

O ILUMINISMO PENAL E OS FUNDAMENTOS DA PUNIÇÃO EM BECCARIA E EM KANT*

THE PENAL ENLIGHTENMENT AND THE FOUNDATIONS OF PUNISHMENT
IN BECCARIA AND KANT

Marcos Rohling**

RESUMO

O Iluminismo é marcadamente reconhecido por significar um movimento reformista na seara penal. Partindo-se da análise bibliográfica, intenta-se pensar a inserção de dois grandes expoentes. Em vista disso, o texto é dividido em três partes: na primeira parte, faz-se uma recuperação do problema penal no século XVIII, bem como das questões históricas atinentes, especialmente aquelas relacionadas à ambivalência da punição; em seguida, tratar-se-á da inovação proposta por Beccaria no cenário iluminista, tendo em conta a justificação do direito de punir de uma perspectiva contratualista e utilitarista, ressaltando-se a centralidade da questão penal; finalmente, falar-se-á da crítica que Kant formulou ao filósofo, economista e jurista italiano a partir de uma concepção retributivista, destacando-se, nesse processo, a tarefa da punição e a defesa da pena de morte como retribuição. Como conclusão, espera-se evidenciar, de um lado, que o manifesto reformista de Beccaria é paradigmático do *Zeigeist* e que, aqui, reside seu valor, e, de outro, que a defesa de Kant expressa o compromisso com a reformulação da já consagrada posição retributivista.

PALAVRAS-CHAVE: Iluminismo penal; reformismo penal; direito de punir; Beccaria; Kant.

ABSTRACT

The Enlightenment is clearly recognized for signifying a reformist inflection in the penal field. Starting from bibliographic analysis, the aim is to think about the insertion of two great exponents. In view of this, the text is divided into three parts: in the first part, a recovery of the penal problem in the 18th century is made, as well as the relevant historical issues, especially those related to the ambivalence of punishment; then, it will deal with the innovation proposed by Beccaria in the Enlightenment scenario, taking into account the justification of the right to punish from a contractualist and utilitarian perspective, highlighting the centrality of the penal issue; finally, seeks to speak of the criticism that Kant formulated to the Italian philosopher and jurist based on a retributivist conception, highlighting, in this process, the task of punishment and the defense of the death penalty as retribution. As a conclusion, it is expected to demonstrate, on the one hand, that Beccaria's reformist manifesto is paradigmatic of *Zeigeist* and that its value lies here, and, on the other, that Kant's defense expresses a commitment to reformulating the already established retributivist position.

KEYWORDS: penal enlightenment; penal reformism; right to punish; Beccaria; Kant.

* Artigo recebido em 15/11/2024 e aprovado para publicação em 20/12/2024.

** Doutor em Educação (UFSC), Mestre em Filosofia (UFSC) e Graduado em Direito (UNOESC) e em Filosofia (UFSC). Professor de Filosofia do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Catarinense (IFC) e do Programa de Pós-Graduação em Educação (PPGE/IFC, Campus Camboriú). E-mail: marcos_roh@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O problema do direito penal é central no debate e nas discussões que marcam o Iluminismo do século XVIII. Milita em favor dessa tese o reconhecimento não apenas da doutrina penalista, mas a produção de um corpo bastante grande de trabalhos nas áreas de história do direito e de filosofia do direito e da punição. De fato, o Iluminismo está no centro de um movimento teórico que se desdobrou num impulso reformista do campo penal (Maestro, 1942) frente a uma sociedade que se abre em favor de uma nova expressão de um humanismo, associado a uma ideia de progresso social.

Neste particular, Cesare Beccaria (1738-1794) escreveu sua obra *De delitti e delle pene* no período entre o final de 1793 e o início de 1794, publicando-a ainda nesse ano¹. O sucesso de sua obra foi estrondoso, sobretudo por conta do “Comentário sobre o livro *Dos delitos e das penas*”, de Voltaire (2001). A sua influência no Iluminismo, particularmente o francês (do qual o próprio Beccaria se alimentava), foi enorme. De outro lado, Immanuel Kant (1724-1804) é reconhecido como o maior nome do pensamento iluminista. Quando escrevia sua *Die Metaphysik der Sitten*, publicada em 1797, as ideias de Beccaria já se encontravam presentes na Prússia. Contra ela, ao tratar do problema penal, Kant vai dirigir uma crítica feroz, particularmente no que se refere à pena de morte.

De fato, é com base nesse pressuposto que se busca, neste texto, oferecer uma discussão sobre a questão penal no século XVIII, em particular seu influxo na obra de Beccaria, e a reação provocada em Kant. Para tanto, partindo-se da análise bibliográfica, intenta-se pensar a inserção de dois grandes expoentes nesse cenário: de um lado, a figura de Beccaria; de outro, Kant e sua filosofia iluminista. Em vista disso, para atingir tal propósito, o texto será arquitetado em três partes: na primeira parte, faz-se uma recuperação do problema penal no século XVIII, bem como das questões históricas atinentes; em seguida, tratar-se-á da inovação proposta por Beccaria no cenário iluminista, mais como uma organização de ideias do que a sua gênese, tendo em conta a justificação do direito de punir de uma perspectiva contratualista e utilitarista; finalmente, falar-se-á da crítica que Kant formulou ao filósofo e jurista italiano a partir de uma concepção retributivista que justifica a pena de morte.²

¹ Usar-se-ão as traduções portuguesas: Beccaria (2017); e Kant (2005).

² Por uma questão de cautela, importa dizer que, ainda que a temática envolva uma questão filosófica, neste trabalho a análise de argumentos filosóficos será deixada de lado tanto quanto é possível em vista de uma análise mais próxima à historiografia das ideias.

1 O PROBLEMA PENAL NO ILUMINISMO

Tendo em conta que a história da questão penal é diferente da história do processo penal, o historiador italiano do direito Sbriccoli faz uma distinção importante. Segundo o que explica, a história de “o penal” pode ser pensada como uma longa fuga da vingança. Apesar de ser algo simplificador, a perspectiva da fuga da vingança, quer dos indivíduos, quer das sociedades, quer dos Estados, é a que melhor explica o processo civilizador dos sistemas penais (Sbriccoli, 2011, p. 459). Assim, o século XVIII pode ser colocado como um momento de grande mudança.

Tomando por base o texto de Tarello (2011, p. 219), pode-se dizer que esse *problema penal*, que marca o século XVIII e expressa o modo como os filósofos iluministas trataram temas conexos ao que hoje se chamaria de direito e processo penal (Sontag, 2008, p. 256), é o conjunto complexo e inter-relacionado das seguintes questões: (i) existe, fazendo referência a qualquer sujeito, um direito de punir, ou seja, de infligir um mal a um outro sujeito, baseado na ação ou no modo de ser do segundo sujeito? (ii) Se se admitir que tal direito exista, a quem pertence? (iii) Também, sabendo-se a quem pertence, contra quem se aplica? (iv) Como desdobramento, quais seriam as punições lícitas, isto é, que tipos de males podem ser infligidos a um sujeito em função de uma ação ou modo de ser deste último? E, finalmente, existe uma relação (e, neste caso, qual seria) entre o tipo de punição e o tipo de ação ou modo de ser punidos? Como observa o autor, essas questões foram formuladas nesses termos gerais e abstratos apenas ao longo da segunda metade do século XVIII – o que as vincula, de muitos modos, às diferentes teorias filosóficas da punição e dos direitos da modernidade.

Particularmente, partindo-se dessas questões, Tarello (2011) faz uma análise histórica sobre a razão de por que elas, que colocaram em destaque o problema penal, seriam funcionais às exigências culturais e organizacionais da segunda metade do século XVIII. Nesse curso, sem adentrar nos aspectos mais específicos que levam ao contexto fático (isto é, o fato de existir um consenso de que o historiador identificará três diferentes tipos de ideologias, as quais – cada qual ao seu modo – permitirão o aparecimento pragmático do problema penal), pode-se dizer que elas estão vinculadas a características específicas e culturais desenvolvidas na Europa. De fato,

As três ideologias, utilitarista, humanitária, proporcionalista, todas juntas, detalham somente os problemas relativos aos comportamentos que merecem pena, às penas e a quem deve punir e ser punido. Não se refletem as três, porém, ao menos de imediato, sobre outros problemas que então confluirão no “problema penal” em geral. Sobre os modos de averiguação dos tipos penais sancionados, em particular, somente a ideologia humanitária tocará (Tarello, 2011, p. 219).

O utilitarismo se refere às punições somente das ações cuja punição se apresente como útil à paz pública e às finanças estatais. Por isso, o utilitarismo se associa, com frequência, em termos de proposição de sugestões aos soberanos sobre a melhor forma de legislar penalmente; o humanismo penal é, de algum modo, associado ao utilitarismo, pois, expressando humanidade e brandura, “o soberano não deve cominar penas mais graves do que exija a utilidade”; já o proporcionalismo, que externa o racionalismo vigente, estabelece que a pena deve estar relacionada à ação proibida numa ligação fixa e segundo a razão, isto é, deve ser proporcional ao crime (Tarello, 2011, p. 222-225).

Outro aspecto que o historiador do direito deve ter em mente sobre a questão penal é o seguinte: tem sido observado, com razão, que a descoberta da lei como um instrumento para governar o direito tem levado a um progressivo novo papel do jurista. Com efeito, os modernos projetos de codificação desenvolvidos na Europa após a Revolução Francesa, embora sejam intérpretes, com a mesma tendência, que, evidentemente, coloca a lei no centro da ordem jurídica, refletem objetivos e se baseiam em premissas ideológicas marcadamente diferentes. Tais abordagens, diversamente, refletem uma percepção distinta da função e da finalidade da introdução do princípio da legalidade no direito penal.

De fato, o iluminismo penal italiano, ao optar por estabelecer o sistema penal em lei, longe de perseguir um projeto desresponsabilizante, queria interpretar a antiga tarefa da custódia da justiça de uma nova maneira. Na verdade, sua escolha consistiu em promover uma transformação que parecia, naquele momento histórico, necessária para trazer o sistema punitivo de volta ao caminho do *iustum* e se mostrou ser além disso, uma saída eficaz da ordem agora hipertrófica e incoerente ordem jurisprudencial da *iuscommune* (Meccarelli, 2009, p. 500)³.

Do âmbito da teoria do direito, um autor como Kelly (2010, p. 386-387) afirmará que, como um dos frutos do Iluminismo⁴, apenas no século XVIII a teoria sobre o fundamento, os

³ Sobre isso, por exemplo, é relevante ter em conta a codificação penal na França revolucionária, de 1791; a codificação napoleônica, de 1810; a codificação austríaca, de 1803; e os projetos iniciados na Itália pela temporada inaugurada pelos irmãos Verri e Beccaria. Além disso, tem-se em mente as questões atinentes ao modelo de justiça negociada (Sbriccoli, 2011, p. 559-564).

⁴ De um ponto de vista do sumário das questões e das relações com a política, Dal Ri Júnior e Castro (2009) explicam que “o discurso iluminista do século XVIII tem como marca principal a defesa da causa da emancipação humana pelo uso da razão. A fórmula célebre de Kant *sapere aude* (ousai saber), o apelo à autonomia do sujeito a partir das suas potencialidades racionais e o uso da ciência na dissolução da imagem mística e encantada do mundo são o que melhor caracteriza o pensamento das Luzes. No plano político, a reivindicação da emancipação pela razão fez com que o Iluminismo ganhasse uma tonalidade fortemente crítica que, em suas formas extremadas, assumiu um caráter contestatório consideravelmente subversivo em relação aos poderes constituídos. E quanto mais nos aproximamos dos grandes centros econômicos europeus, onde as pressões dos interessados em uma economia racional de mercado se confrontavam de forma cada vez mais irresolúvel com instituições burocráticas arcaicas, maiores eram os radicalismos consequentes do Iluminismo em seu combate contra o Antigo Regime. Ao

objetos e a medida do direito penal e das penas assumiu, pela primeira vez, o aspecto de ciência independente. Entre os fatores que contribuíram para isso, encontram-se, pois, os seguintes: i) o ceticismo quanto à autoridade e à tradição da antiguidade solapou a aceitação das práticas imemoriais e de valores não averiguados como garantias suficientes para a aplicação da pena; ii) o retrocesso do extremismo religioso e da crença em forças ocultas destruiu a confiança que outrora sustentara a perseguição às bruxas e feiticeiras; e, iii) ainda que a criminalidade tenha aumentado acentuadamente ao longo desse século, em particular em matéria de crimes contra a propriedade, o que motivou a aplicação de uma repressão penal feroz, houve igualmente, em parte, deve-se dizer, em reação a esse movimento, um avanço gral no sentimento humano, que lançou poderosas críticas aos sistemas europeus de justiça penal.

É nesse contexto histórico que se forma uma interrogação mais concreta e que correspondesse às luzes da razão, tão aclamada, sobre a extensão do direito de punir do Estado, questionando especialmente se o Estado estava autorizado a punir atos que não tinham resultados prejudiciais sobre as outras pessoas ou, mesmo, sobre a sociedade que, a bem da verdade, mais tinham a ver com pecados ou falhas morais do que com delitos penais (Kelly, 2010, p. 387)⁵. É essa a razão que leva o problema penal a ser considerado um dos principais elementos do pensamento iluminista:

[...] o direito de punir, que não pode evidentemente não implicar a própria questão da relação entre indivíduo e sociedade, ao mesmo tempo que se conecta estreitamente com a história mais específica de métodos, exemplos, instrumentos e práticas, e de pequenas mudanças. Comporta, pois, ao mesmo tempo, uma discussão de princípio e uma consideração de problemas concretos. Justamente por esse seu duplo aspecto ele pode ser particularmente usado para se entender o Iluminismo (Venturi, 2003, p. 188).

contrário, onde o quadro político-social não se caracterizava por uma tensão tão acirrada colocada sobre essas bases, a pressão por mudanças institucionais pôde tomar o caminho de uma conciliação de interesses e se transformar em um moderado discurso reformista” (2009, p. 265). E, mais especificamente, o Iluminismo é um movimento de ideias, bastante heterogêneo “[...] que fundava na racionalidade humana um projeto de emancipação. Emancipação da tradição, dos dogmas religiosos, das forças da natureza, mas uma emancipação também do poder político ilegítimo, assim considerado aquele que não se fundava na autonomia humana individual, inerente à ideia de que cada homem é um ser racional” (2009, p. 272). No mesmo sentido, ver, também, Castro (2019, p. 99-100).

⁵ Entre os autores iluministas que se dedicaram à questão penal, observa-se, ainda, como sugeriu Sbriccoli (2011, p. 472), pela primeira vez na história, uma manifestação crítica de oposição da parte dos intelectuais, e, por isso, grandemente vinculados à filosofia, o que culminará em discussões mais gerais e abstratas. De fato, autores como Beccaria, Bentham, Holbach, Voltaire, entre outros, vinculados à filosofia, produzirão obras voltadas à questão penal. No entanto, particularmente sobre Beccaria, é verdade que essas discussões mais gerais serão realizadas sem rigor diante da tecnicidade do direito penal, isto é, sem o que chama de *mediação jurídica* (Sbriccoli, 2017, p. 356-357).

A obra de Beccaria é exemplar do conjunto dessas questões e, de muitos modos, vai promover um deslocamento de razões na esfera penal e, em assim sendo, receberá críticas de autores de diferentes flancos, inclusive de uma figura seminal, como é o caso de Kant, sobre a estrutura e a forma dos elementos que compõem a punição.

1.1 AS DOUTRINAS PENAIS DO SÉCULO XVIII: A AMBIVALÊNCIA DA PUNIÇÃO NO ILUMINISMO PENAL

Halpérin (2010, p. 09) tem uma discussão muito interessante a respeito da ambivalência das doutrinas penais modernas, apontando para as suas variações e para o contrassenso de uma concepção única. De acordo com o que apresenta, por uma questão de simplificação e facilidade em identificar os principais personagens, muitas vezes, é-se inclinado a narrar a história das doutrinas penais a partir de Beccaria como uma alternância contínua entre correntes que defendem penas mais leves ou mais severas. Essa narrativa poderia sugerir um endurecimento nas ideias de Kant e Bentham, seguido pelos redatores do Código Penal Napoleônico ou do Código Bávaro de 1813. Posteriormente, surgiria um apelo à moderação e mitigação das penas com autores como Rossi, os reformistas de 1832, Chauveau e Hélie e, mais adiante, Ortolan, no meio do século XIX. Em seguida, a Escola Italiana, liderada por figuras como Lombroso, Ferri e Garofalo, teria promovido uma forte reação contra o que chamavam de “crescimento da criminalidade”, o que geraria uma “resistência humanista” de juristas defensores da responsabilidade individual e da personalização das penas. Após isso, viria uma nova consagração das medidas de segurança, especialmente na legislação entre as guerras, com destaque para o rígido Código Rocco da Itália fascista, apoiado por Ferri e Garofalo. Mais tarde, o pêndulo voltaria com a “nova defesa social” proposta por Gramatica e Ancel e, nos últimos anos, uma crescente ênfase em medidas de segurança. Nessa visão cíclica das doutrinas penais, todos podem encontrar respaldo na antiguidade e na “nobreza” de suas próprias convicções.

Ainda na esteira de Halpérin (2010), esta seria uma visão simplista e amparada numa concepção cíclica do movimento das ideias penais. Contudo, a historiografia recente destacou, no contexto do iluminismo reformista penal, a existência de uma corrente que defendia o rigor na aplicação das punições. Por exemplo, na Inglaterra, as obras de Ollyffe (1731), do reverendo Madan (1785) e de Paley (1785) defendem a ausência de indulgências em relação à população criminoso já considerada irreversível. Esses aspectos externalizam uma ambivalência conceitual em torno das noções de prevenção e de segurança, e dos reflexos de defesa da

sociedade ou de proteção da liberdade diante das ameaças (Halpérin, 2010, p. 09-10). De fato, como mostram os estudos de Costa (2011), a questão da segurança que, na origem, entrelaçou-se com as da lei e da liberdade, apresentou-se como relevante por colocar em relevo, em autores como Hobbes, Locke e Montesquieu, o princípio da legalidade. Mais particularmente, tendo em conta o que chama de liberdade-segurança (que põe fim à oposição presente em Hobbes entre liberdade e lei),

[...] a liberdade é agir na órbita da lei: é esta que torna contemporaneamente lícita e segura (protegida, garantida) a ação individual. A liberdade-segurança não é, porém, um efeito automático da lei: as “leis particulares”, e em particular, as leis penais, podem suspender a segurança individual atuando como instrumentos de opressão antes do que garantia (Costa, 2011, p. 41).

A lei adquire, nesse cenário do século XVIII, um papel primordial, pois ela se converte, na transformação dos equilíbrios existentes de poder, no seu objeto e no seu instrumento, isto é, ela expressa e se torna o baluarte da igualdade dos sujeitos contra uma imagem do direito, ainda associado a um saber jurisprudencial, vinculado à lógica oligárquica dos estamentos de privilégios⁶. Por conta disso, há duas importantes consequências: (i) a lei passa a ter um papel instrumental, em que pese retirar a sua legitimidade da proposição, defesa e garantia dos direitos naturais dos sujeitos (como herança das doutrinas contratualistas dos séculos XVI e XVII especialmente); e (ii) a lei deve ser reformada para atender a esse propósito em termos de ser clara e compreensível, ao mesmo tempo que dirige à proteção da liberdade, da propriedade e da segurança dos sujeitos (Costa, 2011, p. 41)⁷.

Esse cenário, com efeito, expressa a ambivalência da punição no Iluminismo penal em duas direções, pelo menos: em primeiro lugar, a ambivalência entre punição e prevenção, que evoca a teoria utilitarista da punição. De acordo com Halpérin, enquanto os penalistas do Antigo Regime deram mais ênfase ao pecado e à sua expiação, o que, de certo modo, se vincula aos aspectos retributivistas da punição, os partidários utilitaristas procuraram medir as punições com precisão.

⁶ Há muitas discussões entre os historiadores sobre essa questão do novo direito determinado pela lei e do papel dos magistrados diante dele. Mas é crucial ressaltar um ponto expresso por Meccarelli (2009, p. 12), vale dizer, que de um ponto de vista sistemático, a descoberta de lei como instrumento de governo do direito colocou em movimento um progressivo processo de desresponsabilização do jurista, cuja formação estava profundamente enraizada na tradição do *ius commune* e do *common law*, marcadas pela produção jurisprudencial. Sobre isso, ver: Sontag (2008, p. 260).

⁷ Sbriccoli (2011, p. 473) dirá sobre isso: “É o triunfo do hegemônico, conjugado à razão. Em primeiro lugar se invoca a lei. Uma lei ditada por um legislador que represente a vontade de toda a sociedade, que se preocupe com a sua defesa, que individualize com certeza os delitos e penas, seguindo o princípio da utilidade social, único critério de justiça. O juiz, servo primeiro da lei, se limitará a aplicá-la”.

Enquanto que, em Beccaria, essa busca da prevenção redundará no cálculo utilitário mediante o qual, antes propriamente de uma punição justa, intentar-se-á dissuadir o crime, em Bentham, por sua vez, isso significará a defesa de punições mais severas. O cálculo utilitário de Bentham apontará para a eficácia de uma punição que seja suficientemente forte para dissuadir até mesmo os criminosos mais perigosos. No entanto, lá e aqui, a ambivalência se coloca no fato de que a punição é vista pela perspectiva da produção de efeitos para o futuro, isto é, com o condão preventivo, mas num quadro em que o dano propriamente já ocorreu. Assim, “o desejo de dar à punição uma função preventiva não levou a dar prioridade à educação, mas a uma corrida frenética em direção a uma repressão cada vez mais severa” (Halpérin, 2010, p. 12, tradução nossa).

Em segundo lugar, a noção de segurança é também ambivalente. E isso porque, se é verdade que de um lado ela significa a liberdade individual, uma proteção dos direitos frente ao soberano, é também verdade que ela se coloca como o objeto final da legislação penal, isto é, ela se coloca como a base do direito que conduzirá à punição dos delinquentes em nome do interesse da sociedade, de modo que a necessidade de defesa social se coloca como superior às liberdades dos indivíduos (Halpérin, 2010, p. 12-13). Trata-se aqui do que Costa (2011, p. 50), no bojo da tensão da qual emerge o princípio da legalidade, apontou como a ambivalência da lei: “traduz na forma do direito a onipotência do soberano, mas, ao mesmo tempo, ambiciona propor-se como trilha obrigatório ao longo do qual a ação do Estado se desenvolve ou até mesmo como uma regra à qual também o Estado deve se inclinar”.

Um outro ponto deve ser ressaltado. Tendo em conta as ideologias indicadas por Tarello (2011, p. 219), observa-se que Beccaria e Kant apresentam uma polarização dessas ideias penais: de um lado, a postura suavizadora da pena, de viés humanista e utilitarista, encontra eco na obra de Beccaria e, de outro lado, a concepção que entende ser necessário o aumento do rigor das penas, como proporção e retribuição, projeta-se na obra de Kant (e de Bentham também, ainda que por um viés utilitarista)⁸. De fato, atendo-se ao que se disse anteriormente, seguindo a Meccarelli, e tendo em mente a expressão de Sontag, pode-se dizer, com razão, que o reformismo penal expressa a ideia da irresistível ascensão dos filósofos, uma vez que, de muitas formas, ainda que falte a eles o *médium* jurídico, as ideias que inspiraram tais mudanças estão vinculadas primariamente ao universo filosófico⁹.

⁸ Em âmbito filosófico, essas duas posições antagônicas correspondem às concepções *retributivistas*, que veem na punição uma forma de retribuir o mal provocado; e *utilitaristas*, que pensam a punição em termos de utilidade e de vantagens sociais. Sobre isso, conferir: Shuster (2016, p. 90-116).

⁹ Sontag faz uma diferenciação muito útil, vale dizer, a entre o *filósofo juridicamente informado* e o *jurista em sentido estrito*. Sobre isso, explica o seguinte: “[...] a diferença entre um ‘filósofo juridicamente informado’ e um

2 BECCARIA E O DIREITO DE PUNIR: A AFIRMAÇÃO DO UTILITARISMO PENAL

De acordo com Sbriccoli (2017, p. 252), o maior mérito histórico de Beccaria está no fato de ter colocado a questão penal no coração dos processos de transformação e de racionalização da sociedade do século XVIII. Vale ter em conta que, entre as diversas fontes filosóficas da obra de Beccaria, destacam-se as seguintes: o empirismo de Locke, a moderação de Montesquieu, o materialismo de Helvetius, o espírito crítico da Enciclopédia, o igualitarismo de Rousseau. Essa combinação florescerá na proposição de um novo paradigma penal, calcado na moderação das penas, na sua utilidade social e na secularização dos crimes. E, talvez por isso, Beccaria possa ser considerado, com bastante reconhecimento, o expoente máximo do pensamento penal ilustrado, uma vez que elabora um programa completo do pensamento penal do iluminismo¹⁰.

O valor que sua obra magna, *Dei delitti e delle pene*, não se radica explicitamente na originalidade de suas ideias, mas na unidade programática com a qual foram expostas, considerando não apenas as questões apresentadas por Tarello, mas sobretudo, as tendências que marcam este período, a saber, o utilitarismo, o humanismo e o proporcionalismo (ainda que este último esteja no horizonte da contraposição, uma vez que ele é característico das teorias retributivistas). De fato, Beccaria apresenta, com fundamentos coerentes, uma obra que “[...] relaciona de maneira indissolúvel a condição e qualidade do penal aos graus da civilização da sociedade moderna” (Sbriccoli, 2017, p. 252)¹¹.

‘jurista em sentido estrito’ não se faz, simplesmente, observando a formação acadêmica do indivíduo em questão, principalmente porque as disciplinas acadêmicas não eram organizadas como hoje, onde encontramos cursos específicos de direito, filosofia, história, ciências sociais, etc. Além disso, quando se fala em ascensão dos filósofos na discussão das questões penais (e jurídicas em geral), o objeto dessa afirmação não é somente a biografia deste ou daquele indivíduo, mas uma determinada impoção do discurso. Ou seja, é preciso observar nos textos a serem analisados como o autor se coloca ao enunciar um discurso sobre o direito. É possível, portanto, encontrar indivíduos que se colocam inteiramente como filósofos e não como juristas ao tratarem de temas penais, mas que têm alguma formação jurídica” (Sontag, 2008, p. 259).

¹⁰ De fato, Dal Ri Júnior, com razão, explica que, influenciado pelas obras de Montesquieu e de Helvétius (principalmente pelas *Lettres persanes*, do primeiro, e *L’Esprit*, do segundo), Beccaria tem o mérito de ter traduzido para a ciência penal os valores e os ideais do Iluminismo. Na sua obra, Beccaria também resgatou diversos conceitos elaborados precedentemente por Rousseau, contrapondo ao princípio do velho direito penal “é punido porque constitui delito” – o novo princípio: “É punido para que não se repita” (Dal Ri Júnior, 2006, p. 164-165).

¹¹ O professor Paolo Grossi, recentemente falecido, em *A history of european law*, de 2010, faz uma observação acurada, vale dizer, a de que não se deve esquecer que os intelectuais do século XVIII tendiam a ser aristocratas, muitas vezes pertencentes a lojas maçônicas ou outros grupos exclusivos. O relevo dessa observação se coloca no sentido de que evidencia que a ideia de um sistema de direito que cresce, diga-se, de baixo para cima, a partir da complexidade da atividade humana, era algo estranho ao modo de pensar que marca o iluminismo. É nesse lastro que as obras de Montesquieu (1689-1755) e as de Beccaria (1738-94) representam dois estandartes muito diversos para o Iluminismo europeu. Segundo o que explica, os dois autores têm uma atitude semelhante em relação às pessoas comuns: ambos os autores demonstram desdém, desprezando suas opiniões e tudo o que possam

2.1 A CENTRALIDADE DA QUESTÃO PENAL EM BECCARIA

Sbriccoli fala que, ao longo do século XVIII, o direito penal racional e a justiça civilizada tomam forma nas críticas corrosivas que o grupo de ideólogos reformadores dirige com força contra os ordenamentos existentes. Nesse cenário, pela primeira vez na história, os intelectuais desenvolvem uma função crítica de oposição, o que é feito por meio do campo penal. Beccaria e sua obra serão alçados à condição de grande modelo de reformismo penal do período iluminista (Sbriccoli, 2011, p. 472).

Sendo esse o caso, a centralidade da questão penal fica explícita na obra de Beccaria quando se observa a sua recepção e as reações que suscitou. Aliás, desde a sua publicação, *Dei delitti e delle pene* chamou a atenção de todos, em toda a Europa, para o próprio problema da existência do crime e das maneiras de reprimi-lo. É o que afirma Venturi (2003, p. 188), em *Utopia e reforma no iluminismo*, ao dizer que a questão penal e o próprio direito de punir (visto no tópico anterior), que implicam na discussão “[...] da relação entre indivíduo e sociedade, ao mesmo tempo que se conecta estreitamente com a história mais específica de métodos, exemplos, instrumentos e práticas, e de pequenas mudanças”, de forma a se converter num movimento teórico particularmente significativo para entender o Iluminismo. De fato, Venturi (2003, p. 189-190) expressa com perfeição o horizonte da centralidade da questão penal em Beccaria:

O nó que durante milênios se formou unindo com mil fios pecado e delito, crime e culpa, foi cortado por Beccaria com um único golpe. Que a Igreja, se o desejasse, se ocupasse dos pecados. Ao Estado cabia apenas a tarefa de avaliar e ressarcir o dano que a infração da lei havia acarretado ao indivíduo e à sociedade. O grau de utilidade ou não utilidade media todas as ações humanas. A pena não era uma expiação. Os juízes não tinham outra tarefa que a de restabelecer um equilíbrio alterado. Do direito penal retirava-se toda a dimensão sagrada. O Iluminismo radical de Beccaria negativa implicitamente, mas não menos efetivamente, toda concepção religiosa do mal, todo pecado original, toda sanção pública da moral. Seu utilitarismo nascia da vontade de criar uma sociedade fundada na razão e no cálculo, destruindo todo obstáculo e preconceito herdado do passado.

Em *Dei delitti e delle pene*, Beccaria não inova em relação às teorias de seu tempo. Na verdade, partindo das teorias contratualistas e utilitaristas, em grande parte presentes na cultura

contribuir. Mais ainda: os juristas dificilmente recebem melhor tratamento destes dois, pois os autores os condenam por serem demasiado técnicos e pouco filosóficos, demasiado desvinculados da cultura do seu tempo e significativamente envoltos no *ius commune*, que consideram comprometido pelas suas origens medievais e pela sua associação com a Igreja de Roma, uma instituição que eles abominam, e com o direito canônico. O processo de reforma legal teve, portanto, que começar com um drástico repúdio ao passado, a fim de limpar as velhas fontes do direito e eliminá-las como se fossem uma fonte de vergonha (Grossi, 2010, p. 66).

de seu tempo, e das obras de Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu e Helvétius, o grande mérito do autor, como deixa em evidência Sbriccoli (2017, p. 252), está na centralidade da questão penal: “[...] ele relaciona de maneira indissolúvel a condição de ‘qualidade’ do penal aos graus de civilização da sociedade moderna em geral”. Especificamente, Beccaria faz uma crítica profunda à sociedade de sua época. Esse movimento está associado à proposta, por vezes de forma implícita, de uma nova estrutura civil e política, manifestada pela contestação ao sistema penal vigente, que ele busca reformular com base em novos critérios de classificação. Mesmo sem desenvolver completamente as implicações teóricas ou explorar os impactos de sua análise, Beccaria compreende que o sistema penal é um reflexo da organização política. Com essa percepção, ele trata a questão penal como uma maneira de, mais amplamente, abordar a reforma da sociedade e do Estado (Sbriccoli, 2017, p. 251-252).

Atendo-se ao valor histórico da obra de Beccaria, Sbriccoli destaca que ela ensejou pelo menos três grandes consequências, as quais são responsáveis por colocar a questão de *o penal* no centro do ideário Iluminista: (i) a primeira dessas consequências diz respeito ao estabelecimento do penal (a) como *terreno*, antes do que (b) como *objeto*, do conflito político entre autoridade e liberdade: como *objeto*, entre os juristas, esse combate nasceu do conflito entre visões diferentes da relação entre direito e sociedade, que se projetou no plano da legislação criminal; como *terreno*, ela expressa o conflito entre autoridade e liberdade. De fato, trata-se aqui do paradoxo da liberdade, isto é, entre a segurança pública, como bem político, e a liberdade individual, como direito do indivíduo. Esse é um dos aspectos do que se chamou ambivalência das teorias penais do Iluminismo. Mas Sbriccoli ressalta outro aspecto, para além daquele das questões entre prevenção e repressão: diz respeito à reflexão dos criminalistas sobre os limites do poder punitivo e se coloca na tensão entre ordem e liberdade, que se projetará nos Séculos XIX e XX. (ii) A segunda dessas consequências refere-se ao crescimento progressivo da concepção de *ciência jurídica integrada*, que vem acompanhada de uma nova figura de penalista: ele é um jurista, um filósofo e um intelectual que expressa uma formação complexa, que transita por competências várias, como a economia, as ciências sociais e políticas, a moral e a própria filosofia¹². Assim, “[...] esse jurista novo, estudioso, encarna a figura do intelectual, politizado no melhor sentido do termo, e cujo horizonte conceitual é vasto” (Sbriccoli, 2017, p. 254). E (iii) a terceira destas consequências é concernente ao retorno entre a legitimação do governo e o seu programa no terreno do direito criminal. A ideia central é que o sistema penal

¹² Trata-se aqui do que Sontag falou da irresistível ascensão dos filósofos. Remete-se, no mesmo sentido, à nota 9, *supra*.

se converte num ponto de apoio sem o qual um problema na seara do desenvolvimento civil, na liberdade política, na justiça social ou contexto do progresso poderia ser pensado. Dessa forma, o penal se coloca como “[...] a medida universal da qualidade política do governo e da própria natureza do Estado” (Sbriccoli, 2017, p. 255).

A obra de Beccaria adquiriu uma fama quase que instantaneamente que levou a um entusiasmo pela reforma penal, que rapidamente se espalhou pela Europa e pelos Estados Unidos. Do dia para a noite, o direito penal tornou-se um assunto favorito de panfletos políticos, bem como de tratados jurídicos e filosóficos. E, por essas e outras razões, entre os admiradores de Beccaria incluíam outros teóricos, como Voltaire, D’Alembert, Blackstone e Bentham, bem como soberanos e estadistas influentes como Catarina II da Rússia, Maria Teresa da Áustria e Thomas Jefferson (Shuster, 2016, p. 90).

2.2 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR EM BECCARIA

Com efeito, as grandes questões que marcam o século XVIII, como século d’o *penal*, foram postas por Tarello (2011, p. 219). Em *Dei delitti e delle pene*, elas se encontram num nível bastante explícito¹³. De fato, sobre a questão de se há um direito de punir, Beccaria vai desenvolver uma concepção baseada no contratualismo, uma ideia que, como se sabe, refere-se à *la fleur de l’esprit de l’époque*. O estado de natureza, sobretudo aquele teorizado por Hobbes, preconiza uma ordem de coisas em que o direito para punir as violências e, particularmente, as coisas *mala in se*, encontra-se nas mãos de cada indivíduo. No entanto, pelo contrato social, esse direito é transferido ao soberano. Assim, denunciando seu débito para com Montesquieu, Beccaria vai afirmar que toda pena que não derive da absoluta necessidade é tirânica. E, com base nisso, dirá também que todo ato de autoridade de um homem sobre o outro que não derive da absoluta necessidade é, também, tirânico; pois, reunidos em sociedade, foi a necessidade que obrigou os homens a cederem parte da sua liberdade, colocando no depósito público a mínima parte possível – a que bastasse para induzir a sua proteção. O conjunto dessas partes mínimas forma o direito de punir. Tudo o mais que o ultrapasse é, assim, abuso, e, ainda que poder de fato, não é direito (Beccaria, 2017, p. 64-66).

Vale ter em conta que a segunda e a terceira questões, entre aquelas apontadas, indagam sobre a quem pertenceria este direito e contra quem se aplicaria (Tarello, 2011, p. 219). Tomando-

¹³ Afastando-se da análise estritamente filosófica, tomar-se-á por base o conjunto de questões proposto pelo historiador do direito Giovanni Tarello (2011, p. 219) para consignar os elementos de contribuição de *Dei delitti e delle pene* ao reformismo penal iluminista.

as por guia, pode-se ver, com clareza, na obra de Beccaria, uma resposta concreta a essas indagações. Deveras, esta segunda questão aparece na sua obra vinculada às discussões sobre o contratualismo político (sobretudo, a caracterização do estado de natureza de Hobbes) e a sua concepção de soberania. São essas ideias que explicarão a origem das leis e o direito de punir¹⁴.

Nessa direção, Beccaria também vai explicar, por meio do contratualismo político, os fundamentos do direito de punir e a quem ele pertenceria. Em vista disso, e assim como Hobbes, afirmará que as leis são condições sob as quais homens, a um só tempo, livres, independentes e isolados, uniram-se em sociedade, em que pese o cansaço de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de conservá-la (Beccaria, 2017, p. 63). Expressamente, o marquês italiano afirma o seguinte sobre isso:

Eles sacrificaram parte dela para gozar o restante com segurança e tranquilidade. A soma de todas estas parcelas de liberdade sacrificadas ao bem de cada um constitui a soberania de uma nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Mas não bastava constituir este depósito: era necessário defendê-lo das usurpações privadas de cada homem em particular, que procura sempre colher do depósito, não só a porção que lhe cabe, mas usurpar a do outro também (Beccaria, 2017, p. 63).

Beccaria, assim, afirma primeiramente que há um direito à punição e que ele repousa numa justificativa contratualista, a saber, em razão dos temores frente à conservação da liberdade diante da condição de conflito contínuo; também, que este direito pertenceria ao soberano, como depositário legítimo instituído pela parcela de liberdade da qual todos abrem mão para criar a sociedade política, e que seu exercício, em vista da usurpação da liberdade da parte de alguns, dar-se-ia por meio das leis – que ele chama de “argumentos sensíveis” por conta da sua caracterização antropológica básica dos homens como seres práticos e pragmáticos, que é vinculada ao utilitarismo, e que precisam, assim, desses freios por não adotarem, como mostra a experiência, princípios de conduta estáveis.

Em clara e reconhecida dívida e vinculação com o pensamento de Montesquieu, Beccaria sustenta que toda pena que não derive da absoluta necessidade é tirânica. E, com base nisso, todo o ato de autoridade de um homem sobre o outro que não derive da absoluta necessidade é, também, tirânico. Especificamente:

¹⁴ Hobbes (2003, p. 107) escreve, no *Leviatã*, sobre os muitos riscos para a conservação da vida e da liberdade: “Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro e disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho; mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros”.

[...] todo o acto de autoridade de um homem sobre outro homem que não derive da absoluta necessidade é tirânico. Eis, pois, sobre o que se fundamenta o direito que o soberano tem de punir os delitos: a necessidade de defender o depósito do bem-estar público das usurpações particulares. E tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano garante aos seus súbditos (Beccaria, 2017, p. 64).

Daqui que se deve supor que o direito penal deriva da necessidade de defender o depósito da saúde pública, inclusive, identificando-se, em sua extensão, com o próprio depósito público. Beccaria vê, assim, que o direito de punir resulta do conjunto das partes mínimas cedidas da liberdade. Assim sendo, um direito de punir mais amplo não seria direito, mas um abuso (Costa, 1953, p. 102-103). Por isso, são três as consequências: (i) a primeira, é que somente as leis podem fixar as penas correspondentes aos delitos; o direito de estabelecê-las, por sua vez, cabe somente ao legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social, de modo que o magistrado não pode aplicar pena não prevista em lei; (ii) a segunda, é que no caso de um conflito entre o soberano e um membro da sociedade, deve haver um terceiro que julgue a verdade do fato, isto é, este terceiro é o magistrado; e (iii) a terceira é que a atrocidade das penas é inútil e contrária à justiça e à natureza do próprio contrato social (Beccaria, 2017, p. 66-67).

Outrossim, os fundamentos do direito de punir esbarram na inadequação da pena de morte – um ponto bastante famoso na obra Beccaria, como já destacado na página 17 deste artigo. Para Beccaria, a pena de morte encontra no contratualismo um impedimento, pois, ao dar causa à sociedade, o homem não assume um sacrifício que devesse ser pago com a própria vida, de modo que a pena de morte não pode ser justificada com base no mesmo direito que tem o soberano de governar. Se a pena de morte não encontra justificativa, o mesmo não ocorre com a pena de trabalhos forçados. Estes têm valor por dissuadirem, pois a duração indeterminada da punição provoca temor nas pessoas. Assim, Beccaria não é propriamente contrário aos simbolismos que marcam as torturas e demais formas de punição, mas, principalmente, tem em vista mudar as causas que levam a essas formas de punição (Hüning, 2013, p. 40-41)¹⁵.

¹⁵ Não obstante, Dal Ri Júnior (2006, p. 168-169) descreve, de um modo paradoxal, que, num texto chamado de *Voto sulla pena di morte*, Beccaria demonstra-se favorável à pena de morte aos réus culpados de crimes políticos. De acordo com o seu conteúdo, Beccaria indiretamente reconheceria como válida a pena capital ao crime de “*lesa maiestà*”.

3 KANT E O PROBLEMA PENAL: O RETRIBUTIVISMO COMO BASE DO DIREITO DE PUNIR

Um dos nomes mais elevados da filosofia iluminista é o do pensador alemão, nascido em Königsberg, Immanuel Kant (1724-1804). Conhecido por uma obra que radica, consoante os valores iluministas, a centralidade da razão como guia dos destinos humanos, Kant desenvolve ideias sobre a punição que serão relativamente expressivas do retributivismo penal¹⁶. Contudo, a despeito do valor filosófico da obra de Kant, historicamente sua posição diante da questão penal, que foi profundamente articulada às suas ideias sobre a história, a moral e a política, expressa a posição vigente ao seu tempo.

Por certo, o objetivo não é adentrar nos argumentos filosóficos, seguramente de significativo valor teórico, mas demonstrar que, de um ponto de vista histórico, a posição de Kant está associada àquela que, a despeito de sua ancestralidade, apresentava-se como recorrente entre os homens ilustrados de seu tempo. A posição é, assim, bem estabelecida: o retributivismo penal – que marca o que preteritamente Tarello (2011, p. 223-225) apontou como uma ideologia do iluminismo penal, vale dizer, o proporcionalismo. Se, na questão penal, o utilitarismo e o humanismo encontram-se ostensivamente presentes em Beccaria, é possível dizer que o proporcionalismo, como sinônimo do retributismo penal, marca a posição de Kant.

O retributivismo penal não é uma doutrina nova como resultado das condicionantes históricas do iluminismo – isto é, ele não se apresentava como uma inovação iluminista a alimentar as diferentes práticas a despeito da melhor forma de se defender a punição e em que medida ela ser estabelecida. De fato, muito antes de Kant, filósofos, teólogos e juristas tinham, com diferenças não menos sutis, posições que implicavam alguma forma de retributivismo em matéria de punição. E, em virtude disso, é também uma tarefa difícil a de precisar, historicamente, o seu nascedouro¹⁷.

¹⁶ Uma observação, a título de esclarecimento, deve ser feita: Kant não usa o termo retributivismo nas suas discussões sobre a pena para falar de que a sanção deve corresponder, em termos simples, à retribuição pelo dano causado.

¹⁷ Definir as origens do retributivismo penal não é uma tarefa simples. Tarello dirá (2011, p. 225) que as suas origens podem ser encontradas especialmente em uma longa tradição filosófica, bem como nos usos escolásticos das filosofias antigas que incluíam as doutrinas pitagóricas da retribuição, isto é, igual por igual. Também, concepções retributivas da punição podem ter circulado em ambientes protestantes por meio de textos do Antigo Testamento e, assim, vincular-se aos movimentos jurídicos racionalistas do fim do século XVII. Sobre isso, o filósofo e historiador das teorias de punição, Arthur Shuster (2016, p. 15-50), por exemplo, dedica algumas páginas de seu *Punishment and the history of political philosophy* para mostrar as raízes históricas da punição e, analisando a posição de Platão sobre essa temática, afirma, segundo o que entende, que este filósofo incorre em certo proporcionalismo; no mesmo sentido, Fausto Costa (1953, p. 09-14), em *El delito y la pena en la historia de la filosofia*, afirma algo semelhante, também a despeito do pensamento de Platão, ao estabelecer que a punição se assemelha à medicina da alma por seu viés expiativo.

Na Prússia do século XVIII, no contexto do Iluminismo, a temática penal marcará a obra de Kant. Como demonstra Marques (2016, p. 125), a posição de Kant irá se levantar contra Giandomenico Romagnosi (1761-1835) num primeiro plano e, incidentalmente, contra Beccaria. De acordo com Del Vecchio (2010, p. 159), Romagnosi pretendia fundar o direito penal prescindindo da ideia do livre-arbítrio. Nesse sentido, a pena seria considerada como uma defesa da sociedade. A necessidade de imposição de pena tem o horizonte da prevenção, pois, uma vez que existem impulsos ou motivos que levam o homem ao delito, a sociedade teria o direito de impor a força repulsiva da pena. Seguindo o adágio de Grotius, *quia peccatum est*, Kant terá em conta que a pena deve ter um caráter retributivista, isto é, a pena encontra justificativa na justa retribuição, como imperativo categórico de justiça, e não na prevenção.

Orientando-se pelo trabalho de Tafani (2000, p. 55-84), que localiza a obra de Kant mais propriamente no cenário das questões presentes no Iluminismo penal, pode-se estabelecer que esta temática se coloca presente na obra filosófica de Kant em vista de três questões, a saber: i) qual a base do direito de punir; ii) qual o critério para determinar as penalidades; e iii) quais os limites para o direito de punir. Assim:

- (i) *a base do direito de punir*: Kant não defende que a retribuição da punição seja dada por termos morais, mas, ao contrário, é precisamente essa a diferença elementar entre a ética e o direito, vale dizer, o direito de punir encontra na punição um motivo, o seu instrumento que provê a obediência às leis, de modo que esse motivo constitua o elemento externo, que é adicionado às leis para que elas sejam observadas. A base do direito de punir para Kant, que coincide com a possibilidade da criação de um motivo legal, radica-se na diferenciação entre o direito natural (direitos originais que a razão atribui a indivíduos isolados num estado ideal de natureza) e o direito público (direitos que a lei atribui a indivíduos, como cidadãos, num Estado)¹⁸. Assim, o direito de punir é fundamentado na necessidade de assegurar um caráter efetivamente vinculando do direito legal, isto é, a coerção legal e pública com a manifestação da força vinculante da própria lei (Tafani, 2000, p. 59-67). Por isso, o Estado está autorizado a usar sua força coercitiva para defender a liberdade contra limitações à liberdade; mais particularmente, uma vez que o direito não implica que os cidadãos devam limitar sua própria liberdade, mas apenas que “a liberdade é limitada” pelas condições do

¹⁸ Especificamente, Kant (2005, p. 207 – Ak, VI, 331) afirma que o “[...] Direito penal é o direito que tem o soberano relativamente àquele que lhe está subordinado de lhe infligir um castigo em razão do seu delito”.

direito, é certo que outro, ou seja, o Estado, limite ativamente a liberdade dos cidadãos de acordo com o direito.

- (ii) *o critério para determinar as penalidades*: objetivamente, Kant sustenta não apenas que a culpa criminal é necessária para a punição, mas que o tipo e a quantidade apropriados de punição também sejam determinados pelo próprio crime – este é núcleo do *iustalionis*, conhecido pela injunção “olho por olho”¹⁹. Kant defende essa medida para punição porque todas as outras medidas levam em consideração elementos além da justiça estrita (os estados psicológicos de outros que mediriam a eficácia de várias punições possíveis na dissuasão). É significativo ter em conta que, para Kant, a retribuição fundamenta, mas não especifica a punição exata: a ideia de “igual por igual” nem sempre é possível ao pé da letra; no entanto, Kant entende que a justiça exige que o *iustalionis* seja usado como princípio para julgamentos específicos de punição (Rauscher, 2022).
- (iii) *os limites do direito de punir*: insere-se no debate do século XVIII a respeito do direito penal, e se coloca no lastro da defesa que Kant fará da pena de morte com base no que requer a justiça: só a pena de morte²⁰.

Kant representa, na história da filosofia moral e do direito penal, a afirmação moderna da teoria absoluta da pena, identificada com o retributivismo penal. No contexto germânico, significa a afirmação do direito, e particularmente, do direito penal, como uma forma de restrição forçada da vontade individual para assegurar a estabilidade da comunidade política, o Estado, frente à tendência natural à ambição – que caracteriza sua concepção de ser humano (Costa, 1953, p. 130). De fato, o problema penal em Kant se coloca como um desdobramento de sua teoria do direito, que é, em certo sentido, vinculada à sua teoria moral.

3.1 KANT E A CRÍTICA DE BECCARIA

Kant foi um crítico da posição de Beccaria. Particularmente, o núcleo desta crítica, formulada em sua *Metafísica dos costumes* (2005, p. 207-218 – Ak, VI, 331-8), refere-se

¹⁹ *In verbis*: “Só a lei de retribuição (*iustalionis*), mas, bem entendido, na condição de se efectuar perante a barra do tribunal (não no teu juízo privado), pode indicar de maneira precisa a qualidade e a quantidade da pena” (Kant, 2005, p. 209 – Ak, VI, 332).

²⁰ Esta questão será tratada mais adiante.

especialmente aos capítulos XXVII e XXVIII, de *Dei delitti e delle pene*, em virtude da crítica da dosagem das penas, que leva Beccaria a rejeitar o uso da pena de morte como legítima²¹.

Em *Dei delitti e delle pene*, nos capítulos XXVII e XXVIII, respectivamente, Beccaria discute a suavidade das penas e a pena de morte, respectivamente. O Marquês de Beccaria defende, de um lado, que um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade da pena, mas a sua infalibilidade, e isso deve vir acompanhado de uma legislação suave, de modo que a função das penas é impedir o culpado de causar danos à sociedade.

Frente a tais ideias, Kant parte do pressuposto conceitual de que o direito penal é o direito que tem o soberano relativamente àquele que lhe está subordinado de lhe infligir um castigo em razão do seu delito. Objetivamente, afirma que crime (*crimen*) é a infração da lei pública que incapacita aquele que a comete de ser cidadão, de modo que o crime privado demanda a justiça civil; e o crime público (*crimen publicum*), a justiça criminal (Kant, 2005, p. 207-208 – Ak, VI, 331). Assim concebendo, Kant (2005, p. 214-215 – Ak, VI, 335) afirmará:

Em oposição a isto, o marquês Beccaria, na base do sentimentalismo de um humanitarismo afectado (*compassbilis*), estabeleceu a sua tese da ilicitude de toda a pena de morte: dado que ela não poderia estar contida no contrato civil, originário; pois que, neste caso, cada membro do povo haveria que ter consentido em perder a sua vida se matasse qualquer outro (membro do povo); mas este consentimento é impossível, porque ninguém pode dispor de sua vida. Tudo sofistica e cavilação.

A perspectiva de Kant demanda uma distinção entre submeter-se à lei e querer ser objeto de punição. É com base nela que desenvolverá uma crítica a Beccaria. Para Kant (2005, p. 215 – Ak, VI, 335), “ninguém sofre uma pena por ter querido uma acção punível; com efeito, quando a alguém acontece aquilo que quer não existe pena, e é impossível querer ser punido”. Em outras palavras, para Kant, o indivíduo não quer ser multado, decapitado ou exilado; o que ele quer é uma acção contrária à lei, da qual a consequência é a multa, a decapitação ou o exílio. A visão de Kant entende a pena como uma retribuição pelo dano causado. Por isso, afirmando que o contrato originário não contém a promessa de permitir ser punido, entende-se que é o

²¹ Importa ter presente que o propósito desta discussão não está no carácter filosófico da crítica de Kant propriamente, mas na posição histórica em que dois autores iluministas, de flancos diferentes e que tenham problematizado a questão penal, divergirem sobre alguns de seus fundamentos, mormente, sobre a questão penal nos termos da punição. Aliás, vale ter em conta o que disse Höffe sobre o significado do sistema penal kantiano: “Desde o Esclarecimento, muitos filósofos se esforçaram por humanizar o sistema penal tradicional, marcado por um excesso de crueldade. Perante os esforços pela abolição de castigos corporais e da pena de morte, a ideia kantiana de punir os delinquentes sexuais com a castração e os assassinos com a morte [...] parece uma recaída no obscurantismo medieval” (Höffe, 2005, p. 262).

tribunal (a justiça pública), e não o povo, que estabelece a pena de morte, não sendo, por isso, o criminoso seu próprio juiz.

É interessante observar que essa posição não é uma inovação aos posicionamentos do seu tempo e, assim, seguiu outra versão do iluminismo penal. Em *Lo spirito del garantismo – Montesquieu i el potere di punire*, Ippolito (2016, tradução nossa) assim o indica:

Referindo-se ao cânone punitivo do tálion (corretamente entendido) e à necessidade moral de respeitar a humanidade na pessoa do condenado à pena capital, Kant não fez outra coisa senão seguir a corrente principal do Iluminismo penal. Não obstante a clamorosa reverberação das ideias beccarianas, a frente abolicionista, no segundo setecentos, permaneceu quase deserta. Se, na imagem alegórica, que foi publicada nos “Delitos”, a justiça rejeitada horrorizou os troféus da decapitação, na imaginação dos contemporâneos continuou a pedir que o sangue fosse lavado com sangue²².

Kant concebe o direito penal como uma forma de restrição forçada da vontade individual, tendo em vista a tendência natural à dominação do outro, para que, como consequência, tenha-se assegurada a estabilidade de uma comunidade, isto é, é o direito que dá causa a uma sociabilidade legal, permitindo, assim, que se passe do estado natural para um estado social, marcado pela organização moral e pela cultura²³. Sendo esse o caso, o núcleo da crítica de Kant se radica, segundo Marques (2016, p. 127), na compreensão de que a responsabilidade do delinquente se predica na sua vontade de transgredir a norma. Assim, a compreensão kantiana de que a justiça do direito penal que, a despeito de não ter fins políticos, mas apenas se concentraria na aplicação de penas, levaria à restauração da ordem social, que foi violada pela transgressão.

3.2 A TAREFA DA PUNIÇÃO E A PENA DE MORTE COMO RETRIBUIÇÃO

Na obra de Kant, a moralidade e o direito devem ser universalmente aceitos, garantindo que as ações de cada um respeitem a liberdade do outro – tendo-se em conta que o direito é

²² Sobre a questão apontada da pouca adesão às ideias de Beccaria, recomenda-se: Sbriccoli (2017, p. 250-258).

²³ No âmbito dos argumentos filosóficos, recomenda-se a posição de Durão, que afirma que três pontos de respostas às ideias de Beccaria: a primeira delas é que ninguém é punido porque deseja a punição, qualquer que seja ela, pois o criminoso deseja a ação criminosa, sem desejar a punição a ela atribuída – isto é, quer passar longe da lei penal, sem sofrer as suas consequências; a segunda delas afirma que legislador e súdito são lugares totalmente distintos que o mesmo indivíduo ocupa, e, assim sendo, o “eu” legislador refere-se ao *homo noumenon*, ao passo que o “eu” criminoso que sofre a pena tem em conta o *homo phaenomenon*; e, finalmente, a terceira delas diz respeito ao fato de que o criminoso seria seu próprio juiz e, assim, no caso de a punição depender do *quantum* seu de aceitação, se levada às últimas consequências, resultaria na extinção da punição de qualquer matiz (Durão, 2017).

visto como o conjunto de condições que permitem que a liberdade de uma pessoa seja compatível com a liberdade de outra, sob uma lei comum. De fato, o direito tem como objetivo expressar uma regra essencial: deve-se agir de forma que as ações possam ser consideradas uma norma universal. Nesse contexto, a punição não tem uma finalidade específica, sendo aplicada para cumprir essa regra fundamental. Assim, tem-se:

A pena judicial (*poena forensis*), distinta da pena natural (*poena naturalis*), mediante a qual o agravo se pune a si mesmo e que não é, de modo algum, tomada em conta pelo legislador, não pode nunca servir simplesmente de meio para fomentar outro bem, seja em favor do próprio delinquente seja da sociedade civil, mas há-de-ser-lhe sempre infligida somente porque cometeu um crime; porque o homem não pode nunca ser tratado simplesmente como meio para os propósitos de outrem e confundido com os objetos do direito real [...] (Kant, 2005, p. 208 – Ak, VI, 331).

Na teoria kantiana, como se indicou, o ser humano nunca deve ser tratado como um simples meio, mas sempre como um fim em si mesmo. É daí que a aplicação da punição se apresenta como uma exigência ética inegociável, de modo que a tarefa da punição é a de simplesmente restaurar a justiça violada, sem depender de qualquer benefício prático. Mesmo que a pena não produza vantagens, ela deve ser aplicada. Por isso, ela se apresenta como um imperativo categórico:

A lei penal é um imperativo categórico e mal daquele que rasteja pelas sinuosidades do eudemonismo para encontrar algo que o exima da pena ou mesmo de parte dela mediante a vantagem que promete, de acordo com o provérbio farisaico: “É melhor morrer um homem a perecer todo um povo”; pois que se a justiça soçobra deixa de ter valor que os homens vivam sobre a terra (Kant, 2005, p. 209 – Ak, VI, 332).

De mais a mais, como explicou Cattaneo (1989, p. 118), a teoria kantiana sobre a pena destaca-se principalmente por buscar aplicar ao direito penal a segunda formulação do imperativo categórico, pelo que, pode-se dizer, trata-se de basear a justiça penal no princípio de respeito à dignidade humana, valorizando a humanidade como um fim em si mesma. Nesse diapasão, pode-se dizer que o Estado tem o direito de usar sua força coercitiva para proteger a liberdade contra as limitações à liberdade, já que o direito não exige que os cidadãos limitem sua própria liberdade, mas apenas que ela seja regulada por condições jurídicas. Dentro dessa lógica, no âmbito da pena, a teoria retributivista afirma que a culpa é essencial para justificar a punição, e que tanto o tipo quanto a severidade da pena devem ser definidos pelo crime cometido. Essa ideia se alinha ao tradicional princípio do “olho por olho”. Kant apoia essa abordagem porque considera que outras formas de punição introduzem fatores externos à

justiça, como a avaliação de estados psicológicos ou a eficácia da pena como dissuasão. Embora reconheça que a aplicação literal de “igual por igual” nem sempre seja possível, Kant defende que esse princípio deve guiar as decisões sobre a pena, garantindo que ela seja proporcional à culpa e ao dano causado. Assim, a violação de um bem jurídico é compensada por uma ação do Estado contra o bem jurídico do infrator, com valor equivalente, seguindo o princípio da retribuição (Rauscher, 2022).

É nesse quadrante que se deve entender a crítica às ideias de Beccaria – de quem o posicionamento contra a pena de morte estabeleceu muitos partidários na Alemanha²⁴. Em contrapartida, frente à questão penal, as ideias de Kant o levaram à defesa da pena de morte. Seguindo, como se disse, o *iustalionis*, Kant entende que a única punição possivelmente equivalente à morte, isto é, a quantidade de dano infligido neste caso, é a pena capital. Por isso, Marques (2016, p. 126) explica que, para Kant:

[...] o homicídio deve ser punido com a morte. Diante do homicídio não há nenhuma comutação apta a satisfazer a justiça, por ausência de qualquer correspondência entre uma vida plena de trabalho e a morte. Por isso, só a pena de morte pode ser equiparada a esse crime, para efeito penal.

Defendendo que o crime, isto é, o delito cometido, é a verdadeira razão para aplicar a pena, no caso do homicídio, não há nenhum outro substituto que pudesse ser encontrado que igualasse a morte – porque a morte é qualitativamente diferente de qualquer outra coisa. Assim, a responsabilidade do delinquente frente à morte causada se funda na sua própria vontade de transgredir a norma. Por isso, dirá sobre a pena de morte:

Mas se matou, então tem de morrer. Não existe aqui qualquer sucedâneo que possa satisfazer a justiça. Não existe similitude entre uma vida, por mais penosa que seja, e a morte, portanto, tão-pouco existe igualdade entre o crime e a retribuição a não ser através da morte aplicada ao agente por via judicial, morte que, bem entendido, deve ser isenta de qualquer mau tratamento que pudesse degradar monstruosamente a humanidade da pessoa a quem é infligida. – Mesmo que se dissolvesse a sociedade civil com o assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo que habita uma ilha decidisse separar-se e espalhar-se pelo mundo inteiro), teria antes que ser executado o último assassino que se encontrasse na prisão, para que a cada um aconteça aquilo que os seus actos merecem e o sangue derramado não seja da responsabilidade do povo que não exigiu este castigo: pois pode ser considerado como cúmplice desta violação pública da justiça (Kant, 2005, p. 211 – Ak, VI, 333).

²⁴ Sobre isso, há um trabalho muito interessante que investiga a recepção de Beccaria na Alemanha, a saber: Wandruszka (1966, p. 295-303).

Kant se coloca, por isso, entre os grandes nomes do Iluminismo penal a favor da defesa da pena de morte. A sua defesa da pena de morte, que é coerente com os elementos que caracterizam o seu pensamento filosófico, pelo menos em parte, de modo que o castigo, nos termos de uma igual punição, é uma exigência de justiça: o castigo deve ser de acordo com o mal cometido. Assim, com a defesa da pena de morte – e da própria punição – Kant não tem em mente o que pensadores contemporâneos terão, como Beccaria (e mesmo Bentham), que é a punição servir como prevenção. Kant deixa de lado esses aspectos que possam ser identificados com o utilitarismo. Ao contrário, Kant vê o direito penal como um imperativo categórico que não se submete claramente a nenhum fim. Sua função, que é coercitiva, não tem em conta a utilidade, pois o direito penal é categórico. Por isso, para restabelecer o equilíbrio que a morte causou, em nome da justiça, a pena capital deve ser executada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Intentou-se, neste texto, discutir a questão penal no século XXVIII e seu influxo no trabalho de dois exemplares iluministas: de um lado, Beccaria, do Iluminismo penal de cariz utilitarista; e de outro, Kant, sua defesa da pena como retribuição e a sua crítica de Beccaria, de um contexto exclusivamente filosófico. O que se constata, em termos conclusivos, é que ainda que Beccaria aglutine ideias correntes em seu tempo de forma provocadora, a visão retributiva, também fortemente presente ao tempo do Iluminismo, apresenta-se como justificativa para a pena de morte. Além disso, elementos outros, que estão associados à técnica jurídica e ao caráter da formação do jurista, devem ser considerados.

Assim sendo, o tom desafiador e humanizador das penas, proposto não sem contradições por Beccaria, permaneceria calado até que, ao longo do século XIX, novos ares, resultantes desse processo, produziria efeitos, alimentando e animando inúmeras formas de legislação. Entre as legislações nascentes que trazem as suas marcas, encontram-se a Lei Leopoldina e a Lei Teresina (Dezza, 2020, p. 48). É daqui que, à luz dos desdobramentos históricos, pode-se dizer que a tônica humanista do trabalho de Beccaria se apresenta como própria do espírito do tempo, uma vez que significou um compromisso com a utilidade da pena e um combate à pena de morte.

No mesmo sentido, a teoria filosófica da pena, de Kant, exercerá influência em nomes de grande peso, que vão desde autores como Hegel (1770-1831)²⁵ e P. J. Anselm Feuerbach

²⁵ Hegel vai partir da noção de que o crime é uma violação do direito, que deve ser suprimido pela pena, de modo a possibilitar a restauração do direito. Para mais, ver: Marques (2016, p. 127-129).

(1775-1833)²⁶, na Alemanha, até Joseph de Maistre (1753-1821), na França, ao longo do século XIX. Este último, inclusive, foi responsável por traduzir para o francês as ideias de Kant a respeito da punição. De fato, as experiências históricas significaram um palco para essas diferentes discussões sobre a pena e seu valor para a sociedade que tiveram, pelo menos de modo inicial, um impulso significativo no Iluminismo penal.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017.
- CASTRO, Alexander. O Legislador entre “felicidade pública” e “máxima felicidade”: contribuição à história da filosofia jurídica às vésperas da era dos direitos. **Revista da Faculdade de Direito** (UFRGS), Porto Alegre, v. 1, p. 97-119, 2019.
- CATTANEO, M. A. **Anselm Feuerbach**: filosofo e giurista Liberale. Milano: Edizione di Comunità, 1970.
- CATTANEO, M. A. Sulla filosofia penaledi Kant e di Hegel. In: EUSEBI, Luciano (org.). **La funzione della pena**: il commiato da Kant e da Hegel. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1989. p. 117-136.
- COSTA, Fausto. **El delito y la pena em la historia de la filosofia**. México: UTEHA:, 1953.
- COSTA, Pietro. O princípio de legalidade: um campo de tensão na modernidade penal. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). **História do direito penal entre medievo e modernidade**. Belo Horizonte: Del-Rey, 2011, p. 33-85.
- DAL RI JÚNIOR, Arno. **O estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DAL RI JÚNIOR, Arno; CASTRO, Alexander. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. **Sequência** (UFSC), Florianópolis, v. 57, p. 261-284, 2009.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2010.
- DEZZA, Ettore. A resposta do legislador: reformas e restaurações na justiça penal após Beccaria. In: NUNES, Diego (org.). **Estudos em história do direito penal e da justiça criminal**. Uberlândia: Laecc, 2020. p. 43-65.
- DURÃO, Aylton. A doutrina penal republicana de Kant. **Estudos kantianos (UNESP)**, Marília, v. 5, n. 01, p. 125-141, 2017.

²⁶ É digno de nota que Feuerbach, um proeminente jurista e penalista do final do século XVIII e início do século XIX, desenvolveu a sua teoria da coação psicológica a partir das ideias de Kant. Sobre isso, Cattaneo (1970).

GROSSI, Paolo. **A history of european law**. Translation by Laurence Hooper. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

HALPÉRIN, Jean-Louis. Ambivalences des doctrines pénales modernes. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**, Paris , v. 1, n 1, p. 9-16, 2010. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2010-1-page-9.htm>. Acesso em: 23 set. 2024.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro; Maria Nizza Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÜNING, Dieter. Beccaria, Kant und die Kriminal politische Aufklärung. **Studia Philosophica Kantiana**, Presov, Slovakia, v. 1, p. 36-51, 2013.

IPPOLITO, Dario. **Lo spirito del garantismo**. Montesquieu e il Potere di Punire. Roma: Saggine, 2016.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MAESTRO, Marcello T. **Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law**. New York: Columbia University Press, 1942.

MARQUES, Oswaldo H. D. **Fundamentos da pena**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MECCARELLI, Massimo. Paradigmas da exceção na parábola da modernidade penal: uma perspectiva histórico-jurídica. In: MECCARELLI, Massimo. **Legalidade e justiça criminal: ensaios de história do direito penal**, 2009, p. 01-30.

RAUSCHER, Frederick. Kant's social and political philosophy. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, California, United States: Fall Edition, 2022. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/kant-social-political/>. Acesso em: 30 set. 2024.

SBRICCOLI, Mario. Beccaria ou o advento da ordem: o filósofo, os juristas e a emersão do problema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, p. 249-261, 2017.

SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. **Discursos sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 17-18, p. 472-476, 2011.

SONTAG, Ricardo. A irresistível ascensão dos filósofos: teoria da legislação e o “problema penal” em Jeremy Bentham. **Revista Jurídica Meritum** (FUMEC), Belo Horizonte, v. 3, p. 03-20, 2008.

SHUSTER, Arthur. **Punishment and the history of political philosophy**: from classical republicanism to the crisis of modern criminal justice. Toronto: University of Toronto Press, 2016.

TAFANI, Daniela, Kant e il diritto di punire. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Giuffrè, Milano, n. 29, p. 55-84, 2000.

TARELLO, Giovanni. O problema penal no século XVIII. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). **História do direito penal entre medievo e modernidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 219-230.

VENTURI, Franco. **Utopia e reforma no iluminismo**. São Paulo: EDUSC, 2003.

VOLTAIRE. **Comentários políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WANDRUSZKA, A. Beccaria e la Germania. **Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera "Dei delitti e delle pene"**(=Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche), Torino, Serie 4, n. 9, p. 295-303, 1966.