justiça penal e precisou ajustá-la para o restante do direito penal.

A partir das reflexões apresentadas anteriormente fica claro que Kant entende que a aplicação da lei talião segundo a sua letra ou o seu espírito, constitui o imperativo categórico da justiça penal na medida em que é a única forma da lei penal que consiste em tratar a humanidade na pessoa do condenado sempre como um fim em si mesmo e nunca meramente como um meio, contudo, cabe investigar se a aplicação da lei penal afeta o conceito de dignidade da pessoa. Recordemos que nos dois primeiros casos analisados, a calúnia e a agressão, a honra das vítimas é afetada, por isso, a aplicação da lei de talião segundo o seu espírito, exige que as penas correspondentes retribuam na mesma moeda com a humilhação da honra dos condenados: “o homem nobre e rico, quando é golpeado no bolso, sente mais a humilhação de ter que se curvar à vontade do homem inferior do que a perda de dinheiro” (MdS, p. 363). Contudo, Kant entende que esses não podem ser considerados casos especiais porque “em todo castigo tem algo de humilhante para a honra do acusado” e ele acrescenta, “com razão”¹⁵, indicando a sua anuência ao fato de que a pena deve realmente humilhar o acusado de forma generalizada

para todo e qualquer crime, mesmo para aqueles em que o delito não afeta diretamente a hora da vítima (MdS, p. 363).

No entanto, Kant resolve esta aparente contradição separando o conceito de dignidade em dois níveis distintos, pois, além do conceito de dignidade oriundo da *Fundamentação*, ele apresenta um segundo conceito de dignidade. Nas “Observações”, ele afirma que, desde que a pena seja aplicada dentro do princípio de retribuição entre crime e castigo estabelecido pela lei de talião e o acusado seja condenado simplesmente porque delinuiu, sem qualquer outra consideração de natureza empírica, então, a pessoa do acusado não é tratada como um mero meio e, portanto, a sua “personalidade inata” (*angeborene Persönlichkeit*) fica protegida, embora seja afetada a sua personalidade civil (MdS, p. 331). E, na nota inserida no item 5 do “Apêndice”, ele reforça e esclarece melhor o significado deste novo conceito de dignidade dizendo que o castigo humilha a honra do acusado porque suspende a sua “dignidade de cidadão” (*die Würde eines Staatsbürgers*), pelo menos durante a condenação, porque a lei penal consiste em um dever externo que implica na coerção unilateral em relação a qual o acusado não pode oferecer nenhuma resistência (MdS, p. 363).

Por fim, é preciso registrar quem deve julgar os súditos e aplicar a lei penal elaborada pelo poder legislativo no âmbito da constituição republicana. Até a publicação de *Rumo à paz perpétua* em 1795, Kant considerava que deveriam existir apenas 2 poderes, o poder legislativo e o poder executivo, como ele explicou no princípio de representação. Neste opúsculo, Kant parte da concepção rousseauiana de que daquilo que é particular não se pode formar uma vontade geral e que os atos do legislador são atos gerais, resultantes da vontade geral e expressos na forma de leis iguais para todos, mas os atos do governo são atos particulares, que expressam a vontade particular, e devem ser promulgados como decretos, então, se a mesma pessoa legisse e governasse, seria muito difícil evitar a contaminação da vontade geral pela vontade particular, por isso, Rousseau concebeu que o legislador deve ser o povo unido, mas o governo deve ser eleito entre os membros de uma aristocracia natural¹⁶. Por isso, Kant entende que o princípio de representação, estabelece que o poder legislativo seja separado do poder executivo (ZeF, p. 352).

Kant somente introduz a divisão em três poderes na “Doutrina do direito”, em 1797, onde continua sustentando a concepção rousseauiana de que o poder legislativo deve ser exercido pela própria vontade unificada do povo e elaborar leis de caráter geral, igualitárias para todos os súditos, mas que o poder executivo deveria ser exercido por um governante, um príncipe ou um presidente, que faria decretos particulares. Contudo, agora ele introduziu o terceiro poder, o poder judiciário, distinto tanto do legislativo quanto do executivo porque estes dois poderes não podem, na vigência da constituição republicana, julgar o súdito. A razão pela qual o judiciário deve constituir um poder separado do legislativo e do executivo provém do princípio da vontade unificada do povo, coração da constituição republicana, segundo o qual qualquer um que julgue o outro pode ser injusto contra ele, por isso, somente o povo unido, ao julgar a si mesmo, não pode ser injusto contra ninguém. Acontece que nos poderes legislativo e executivo, o súdito é meramente passivo com relação às autoridades, portanto, no caso de um conflito entre eles, caberia às autoridades destes poderes tomar a decisão e, como

não seria o próprio povo que se pronunciaria sobre a culpabilidade ou inocência de um de seus concidadãos, então, estes servidores públicos poderiam agir injustamente contra o súdito (MdS, p. 317).

Consequentemente, deve-se instituir um poder judiciário independente composto por funcionários do estado, os juízes e os tribunais, capazes de emitir a sentença judicial, a qual constitui um ato particular relativo ao súdito. Contudo, este magistrado também pertence ao povo e, justamente por isso, não constitui a totalidade do povo unido, por isso, Kant afirma que ele também não está investido do poder de atribuir a cada súdito o que é seu, porém, o mais correto seria dizer que este magistrado também poderia ser injusto contra o súdito, pois somente o povo unido não pode ser injusto contra ninguém. Por isso, somente o povo unido pode julgar a si próprio, porém apenas mediatamente, através da livre escolha de representantes, os quais são delegados por ele mesmo, entre os seus concidadãos, especificamente para cada julgamento, o jurado (MdS, p. 317).

BIBLIOGRAFIA:

ARAMAYO, R. *Crítica de la razón ucrónica*. Madrid: Tecnos, 1992.

BASTA, D. La justicia penal en Kant. *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, n. ° 18, 2004, p. 283-295. UNED, Madrid.

BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*. Milano: Letteratura Italiana Einaudi, 1973.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

FORSCHNER, M. “Kant versus Bentham. Vom vermeintlich kategorischen Imperativ des Strafgesetzes”. In: BRANDT, R. *Rechtsphilosophie der Aufklärung*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1982, p. 376-398.

HOBBS, Th. *Leviathan*. Printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard. Prepared for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought, by Rod Hay. London, 1651.

HÖFFE, O. “Kant Begründung des Rechtszwangs und der Kriminaistrafe”. In: BRANDT, R. *Rechtsphilosophie der Aufklärung*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1982, p. 335-373.

HRUSCHKA, J. “Die interpretation von Kants Strafrechtsphilosophie. Eine Wissenschaft oder eine Ideologie?”. In: BRUGSTALLER, M. (org.). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, Walter de Gruyter, 201, p. 232-235.

LOCKE, J. *Two treatises of government*. New York: A Mentor Book, 1965.

KANT, I. *Kants Gesammelte Schriften*. Hrsg. von der Königlichen Preussischen, bzw. von der Deutschen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Walter de Gruyter, 1902 ss.

MERLE, J.-Ch. A Kantian Critique of Kant’s Theory of Punishment. *Law and Philosophy*, 19: 3, 2000, p. 311-38.

MURPHY, J. G. “Does Kant have a Theory of Punishment”. *Columbia Law Review*, 87, 1987, p. 509-32.

OBERER, H. "Über einige Begründungaspekte der kantischen Strafrechtslehre". In: BRANDT, R. *Rechtsphilosophie der Aufklärung*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1982, p. 399-423.

POTTER, N. "Kant on Punishment". In: HILL, Th. E. jr. (org.). *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*. Oxford: Willey - Blackwell, 2009.

ROUSSEAU, J-J. *Du contrat social*. Paris: Gallimard, 1964.

Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes. Paris: Gallimard, 1969.

SALOMON, M. Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 23 (1912), p. 1-34.

SANTOS, R. A concepção de justiça penal na doutrina do direito de Kant. Florianópolis: *ethic@*, v. 10, n. 3, p. 103-114.

RESUMO: A fundamentação kantiana da doutrina penal parece problemática porque a ideia político-jurídica de república indica que nenhuma pena será necessária porque nenhum crime será cometido, enquanto a ideia ético-religiosa de república estabelece que é um dever a humanidade ingressar em uma comunidade ética segundo as leis da virtude. Mas, precisamente porque a ideia de república é uma ideia da razão da qual a humanidade deve se aproximar constantemente sem jamais alcançá-la, a razão prática deve fundamentar uma doutrina penal. A lei penal fundamentada pela razão prática é um imperativo categórico que exige tratar a humanidade como um fim em si mesmo e nunca meramente como um meio, por isso, o legislador, que segundo a constituição republicana é o povo unido, somente pode fazer leis segundo o princípio de que qualquer um que legisle em nome de outro pode ser injusto contra ele, por isso, somente o povo unido ao legislar não pode ser injusto contra ninguém, mas isto implica que o delito constitui um ato do súdito contra a sua própria vontade legisladora, por isso, todo crime cometido contra outro é cometido contra si mesmo, o que é expresso pela lei de talião.

PALAVRAS-CHAVE: Kant; direito; república; direito penal; lei de talião.

ABSTRACT: The Kantian foundation of criminal doctrine seems problematic because the republican political-juridical idea indicates that no penalty will be necessary because no crime will be committed, whereas the republic's ethical-religious idea establishes that it is a duty for humanity to enter into an ethical community according to Laws of virtue. But precisely because the idea of republic is an idea of why mankind must constantly approach without ever attaining it, practical reason must ground a criminal doctrine. Criminal law based on practical reason is a categorical imperative that requires treating humanity as an end in itself and never merely as a means, so the legislator, who according to the republican constitution is the united people, can only make laws according to The principle that anyone who legislates on behalf of another may be unjust against him, therefore, only the people united to the legislature cannot be unjust against anyone, but this implies that the crime constitutes an act of the subject against his own will Legislator, therefore, every crime committed against another is committed against itself, which is expressed by the law of talion.

KEYWORDS: Kant; right; republic; Criminal law; the law of talion.

NOTAS / NOTES

1 Aylton Barbieri Durão is professor of the Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), of the Programa de Pós-Graduação in Philosophy (PPG/UFSC). The author writes on the following subjects: Moral, Political and Legal Philosophy.

2 Lista de abreviaturas: KrV, Kritik der reinen Vernunft; RGV, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft; Zef, Zum ewigen Frieden; MdS, Methaphysic der Sitten.

3 Razão parcial, porque Platão também as relacionava com os conhecimentos teóricos.

4 "condition of mere nature (which is a condition of war of every man against every man)". HOBBS, Th. *Leviathan*. p. 84.

5 ROUSSEAU, J-J. *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*. p. 100-1.

6 ARAMAYO, R. *Crítica de la razón ucrónica*. p. 191.

7 Há três conceitos de pena que não serão abordados neste trabalho, porque o seu caráter simultaneamente político e jurídico vai além do escopo deste artigo, voltado especificamente para a teoria penal: (1) o magnicídio, como pena aplicada ao monarca, na condição de soberano, como ocorreu nos casos de Carlos II durante a Primeira Revolução Britânica e de Luís XVI na Revolução Francesa; (2) a aplicação da pena sobre o chefe do poder executivo na constituição republicana e; (3) a pena que deve ser atribuída aos súditos que resistem ao soberano.

8 Embora esta observação mereça ser investigada com detalhes, o seu tratamento foge do escopo deste artigo.

9 No século XVIII ainda se usava a terminologia da filosofia contratualista da Modernidade, segundo a qual a saída do estado de natureza, onde vivia isolado, implicava entrar simultaneamente na vida em sociedade e a submissão ao estado de direito, por isso, o termo “sociedade civil” era empregado tanto em sentido social como político, como sinônimo de estado. Somente com a filosofia do direito de Hegel surgiu a diferenciação entre a estrutura política do estado e a organização não política formada pela pessoas e instituições denominada de sociedade civil, justamente porque ele criticou a teoria contratualista com base na ideia de que o estado, enquanto universal, deve pairar sobre os particulares e não pode resultar do pacto social entre os particulares.

10 Todas as traduções são do autor do artigo.

11 Assassinato cometido pela mãe contra o seu filho durante a vigência do estado puerperal. Previsto no artigo 123 do Capítulo I do Título I do Código Penal Brasileiro.

12 BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*. p. 69. Deve-se observar que outros autores liberais, como John Locke, consideram que o direito à vida é inalienável, mas aceitam a pena de morte. LOCKE, J. *Two treatises of government*. p. 314.

13 Também segundo a legislação brasileira o indivíduo tem os seus direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos da condenação em virtude de sentença penal transitada em julgado, conforme a CF Art. 15, Inciso III.

14 Este conceito de filho ilegítimo não existe mais na legislação brasileira, embora ainda seja usado nas referências históricas e nos documentos oficiais mais antigos, mas foi mantido aqui porque corresponde fielmente ao pensamento kantiano, pois se refere tanto ao filho gerado fora da vigência legal do matrimônio.

15 „In jeder Bestrafung liegt etwas das Ehrgefühl des Angeklagten (mit Recht) Kränkendes“

16 ROUSSEAU, J-J. *Du contrat social*. p. 224ss.

Recebido / Received: 06.08.16

Aprovado / Approved: 01.10.16