

O CONCEITO DE SUJEITO KANTIANO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O FUNDAMENTO MATERIAL DA CULPABILIDADE E A FUNÇÃO ABSOLUTA DA PENA

THE KANTIAN CONCEPT OF SUBJECT AND ITS INFLUENCE OF THE MATERIAL FOUNDATION OF GUILT AND THE ABSOLUTE FUNCTION OF PUNISHMENT

*Katie Silene Cáceres Arguello*¹

*Washington Pereira da Silva dos Reis*²

RESUMO

As ideias centrais do pensamento de Immanuel Kant referentes à liberdade como característica ontológica do ser humano à justificar a responsabilidade de seus atos, bem como a característica absoluta de sua teoria como critério que ainda fundamenta a função retributiva de culpabilidade, são delineadas no presente trabalho, cuja pretensão é a demonstração da irracionalidade desta função diante da realidade desigual de atuação do Direito Penal. O conflito existente entre liberdade, autonomia e vontade do sujeito e as condições reais da vida coletiva, desestruturada pela própria ilusão de igualdade entre todos, nos permite afirmar que a construção da teoria retribucionista kantiana deu-se sob o viés de uma comunidade ideal inexistente. Dessa contradição, expõe-se a realidade da função retributiva da pena, legitimada dogmaticamente segundo os conceitos materiais da culpabilidade, desconstruindo-se, ao final, a ilusão do mito da liberdade e autonomia do sujeito como fundamento material do conceito de culpabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Sujeito; Liberdade; Autonomia; Vontade; Pena; Culpabilidade.

ABSTRACT

The main ideas and thoughts of Immanuel Kant concerning freedom as an ontological characteristic of human beings to determine the responsibility of their actions, as well as being the absolute principle of his theory that underlies the retributive function of guilt, are outlined in this essay. Its intention is to demonstrate the irrationality of retributive justice before the reality of undeserved action of Criminal Law. The conflict between

¹ Professora de Criminologia do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

² Mestrando em Direito do Estado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

freedom, liberty and the free will of a subject and the actual conditions of his collective life, the unstructured self-illusion of equality for all, allows us to state that the construction of the retributive Kantian theory was designed for a ideal non-existing community, where all men are free and equal. Thus, exposing the reality of the retributive function of punishment, dogmatically legitimized according to concepts of the principles of guilt; to deconstruct, in the end, the illusion of freedom as the material foundation of the concept of guilt.

KEYWORDS: Subject; Freedom; Autonomy; Will; Punishment; Guilt.

1. Introdução

No sentido antropológico em que os diversos institutos da dogmática penal são construídos, o conceito de sujeito como autor/partícipe de fato punível constitui o centro de projeção do próprio objetivo do Direito Penal, pois, sendo a ação e omissão de ação o objeto central da sua pesquisa, a vontade e sua finalidade representam o ponto de partida para qualquer avaliação de conduta criminal. Essa noção de subjetividade é desenvolvida a partir da idealização de sujeito sob um viés metafísico. A questão da consciência, vontade e finalidade e suas implicações nas mais diversas teorias da ação no Direito Penal estão intrinsecamente ligadas ao conhecimento do autor de um tipo de injusto. A autodeterminação do autor de um tipo de injusto diante da proibição da norma, pelo seu poder de agir diferente foi e ainda é influenciada pelo conceito kantiano de sujeito definido como aquele que produz e descobre o seu conhecimento pela sua determinação prática, a qual, por sua vez, é consequência da consciência de seus pensamentos.

Immanuel Kant, (1724-1804) nasceu, viveu e faleceu em Königsberg, na Prússia Oriental. Suas obras se constituem de seis referentes teóricos fundamentais: *Crítica da Razão Pura* (1781), *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), *Crítica da Razão Prática* (1788), *Crítica do Juízo* (1790), *Doutrina do Direito* (1797) e *Metafísica dos Costumes* (1798). Considerando que este artigo propõe-se a delimitar e conhecer as implicações do conceito de sujeito construído por Kant na definição material do conceito de culpabilidade e principalmente na função retributiva da pena criminal como teoria que fundamenta e legitima a ideologia do poder punitivo do Estado, as ideias aqui

desenvolvidas fundamentam-se em três de suas principais obras, a saber, *Crítica da Razão Prática*, *Doutrina do Direito* e *Metafísica dos Costumes*.

Assim, o presente trabalho se propõe a expor alguns aspectos da contradição entre o discurso penal com fundamento na base filosófica kantiana e a realidade penal afetada pela influência metafísica de conceitos indemonstráveis para se definir culpabilidade e legitimar a pena criminal.

2. A construção do conceito de sujeito kantiano

Em sua razão teórica a representação do conhecimento do sujeito é resultado da união de um dado sensível empírico e a razão do próprio sujeito,³ com uma realidade subjetiva inerente ao mesmo, ou seja, independente do dado sensível empírico. Embora a construção do conhecimento seja formada pela razão do próprio sujeito, mas também pela influência da experiência que por ele é captada pelo dado sensível, o elo que interage entre o interno e externo do sujeito é o conceito resultante dessa interação como experiência.⁴ A independência dessa interação se dá pelo fato de que a vontade do

³ O cerne da *Crítica da Razão Pura* é a demonstração do *a priori* como requisito para a experiência e o *a posteriori* como representação empírica. Daí da dependência do conhecimento puro do conhecimento empírico, conforme descreve Kant: “Podemos afirmar que todos os nossos conhecimentos têm origem em nossa experiência. Afinal, por meio de que a faculdade do conhecimento deveria ser exercitada, senão por objetos que tocam nossos sentidos e em parte produzem por si mesmos representações, em parte põem em movimento a atividade de nosso entendimento, para compará-las, reuni-las ou separá-las, e, dessa maneira, proceder a elaboração da matéria informe das impressões sensíveis até um conhecimento das coisas, ao qual denominamos experiência? Portanto, nenhum conhecimento antecede no tempo a experiência; todos começam por ela. Porém, nosso conhecimento empírico é formado pelo que recebemos das impressões e pelo que nossa faculdade de conhecer lhe adiciona, estimulada pelas impressões dos sentidos: aditamento que só distinguimos mediante longa prática, que nos capacite a distinguir esses dois elementos. Eis uma questão que merece reflexão: existe mesmo um conhecimento que não dependa da experiência e das impressões dos sentidos? Esses conhecimentos são chamados *a priori*, e definem e diferem dos empíricos, cuja origem é *a posteriori*, ou seja, são provenientes da experiência. Mas há conhecimentos que surgem indiretamente da experiência, isto é, de uma regra geral adquirida pela experiência, e que não podem ser chamados de conhecimento *a priori*. Citamos como exemplo de conhecimento empírico: escavando os alicerces de uma casa, *a priori* esperamos que ela caia sem haver necessidade de olhar a experiência de sua queda, porque já sabemos que todo corpo abandonado no ar, sem sustentação, cai pela força da gravidade. Assim dizemos que conhecimento *a priori* é aquele que é adquirido independentemente da experiência, e que o conhecimento empírico é aquele que só é possível a posteriori (por meio da experiência). Portanto, afirmamos que o conhecimento *a priori* é oposto ao conhecimento empírico. Ainda, os conhecimentos *a priori* se dividem em puros e impuros. O conhecimento *a priori* puro é aquele que não necessita de nada de empírico. Como por exemplo, “toda mudança de uma causa” é um princípio *a priori* e impuro, pois só é possível formular a conceituação de mudança a partir da experiência” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 13 e 14).

⁴ Na influência do *a priori* no conhecimento empírico diz Kant: “O conhecimento empírico, porém é experiência. Por conseguinte, só é possível o conhecimento *a priori* de um objeto de uma experiência possível. Esse conhecimento não deriva por completo da experiência (limitada meramente aos objetos empíricos), pois as intuições puras e os conceitos puros do entendimento são elementos do conhecimento que são encontrados em nós *a priori*. Ora é a experiência que possibilita os conceitos, ora são os

sujeito, em sua pureza – como categoria ontológica inerente ao ser humano – é totalmente desvinculada da influência externa, ou seja, como dado resultante da subjetividade do sujeito e exercida na formação do conhecimento, porém, desprendida do empírico. No âmbito de sua razão prática, Kant afasta o pensamento do sujeito do conhecimento que lhe é produzido como fruto da experiência externa para justificar o julgamento que o sujeito aplica às suas ações. Nesse sentido, a ação correta é aquela moralmente aceitável pelo sujeito em sua pureza subjetiva. No momento de formação do conhecimento, os fatos que ocorrem na periferia do sujeito são captados pelo sensível, com a contribuição da influência que lhe é dada externamente. No entanto, a liberdade de ação que deve nortear as decisões do sujeito deve ser livre em sua origem e essa origem é a própria subjetividade em sua pureza, livre da influência do empírico. Essa é a idéia central que a liberdade de ação em Kant influenciará nas principais questões referentes à proposição da finalidade como marco teórico do finalismo em Welzel, também, em relação ao mito metafísico do princípio da liberdade como fundamento dos conceitos materiais das definições modernas de culpabilidade, e, principalmente, na função retributiva da pena. Isso posto, deslocando-se da dimensão teórica para a moral, Kant constrói o conceito de sujeito como aquele que, no exercício de sua razão, é livre para se autodeterminar em suas ações. É o sujeito que se conhece em razão dos dados externos que lhes são dados pelo sensível, mas que age e decide livremente, consciente de seus pensamentos, portanto, responsável pelos seus atos. É mister destacar o seguinte trecho do pensamento de Kant que retrata a relação de lógica exclusão/integração entre a razão teórica e a prática. Vejamos:

Se considerarmos agora também o conteúdo do conhecimento que podemos obter de uma razão pura prática e, ainda, que mediante ela, tal como se apresentar sua analítica, encontraremos uma notável analogia entre a razão pura prática e a razão pura teórica ao lado de diferenças não menos notáveis. Relativamente à razão teórica, a faculdade de um conhecimento puro da razão pode ser demonstrado *a priori*, de modo fácil e evidente, por meio de exemplos tirados das ciências, nas quais, uma vez que estas põem à prova de maneiras diversas os seus princípios, mediante um uso metódico, não se deve temer tão facilmente como no conhecimento comum uma mistura secreta de princípios empíricos do conhecimento. Mas que a razão pura, sem mistura de princípio empírico de determinação, seja por si só também prática, era o que

conceitos que possibilitam a experiência, a fim de gerar a conformidade necessária da experiência com os conceitos de seus objetos” (Idem. p. 103).

era preciso poder se demonstrar pelo uso prático comum da razão, confirmando que o supremo princípio prático é um princípio que toda razão humana natural reconhece como completamente *a priori*, independentemente de quaisquer dados sensíveis, e como lei suprema da sua vontade.⁵

Tendo a liberdade como conceito chave da razão prática e a autonomia do sujeito em face da existência de leis livres, é sobre essa dualidade que se fundamenta o sistema crítico construído por Kant. A liberdade como elemento ontológico do ser humano, torna-se condição fundamental para que o esclarecimento cumpra a exigência crítica e independência no pensar do homem ao tempo do movimento iluminista. A época de opressão que marcou a transição do mercantilismo ao capitalismo incipiente e sua consolidação na forma industrializada inspirou a nova classe detentora do poder político do Estado a se apropriar desse fundamento de suposta liberdade do homem, com os posteriores princípios de uma igualdade que nunca passou do plano formal, para a responsabilização do sujeito kantiano, como aquele que é detentor de conhecimento e, em razão desse conhecimento, livre em sua vontade para decidir. No âmbito da vontade, Kant a definiu como “a faculdade apetitiva considerada menos com relação à ação (como o arbítrio) do que com relação a princípio que determina o arbítrio à ação”.⁶ O cumprimento espontâneo de determinações externas – que culminará no imperativo categórico como expressão de uma máxima universal – vislumbra o conceito de livre-arbítrio como “arbítrio que pode ser determinado pela razão pura”.⁷ Classificando o arbítrio em animal e humano, para os fins aqui propostos, cumpre mencionar a importância da segunda classificação, em que a separação entre um conhecimento teórico dependente do empírico, de uma prática de ação que independe do sensível, segundo trecho a seguir:

A vontade pode compreender o arbítrio assim como o simples *desejo*, entendo por isso que a razão pode determinar em geral a faculdade apetitiva. O arbítrio que pode ser determinado pela *razão pura* chama-se de livre arbítrio. O arbítrio que não é determinável a não ser por inclinação (*movil sensible, stimulus*) é um arbítrio animal (*arbitrum brutum*). O arbítrio humano, ao contrário, é tal que pode ser afetado por motivos, porém não determinado e não, conseqüentemente, puramente por si (sem hábito adquirido da razão): pode, todavia, ser impelido à ação por uma vontade

⁵ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.101.

⁶ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 21.

⁷ Idem. p. 22.

pura. A liberdade do arbítrio é esta independência de todo impulso sensível enquanto relacionado a sua determinação. Tal é a noção de liberdade negativa. A noção positiva pode ser definida: a faculdade da razão pura de ser prática por si mesma, o que não é possível somente pela submissão das máximas de toda ação à condição de poder servir de lei geral. Isso porque como razão pura aplicada ao arbítrio sem ter em conta o objeto deste arbítrio, a razão prática em sua qualidade de faculdade dos princípios (e neste caso dos princípios práticos, conseqüentemente, como faculdade legislativa) e na ausência da matéria da lei, a razão prática, dizíamos, nada mais pode fazer do que erigir em lei suprema, e em princípio de determinação do arbítrio, a forma da propriedade que possuem as máximas do próprio arbítrio de chegar a ser uma lei geral e prescrever esta lei como imperativo absoluto, visto que as máximas do homem, consideradas na causa objetiva, não se encontram por si mesmas em harmonia com as leis objetivas.⁸

De todos os pensadores do movimento ilustrado, Kant foi o que inaugurou uma construção filosófica em que o conceito de homem como sujeito livre e pensante resultou uma concreta contribuição para a transição de uma situação de minoridade para maioria intelectual da civilização. O salto da minoridade para a maioria do homem, como sujeito, se dá através da sua subjetividade e o que é livre em sua subjetividade é a sua vontade. Essa capacidade subjetiva que o homem possui para decidir motivado por uma vontade livre – autônoma – é o querer da razão, independente da influência externa em que Kant constrói as bases para a conceituação de *pessoa*. Na concepção de Kant, *pessoa* é o sujeito moral, que em seu âmbito prático realiza suas ações de forma ética, livre de motivação externa, independente do conhecimento externo, bem como independente do desejo. Liberdade como pressuposto para a realização da ação livre, assim entendida, deve, conseqüentemente, ser proveniente da razão consciente do sujeito, pela qual o mesmo é capaz de estabelecer suas próprias regras de conduta. No entanto, racionalidade e sensibilidade compõem a razão do sujeito concomitantemente e o conflito daí resultante torna-se evidente na medida em que a influência do externo (do dado empírico) torna a lei uma imposição fervorosa⁹ imposta ao sujeito, o que Kant chamou de imperativo categórico.¹⁰ O caráter autônomo

⁸ Idem. p. 22.

⁹ Kant definiu imperativo como “uma regra prática, em virtude da qual uma ação em si mesma contingente se converte em necessária” (...) “regra cuja representação torna necessária a ação subjetivamente contingente e representa o sujeito no dever de se colocar necessariamente em harmonia com essa regra” (Idem. p. 35 e 36).

¹⁰ Nesse sentido, a liberdade como razão de ser da razão prática e o princípio da autonomia como fundamento do imperativo categórico, tornam-se os alicerces centrais para que a ação do sujeito seja livre

expresso no imperativo categórico se realiza segundo a capacidade que o sujeito possui para determinar-se subjetivamente diante da lei, ou seja, segundo sua própria razão.¹¹

Segundo Nicolas Abbagnano, na doutrina de Kant sobre o direito e a moral, há três aspectos que merecem relevância:

1º. O caráter primário e fundamental da norma moral, que é a única lei racional, e portanto, dá origem à norma de Direito; 2º. o caráter 'externo', logo imperfeito, da norma de Direito e, por conseguinte, o caráter imperfeito e incompleto da ação legal em relação à ação moral; 3º. o caráter necessariamente coercitivo do Direito.¹²

Para Kant, a pura concordância ou não de uma ação com a lei, sem considerar o móvel da ação, considera-se legalidade, ao passo que na moralidade a ideia do dever derivada da lei é ao mesmo tempo móvel da ação. Em outras palavras,

Os deveres impostos pela legislação jurídica podem ser apenas deveres externos porque essa legislação não exige que a ideia do dever, que é totalmente interno, seja de *per si* motivo determinante da vontade do agente e, como tem necessidade de móveis apropriados às suas leis, só pode admitir móveis externos. A legislação moral, ao contrário, embora erija em deveres

em sua causa, conforme as linhas de Kant: “A consciência de uma livre submissão da vontade à lei, mas ligada também a uma coerção inevitável, a qual é preciso exercer sobre todas as inclinações, porém unicamente mediante o ditame da própria razão, constitui o respeito à lei. Como se vê, a lei que exige esse respeito, e também o inspira, não é outra senão a lei moral (porque nenhuma outra exclui as inclinações da imediatidade da influência que exerce sobre a vontade). Por sua vez, a ação que, de acordo com essa lei, exclui a participação dos princípios determinantes derivados da inclinação é uma ação objetivamente prática, e se chama *dever*; este em virtude de tal exclusão encerra em seu conceito um *constrangimento* prático, isto é, uma determinação que produz as ações, ainda que estas ocorram a nossa revelia. O sentimento que surge da consciência desse constrangimento não é patológico, como o que resultaria de um objeto [*Gegenstand*] dos sentidos, mas apenas prático, isto é, possível mediante uma determinação prévia (objetiva) da vontade e pela causalidade da razão. Não contém esse sentimento, enquanto submissão a uma lei, isto é, como ordem recebida (que, para o sujeito sensivelmente afetado, significa coerção), prazer algum; antes, contém desprazer para a ação em si. Todavia, por outro lado, como essa coerção é exercida apenas pela legislação da razão *própria*, contém também *elevação* e o efeito subjetivo no sentimento, enquanto a sua causa única é a razão pura prática, pode chamar-se simplesmente *auto-aprovação* em relação àquela elevação, desde que se reconheça como determinado a ele, sem qualquer interesse, unicamente pela lei; por isso adquirimos a consciência de um interesse totalmente diverso, produzido subjetivamente, o qual é puramente prático e *livre* e esse interesse não segundo nos aconselha uma inclinação, que nos aconselha a assumi-lo em uma ação em conformidade com o dever, mas, antes, é a razão que, mediante a lei prática, não somente nos ordena, como também produz por si mesma esse interesse, designado-o, por isso, por um nome especial, a saber, o de respeito” (**Crítica da razão prática**. KANT, Immanuel. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 90 e 91).

¹¹ O caráter autônomo e livre para a completa realização da regra prática – regra absoluta – como expressão do comportamento do sujeito é assim definido: “O imperativo categórico (absoluto) é o que pensa e impõe necessariamente a ação, não de certo modo, mediadamente pela representação de um fim que se poderia atingir por ela, mas sim imediatamente e como objetivamente necessária, pela simples representação dessa própria ação (de sua forma)” (KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 36).

¹² ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 285.

também ações internas, nem por isso exclui as ações externas, mas refere-se em geral a tudo o que é dever.¹³

3. O imperativo categórico moral

Kant não deixa margem de dúvida sobre a necessidade da coerção como consequência da incapacidade de o sujeito observar espontaneamente a lei desprovido de interesse. Nesse sentido, a própria natureza humana, como intuição sensível afetada pelos dados externos ao sujeito, somente seria capaz de adquirir o entendimento necessário para refletir sobre o objeto externo ao sujeito mediante sua capacidade sensível resultante da experiência. No entanto, no tocante ao imperativo categórico construído por Kant, para que seja moral – como lei moral – deve provir de uma ação desinteressada, até mesmo de um desejo (como “faculdade de ser causa dos objetos de nossas representações por meio das próprias representações”).¹⁴ Assim, conclui-se que a lei moral em Kant é interna ao sujeito e a lei jurídica externa ao mesmo e, a forma com que a ação interna se manifesta subjetivamente pelo sujeito deve expressar-se através das “*máximas*”, como “princípio subjetivo da ação”.¹⁵ O imperativo categórico vem expresso na fórmula: “*age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”.¹⁶ Essa subjetividade, interna e pura do sujeito kantiano, indica que o cumprimento desinteressado da *máxima* moral independe da experiência dada pelo empírico.

4. O mito da liberdade de decisão como fundamento da culpabilidade

A pesquisa jurídico-penal que estuda o terceiro estágio das categorias que formam o conceito de fato punível se propõe a investigar o juízo de valoração de fato punível, ou seja, descobrir o fundamento de reprovação do sujeito criminalizado. Três níveis são examinados neste último estágio. Examina-se (a) a capacidade de culpabilidade, (b) o conhecimento real ou possível da proibição concreta – dado interno do sujeito – (c) e as circunstâncias em que o tipo de injusto foi realizado – dado externo ao sujeito. No que tange à imputabilidade, busca-se saber se o sujeito é capaz de reconhecer a norma penal, sendo excluída nos casos de menoridade penal ou existência de doença mental. Na segunda análise, o conhecimento do injusto como elemento

¹³ Idem, p. 284.

¹⁴ Idem, p. 19.

¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 51.

¹⁶ Idem, p. 51.

central da culpabilidade, é reconhecido conforme as condições internas de motivações do sujeito em relação à proibição da norma penal, sendo que, estando em situação de erro de proibição, tal elemento poderá ser excluído ou reduzido. Já no tocante ao terceiro elemento, investiga-se em que circunstâncias a conduta reprovável foi praticada a fim de, em caso de anormalidade das circunstâncias, a exigibilidade de comportamento diverso possa ser, ou não, excluída ou reduzida. Dúvidas cercam o conceito de culpabilidade, sobre se seria um fenômeno psíquico, um juízo que se emite a respeito de algo, ou ambas as coisas.¹⁷ Na literatura penal, o tema vem tratado por uma gama muito ampla de pensadores. Um conceito abrangente e que esclarece muito bem os elementos da sua categoria é o de Zaffaroni/Pierangeli:

*É a reprovabilidade do injusto ao autor. O que lhe é reprovado? O injusto. Por que se lhe reprova? Porque não se motivou na norma. Por que se lhe reprova não haver-se motivado na norma? Porque lhe era exigível que se motivasse nela. Um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse. Ao não se ter motivado na norma, quando podia e lhe era exigível que o fizesse, o autor mostra uma disposição interna contrária ao direito.*¹⁸

Como limite e contenção do poder punitivo do Estado que garante o cidadão em face dos excessos das agências punitivas, a culpabilidade, como princípio do Direito Penal, proíbe punir os acusados que não preencham os requisitos de investigação dos três níveis acima informados.

A partir da *disposição interna contrária ao direito*, conforme o conceito acima, bem como as teorias que definem materialmente o conceito de culpabilidade, a fundamentação metafísica de sujeito kantiano já começa a se vislumbrar nas bases dogmáticas do Direito Penal. De forma sintetizada, vejamos as ideias pontuais das cinco definições materiais da culpabilidade, para, em seguida, relacioná-las com a liberdade do sujeito em Kant.

¹⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 216.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 571.

A primeira definição (em Welzel) atribui ao sujeito o “poder de agir diferente”, em que possuindo capacidade de livre decisão, ou seja, liberdade em sua decisão, opta pelo injusto podendo optar pelo Direito. A segunda, com a mesma fundamentação da primeira é definida como “atitude jurídica reprovada ou defeituosa”, tendo Jeschek/Weigend e Wessel/Beulke seus autores respectivamente. A terceira fundamenta a culpabilidade do sujeito pela “responsabilidade pelo próprio caráter”, em evidente afronta ao princípio da culpabilidade, por prescindir de culpa como medida de culpabilidade. A quarta definição representa a concepção antidemocrática de Jacobs, que define a culpabilidade como “defeito de motivação jurídica”, cuja função consistiria exclusivamente em estabilizar as expectativas da norma penal violada. Claus Roxin fundamenta o conceito material de culpabilidade pela capacidade de “dirigibilidade normativa”, independente da capacidade de liberdade do sujeito.¹⁹ A primeira teoria – poder de agir diferente – é dominante na literatura penal, porém, em todas, independentemente do fundamento, direta ou indiretamente a liberdade daquele que possui capacidade para agir norteia os rumos dos conceitos. A relação subjetiva do sujeito inserido nesse complexo dogmático construído para demonstrar sua culpa, dá-se numa interação entre o mundo externo e interno do sujeito. O externo requer sua observância em relação ao cumprimento da norma, sendo que o interno reflete as questões do livre-arbítrio e sua capacidade de decisão livre. As características metafísicas dessa realidade – é na realidade que a atuação do Direito Penal deve se projetar –, bem como a influência dos dados empíricos para um justo juízo de valoração (isto é inegável na investigação da terceira etapa da pesquisa dos elementos da culpabilidade) tornam a questão do fundamento material da culpabilidade um dado indemonstrável.

A influência do conceito do imperativo categórico kantiano que, elevando a liberdade do sujeito como razão de ser de sua razão prática e a autonomia da vontade como seu princípio maior, em que uma livre consciência o submete à vontade da lei,

¹⁹ A posição doutrinária de Roxin é convincente e demonstra a impossibilidade da tentativa de fundamentar a culpabilidade na livre decisão do sujeito. Vejamos a situação vislumbrada por Roxin: “Pense-se no meu exemplo do cidadão que sempre respeitou a sinalização de trânsito, mas afinal acaba por cruzar a rua com o sinal vermelho. Podemos saber unicamente que este homem pode orientar-se, em princípio, segundo as normas do direito, e que lhe é possível respeitar as regras do trânsito. Se ele, apesar, de sua pressa, estava em condições de aguardar diante do sinal vermelho, ou se as circunstâncias que o levaram a correr para alcançar o trem determinaram de modo inexorável sua decisão de atravessar a rua com o sinal vermelho – isso nenhum mortal sabe” (ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146).

torna a observância da lei um imperativo categórico.²⁰ Pressupõe-se, portanto, que aquele que viola a lei penal mediante a realização de um injusto, internamente é culpável pelo que é, pelo sentimento contrário ao imperativo categórico que deveria ser lei universal e moral. A liberdade do sujeito, sob o prisma do fundamento material da culpabilidade, deveria ser determinada a – independentemente de qualquer dado externo – não violar a lei penal. Porém, no âmbito da existência interna do sujeito, a impossibilidade de demonstrar sua liberdade de vontade, bem como sua capacidade de livre decisão, é um fato indemonstrável. Em que pese o fundamento material da culpabilidade estar assentado em dados indemonstráveis, os pressupostos para se aferir a culpabilidade ainda são mecanismos de garantia do indivíduo em face do poder punitivo do Estado.

5. O imperativo categórico como fundamento da função retributiva da pena

A permanência histórica da filosofia kantiana justifica ainda hoje – e ainda justificará por muito tempo – a legitimidade do poder de punir do Estado alicerçada na dogmática penal. Nesse ponto, a pena como reação estatal ao descumprimento de uma norma penal que proíbe ou manda a realização de determinada conduta, encontra em Kant o principal fundamento filosófico, qual seja, a real função da pena sob o ponto de vista retributivo. Nesse passo, o filósofo definiu ação lícita quando esta “não é contrária à obrigação”,²¹ a ação ilícita seria aquela contrária à obrigação, contudo, tendo a definição de obrigação conforme a liberdade orientada pelo imperativo categórico. Sendo a moral o próprio fundamento do imperativo categórico, este se converte em legislação moral, definida como “aquela que de uma ação faz um dever e que ao mesmo tempo tem tal dever por motivo”.²² A legislação, sob esse prisma, é dividida do ponto de vista objetivo e subjetivo. À primeira, a legalidade, à segunda, a moralidade. O sentido de coerção pela divisão adotada tem seu diferencial de acordo com a submissão da consciência do sujeito à observância da lei.²³ Logo em seguida, na mesma citação, a afirmação que faz da moralidade lei universal revela que o cumprimento subjetivo da lei deve ser resultado de um querer do sujeito completamente livre da influência de um objeto externo – sendo esse a lei – mas exclusivamente como fruto de uma vontade

²⁰ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 183.

²¹ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 36.

²² Idem. p. 30.

²³ “*Objetivamente*, o conceito de dever exige, portanto, na ação, a conformidade com a lei; mas, *subjetivamente*, na máxima dessa ação exige o respeito pela lei como o único modo de determinação da vontade pela lei” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 91).

racional de cumprir um dever. Nesse caso, considerando que a vontade é puramente livre, sequer um desejo deve influenciar na decisão, conforme esclarece:

É de importância capital atender, em todos os juízos morais, com a máxima extrema precisão, ao princípio subjetivo de todas as máximas, visando pôr a moralidade das ações na necessidade de agir *por dever* e por respeito à lei, mas não por amor e inclinação ao que tais ações devam produzir.²⁴

Toda a intenção, segundo Kant, que se distancia dessa moral desinteressada no cumprimento de um dever não é moral. Diante desse princípio absoluto – o dever desinteressado de cumprimento da lei como máxima expressão do imperativo categórico –, justificar a imposição da pena distante da função democrática que deve significar o Direito Penal, como instrumento de defesa do cidadão em face do poder esquizofrênico e pulsante do Estado em castigar, teve como consequência a fundamentação filosófica para legitimar penas irracionais e desiguais que caracterizam o Direito Penal.²⁵ A retribuição penal e sua aplicação com base no talião é, portanto, assim entendida:

Só pode ser o princípio da igualdade apreciado na balança da justiça, com inclinação equilibrada. Por conseguinte, o mal imerecido que faz a outro de teu povo o fazes a ti mesmo: se o desonras, desonras a ti mesmo, se o roubas, roubas a ti mesmo; se o maltratas ou o matas, maltratas ou matas a ti mesmo. Há somente o direito de talião (*jus talionis*) que possa proporcionar determinadamente a qualidade e a quantidade da pena, porém com a condição bem entendida de ser apreciada por um tribunal (não pelo júízo privado).²⁶

²⁴ Idem. p. 92.

²⁵ A justificação da pena de morte, da lei do talião e do próprio imperativo categórico de lei moral em lei universal, exprime a ideia de pena do seguinte modo: “A pena jurídica (*poena forensis*) que difere da pena natural (*poena naturalis*), pela qual o vício leva em si seu próprio castigo e à qual o legislador não olha sob nenhum aspecto, não pode nunca ser aplicada como um simples meio de se obter um outro bem, nem ainda em benefício do culpado ou da sociedade; deve, sim, ser sempre contra o culpado pela única razão de que *delinquiu*; porque jamais um homem pode ser tomado por instrumento dos desígnios de outro nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real; sua personalidade natural inata o garante contra tal ultraje, mesmo quando possa ser condenado a perder a personalidade civil. O malfeitor deve ser julgado *digno de punição* antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos. A lei penal é um imperativo categórico; e infeliz é aquele que se arrasta pelo caminho tortuoso do eudemonismo para encontrar algo que, pela vantagem que se possa tirar, descarrega-se do culpado, em todo ou em parte, das penas que merece segundo o provérbio farisaico: “Mais vale a morte de um só homem que a perda de todo o povo”; porque, quando a justiça é desconhecida, os homens não têm razão de ser sobre a Terra. Que se deve, pois, pensar do desígnio de conservar a vida de um criminoso que mereceu a morte, se se presta a experiências perigosas e tem sorte suficiente para safar-se delas são e salvo, supondo, todavia, que os médicos desta maneira obtêm um conhecimento proveitoso para a humanidade?” (KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 176).

²⁶ Idem. p. 177.

A afirmação textual de Kant a respeito da pena de morte ocorre em diversas linhas de sua Doutrina do Direito que trata da questão sobre o direito de punir. Curioso nesse tema é a refutação ao pensamento utilitário e humanista de Cesare Beccaria que condena a pena de morte. A obra de Beccaria – Dos delitos e das penas – representa um marco teórico no Direito Penal, não tanto pelo cunho dogmático, mas principalmente político, no sentido de expor as barbáries praticadas em seu tempo, bem como a inutilidade das penas atrozmente impostas como resposta estatal aos crimes cometidos. Enquanto Kant em nenhum momento da sua obra tratou da questão inerente aos inocentes criminalizados, não vislumbrou qualquer utilidade da pena (excetuando alguns trabalhos úteis à sociedade),²⁷ a não ser a pura vingança, bem como eximiu o soberano de qualquer forma de punição,²⁸ o Marquês de Beccaria desenvolve em seu pensamento tais questões, indagando a realidade da punição em sentido diametralmente oposto ao do filósofo de Königsberg.²⁹ Kant contradiz a posição de Beccaria em relação à impossibilidade do membro do pacto original dispor de seu direito à vida, considerando a justificativa puro sofisma. Kant entendeu a questão como uma opção de escolha daquele que se submete ao pacto, pois “ninguém é punido por haver querido a pena, mas por haver querido a *ação punível*”.³⁰ Essa consequência nada mais é do que a própria essência do contrato original, uma vez que, como membro da comunidade submetida livremente ao contrato, aceita-se as regras para uma vivência livre, violando-se tais regras, admite-se a punição.³¹ A filosofia kantiana da punição distribui a responsabilidade retributiva a todo o corpo social, em que o extremo da vingança não permite nenhuma forma de não punição, responsabilizando a própria comunidade pela

²⁷ Idem. p. 178.

²⁸ Conforme o trecho: “O direito de punir é o direito que tem o soberano de atingir o súdito dolorosamente devido a transgressão da lei. O chefe supremo de um Estado não pode, pois, ser punido” (Idem. p. 175).

²⁹ “Qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes?” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. p. 24).

³⁰ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 181.

³¹ A síntese da contradição entre os dois pensadores está bem delineada na obra organizada pelo Professor Clarence Morris. Vejamos: “Então, se alguém decreta uma Lei Penal contra si mesmo na condição de Criminoso, deve ser a Razão pura juridicamente legisladora que o sujeita a essa Lei Penal, como alguém capaz de cometer crime e, como consequência, como outra Pessoa junto com todas as demais da União Civil. Em outras palavras, não é o Povo tomado de maneira distributiva, mas sim o Tribunal de Justiça pública, diferente do Penal, que prescreve a Pena Capital; e não se deve considerar isso como se o Contrato Social contivesse a Promessa de todos os indivíduos de autorizar sua própria punição, dispondo desse modo de si mesmos e de suas vidas (...)” (MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Coleção justiça e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 257).

impunidade.³² Entretanto, o pressuposto retribucionismo kantiano está referenciado a uma comunidade de homens livres e iguais, ou seja, a uma comunidade ideal, que não existe, como tal, na realidade. Nesse sentido, não se pode afirmar que ele seja responsável pelo uso feito da sua obra, ou mesmo pelo retribucionismo existente em uma sociedade real, em que há desigualdade e ausência de liberdade.

Longe de pretender esgotar o complexo pensamento de Immanuel Kant – impossível para os fins aqui propostos, mesmo nos limites de uma justificação retribucionista dos fins da pena – os pressupostos básicos que norteiam a ideia do imperativo categórico, bem como as questões inerentes à liberdade e autodeterminação do sujeito kantiano já nos permitem relacioná-los à realidade que marca as contradições entre o discurso oficial do Direito Penal que legitima as funções declaradas da pena em oposição ao discurso oculto de Direito Penal que desnuda as latentes funções da pena encobertas pela ilusão do primeiro. Considerando que capacidade de conhecimento do sujeito kantiano, bem como seu dado ontológico para decidir livremente legitima a retribuição como única função da pena,³³ a estrutura central da culpabilidade como categoria do fato punível segue esboçada.

6. A função de retribuição como retribuição pela violação do imperativo

A filosofia punitiva construída por Kant, como já delineada em seus pontos centrais, representa a mais real função da pena na atualidade. Todos os discursos já produzidos sob as mais diversas justificações a fim de legitimar as utilidades da pena criminal não lograram êxito em refutar a real função existente no direito penal punitivo. As teorias hoje existentes nada mais são que tentativas insustentáveis de encobrir ou amenizar a vingança retributiva sob o manto da filosofia kantiana. Assim, conforme o propósito inicial, delas só se fará menção, delimitando o tema aos fundamentos da pena

³² O retributivismo kantiano pode exprimir-se nas seguintes linhas: “O que se deve acrescentar é que se a sociedade civil chega a dissolver-se por consentimento de todos os seus membros, como se, por exemplo, um povo que habitasse uma ilha se decidisse a abandoná-la e se dispersar, o último assassino preso deveria ser morto antes da dissolução a fim de que cada um sofresse a pena de seu crime e para que o crime de homicídio não recaísse sobre o povo que descuidasse da imposição dessa punição; porque então poderia ser considerado como cúmplice de tal violação pública da justiça” (KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. p. 178-179).

³³ Salo de Carvalho, ao atribuir a retribuição como única função da pena, segundo a teoria absoluta, tece as seguintes considerações: “O modelo penalógico de Kant é estruturado na premissa básica de que a pena não pode ter jamais a finalidade de melhorar ou corrigir o homem, ou seja, o fim utilitário seria ilegítimo. Se o direito utilizasse a pena como instrumento de dissuasão, acabaria por mediatizar o homem, tornando-a imoral” (CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 122).

como retribuição de culpabilidade. Assim, uma vez que este trabalho se propõe a dedicar-se tão somente à influência que a construção do conceito de sujeito kantiano exerceu sobre as definições materiais da culpabilidade como categoria do fato punível e à concepção da função retributiva da pena, não são aqui desenvolvidas as críticas que deslegitimam as outras funções, bem como a crítica específica à retribuição construída pelos pensadores do discurso crítico da teoria criminológica da pena criminal. No mesmo sentido, a fundamentação da justificativa da pena em Aristóteles e Hegel, pois, trabalho à parte seria necessário, tendo em vista os limites aqui estabelecidos.

Em linhas gerais, é consenso na literatura que a pena criminal exerce função de prevenção geral e especial, ambas na forma positiva e negativa. A dimensão negativa da função de prevenção geral visa desestimular potenciais criminosos – já criminalizados ou não – a não praticar condutas criminosas, sob a ameaça da pena. Também conhecida como teoria da coação psicológica, tem em Feuerbach seu criador. A prevenção geral positiva possui duas versões modernas semelhantes – com a função de prevenir crimes – mas com métodos de atuação antagônicos que radicalmente as distanciam. Em Roxin possui natureza relativa e democrática de integração/prevenção em que a proteção de bens jurídicos se realiza de forma subsidiária e fragmentária em conformidade com o princípio penal da proporcionalidade. Tem como objetivo demonstrar a inviolabilidade do Direito, reforçando a fidelidade jurídica dos cidadãos, bem como preservando sua confiança na ordem jurídica. A versão antidemocrática da prevenção geral vem construída por Jacobs devida sua natureza absoluta, cuja função é unicamente reafirmar as expectativas normativas pela demonstração da validade da norma, sendo que a considera como o único bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal. A prevenção especial negativa é aquela que se manifesta no sujeito criminalizado e submetido à execução penal. Visa produzir segurança social através da privação de liberdade do indivíduo, neutralizando-o e impedindo-o de praticar crimes fora da prisão durante o cumprimento da pena. O sentido positivo dessa função manifesta o caráter utilitário da pena criminal, em que a ideologia do tratamento e correção expressam a utópica tentativa estatal de melhorar o condenado através da sua reeducação, ressocialização etc.

A função retributiva da pena sob o fundamento filosófico kantiano “é uma *retribuição ética*, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo

culpado e do castigo que consequentemente lhe é imposto”.³⁴ Conforme o próprio Kant sustentou,³⁵ percebe-se, como já afirmado, que sua filosofia se norteou pela lei de talião, distanciando-se de qualquer viés humanitário, a não ser o “dente por dente, olho por olho” do Velho Testamento.³⁶ Todavia, tendo por base uma comunidade ideal de homens livres e iguais. À natureza puramente vingativa da função retributiva da pena criminal, Juarez Cirino dos Santos consagra dois sentidos: o primeiro, em seu aspecto religioso, relembra os rituais de purificação da alma do condenado, as fogueiras e suplícios da Inquisição. Ao segundo, a natureza jurídica de compensação de culpabilidade, como atualização do impulso vingativo da natureza humana.³⁷ Guiando-se ainda por Juarez Cirino dos Santos, quatro explicações históricas são apresentadas para justificar a sobrevivência da função retributiva da pena criminal, sendo que para os fins aqui propostos devem ser mencionados:

Primeiro, a psicologia popular, evidentemente regida pelo talião, parece constituir a base antropológica da pena retributiva: a retaliação expressa no *olho por olho, dente por dente* constitui mecanismo comum dos seres *zoológicos* e, por isso, atitude generalizada do homem, esse *zoon politikon*. Segundo, a tradição religiosa judaico-cristã ocidental apresenta uma imagem retributivo-vingativa da justiça divina, que talvez constitua a influência cultural mais poderosa sobre a disposição psíquica *retributiva* da psicologia popular – portanto, de origem mais social do que biológica. Terceiro, a filosofia idealista ocidental é *retributiva*: Kant (1724-1804) define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato e a culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados.³⁸

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 237.

³⁵ Ver nota 22 e ss.

³⁶ Conforme entende a pena como instrumento de retribuição, os comentários de Jorge de Figueiredo Dias são pertinentes: “Para este grupo de teorias a essência da pena criminal reside na retribuição, expiação, reparação ou compensação do mal do crime e nesta essência se esgota. Se, apesar de ser assim, a pena pode assumir efeitos reflexos ou laterais socialmente relevantes (de intimidação da generalidade das pessoas, de neutralização dos delinquentes, de ressocialização), nenhum deles contende com a sua essência e natureza, nem se revela susceptível de a modificar: uma tal essência e natureza é função exclusiva do facto que (no passado) se cometeu, é a *justa paga* do mal que com o crime se realizou, é o *justo equivalente* do dano do facto e da culpa do agente. Por isso a medida concreta da pena com que se deve ser punido um certo agente por um determinado facto não pode ser encontrada em função de outros pontos de vista (por mais que eles se revelem socialmente valiosos e desejáveis) que não seja o da *correspondência* entre a pena e o facto (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 45).

³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 456.

³⁸ Idem.

Diante das justificações acima, fica claro que a retribuição penal sob o viés da lei de talião ou do sentimento religioso que condiciona psicologicamente as pessoas a clamarem por justiça, nada mais significa que a justificação da pena em si mesma, como um desvalor não da ação do sujeito em si, mas de um desvalor ético pelo descumprimento de uma lei moral interna tida como universal, qual seja, do descumprimento do imperativo categórico.

Segundo Garland, durante a maior parte do século XX, as penalidades explicitamente retributivas ou demasiado rigorosas foram muito criticadas como anacrônicas para um direito penal moderno, mas nos últimos 20 anos houve o reaparecimento da retribuição, sobretudo nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Hoje são frequentemente invocados os sentimentos da vítima ou da família para apoiar novas leis ou políticas penais.

A última onda de teoria normativa destaca os aspectos simbólicos expressivos e comunicativos da sanção penal; desta forma os filósofos começam a criar argumentos em favor das medidas retributivas que melhor expressam os pressupostos culturais e interesses políticos que moldam atualmente a prática do castigo.³⁹

O desencanto com o modelo correcionalista e o realismo de direita recolocou em debate o velho arsenal que afirma, com base no senso comum, a existência de um referente seguro sobre o qual se torna possível decidir a pena em concreto como a que é socialmente merecida, conforme assinala Pavarini:

A crítica do sistema correcional se dirige fundamentalmente às políticas de desencarceramento e de socialização do controle (...). A prisão, ao estar privada de fins especial-preventivos, termina por satisfazer posições diametralmente opostas: sua demonstrada inutilidade ressocializadora se conjuga bem com uma concepção vingativa do direito de castigar sobre a base da pena merecida (...).⁴⁰

39 GARLAND, David. **La cultura del control**. Tradução de Maximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2001, p.44. Tradução livre de: “La última ola de teoría normativa destaca os aspectos simbólicos expressivos y comunicativos de la sanción penal; de esta forma los filósofos comienzan a crear argumentos en favor de las medidas retributivas que mejor expresan los supuestos culturales e intereses políticos que moldean actualmente la práctica del castigo.”

40 PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto**. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 72. Tradução livre de: “La crítica del sistema correcional se dirige fundamentalmente a las políticas de desencarceramiento y de socialización del control. (...) La cárcel, al estar privada de fines especial-preventivos, termina por satisfacer posiciones diametralmente opuestas: su demostrada inutilidad

Essa desilusão em face da prevenção especial expressa suas contradições porque foi amplamente criticada pelos autores garantistas e criminólogos críticos, mas hoje faz parte do patrimônio cultural das forças neoliberais. Primeiramente, o novo realismo de direita afirma que a ordem é a repressão ao delito porque o reformismo social não possui o impacto necessário nas taxas de criminalidade, uma vez que a evolução da criminalidade depende apenas de modo limitado da situação socioeconômica. Em segundo lugar, porque esses mesmos realistas de direita chegaram à conclusão de que as formas de ilegalidade percebidas socialmente como perigosas são a microcriminalidade, a criminalidade de rua, praticada normalmente pelas classes sociais mais vulneráveis, ao mesmo tempo em que as vítimas desta violência também pertencem às mesmas classes sociais. Então, assumiram a seguinte questão: por que dar tanta atenção ao marginalizado que assalta, ao adicto em drogas que rouba e não ter a mesma consideração com os vitimizados provenientes do mesmo meio social? Com essa questão, passam a justificar a pena “socialmente merecida”.⁴¹ Daí a importância de revisitar a origem do retribucionismo, das perspectivas idealistas sobre a autonomia da vontade, pois na atualidade o discurso neoretribucionista ressurge com todo o rigor para legitimar o castigo que a maioria considera merecido, sem nenhuma mediação crítica.

7. Conclusão

Contrariando a única função plausível de legitimidade ainda irrenunciável do Direito Penal, qual seja, de proteção de bens jurídicos, fundamentar materialmente a culpabilidade em valorações morais e em dados metafísicos indemonstráveis com base no mito da liberdade de ação contraria o Estado Democrático de Direito. A ilusão do discurso oficial da teoria jurídica da pena, cuja função vem declarada na retribuição e nas prevenções gerais e especiais, oculta o conflito existente entre a realidade social em que se projeta o Direito Penal como instrumento de controle social. Nesse sentido, as funções manifestamente reais desse discurso são as de retribuição e de prevenção especial negativa. Esta última, com o objetivo real de destruir o condenado. Aquela, construída sob a base filosófica kantiana que legitima o discurso oficial – o qual considera sujeito aquele que, consciente dos seus pensamentos e determinado pela sua

resocializadora se conjuga bien con una concepción vengativa del derecho de castigar sobre la base de la pena merecida (...).”

⁴¹ Idem, p. 72.

razão prática, é responsável pelos seus atos. A pena criminal, assim, “representa a imposição de um “mal justo” contra o mal injusto do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito, segundo a conhecida fórmula de Sêneca: *punitur, quia peccatum est*.⁴² Porém, na realidade, a ideia de que a retribuição da pena criminal recai sobre os sujeitos portadores de conhecimento e razão prática é injustificável pelo pressuposto da liberdade de vontade do ser humano.⁴³ Ao mesmo tempo, demonstra que a única função da retribuição da pena criminal em que a definição material de culpabilidade se assenta, é um dado metafísico indemonstrável, trata-se apenas de infligir dor e destruição aos selecionados pelo sistema de justiça criminal.

Fechar os olhos para as reais condições materiais em que vive a quase totalidade da população criminalizada para, com base em sua liberdade de decisão e autonomia da vontade justificar-lhe culpabilidade, e, além disso, para satisfazer o sentimento de vingança que paira na consciência coletiva, contraria a cientificidade do Direito Penal, bem como os próprios ideais do Estado Democrático de Direito.

8. Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicolas. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GARLAND, David. **La cultura del control**. Tradução de Maximo Sozzo. Barcelona: Gedisa, 2001.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993.

⁴² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 455-456.

⁴³ Idem. p. 457.

_____ **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2005.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito:** leituras escolhidas em direito. Coleção justiça e direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PAVARINI, Massimo. **Un arte abyecto.** Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

RAMIREZ, Juan Bustos. **Culpa y finalidad.** Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.