

A TENSÃO ENTRE AUTONOMIA POLÍTICA E SEGURANÇA POLÍTICA NO PENSAMENTO DE KANT¹

Charles Feldhaus²

Resumo: Esse estudo procura mostrar que existe uma relação de concorrência no pensamento político jurídico de Kant entre autonomia política e segurança jurídica. Que ele está preocupado com a legitimidade das normas é algo não controverso; não obstante, a preocupação com o que atualmente denominamos de segurança jurídica é menos evidente. Defende-se aqui que essa preocupação evidencia-se quando ele procura garantir a separação dos poderes e exige a precisão matemática na aplicação das regras jurídicas. Além disso, argumenta-se que essa relação se torna mais evidente quando ocorre um conflito entre ambas, por exemplo, na questão do direito à desobediência civil.

Palavras-chave: direito – legitimidade – moral – poder legislativo – desobediência civil

Introdução

Kant desenvolve seu pensamento político e jurídico principalmente na primeira parte da *Die Metaphysik der Sitten*, na segunda e terceira parte do *Über den Gemeinspruch: Das mag in die Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, e em *Zum ewigen Frieden*, em que ele estende sua concepção política ao direito internacional. Nessas diferentes oportunidades, nas quais Kant aborda temas de filosofia político-jurídica, ele defende o republicanismo como modo de governo em que as normas jurídicas são gestadas de maneira legítima. Central ao republicanismo kantiano é a concepção de contrato originário, a qual ocupa em sua filosofia uma função regulativa e não histórica, ou seja, ele nunca defendeu que tenha de fato ocorrido esse tipo de evento e, além disso, é um crítico severo daqueles que recorrem a esse pretenso evento histórico como estratégia política para justificar a desobediência civil ativa.³ Juntamente com a ideia de contrato originário, Kant reiteradamente

¹ As citações da obra de Kant receberão em nota de rodapé as informações relativas à paginação da página da tradução em português utilizada seguida pela respectiva paginação da academia.

² Charles Feldhaus é Doutor, Mestre, Licenciado e Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina e professor Adjunto da Universidade Estadual de Londrina. Esse texto foi apresentado na forma de comunicação no *XIV Encontro Nacional de Filosofia da ANPOF* de 2009 em Águas de Lindóia - SP.

³ Por exemplo, em A. A. VIII, *Gemeinspruch*, 301, Kant afirma, contra Achenwall, que é errado concluir que o povo possa resistir ao soberano, caso esse ameace a comunidade com graves injustiças, baseado no direito de eximir-se do contrato de submissão, retornando assim ao estado de natureza.

vincula a pedra de toque da legitimidade das normas jurídicas ao princípio da publicidade.⁴ Não obstante, embora isso manifeste a clara preocupação de Kant com a determinação do critério de legitimidade das normas jurídicas, o mesmo nem sempre predomina quando ele trata de temas como o direito à desobediência civil. Será defendida a hipótese que, entre as possíveis razões para ele recusar esse tipo de direito encontra-se uma preocupação com o que é atualmente denominado de segurança jurídica, a qual rotineiramente toma precedência quando está em conflito com o critério da legitimidade.

As regras de aplicação na metafísica dos costumes

Em *Die Metaphysik der Sitten*, Kant afirma:

Mas do mesmo modo que numa metafísica da natureza tem que haver também princípios para a aplicação a objetos da experiência daqueles outros princípios supremos universais da natureza em geral, não pode uma metafísica dos costumes estar desprovida deles; e teremos frequentemente que tomar como objeto a natureza peculiar do homem, cognoscível somente mediante a experiência, para mostrar nela a consequência de princípios morais universais, sem, todavia, afetar com isso a pureza dos últimos nem pôr em dúvida a sua origem *a priori*. Isto significa que uma metafísica dos costumes não pode fundar-se na antropologia, mas pode aplicar-se a ela.⁵

Ou seja, embora Kant recuse que a antropologia moral deva servir de base aos princípios *a priori* da razão prática, o que descaracterizaria tal empreendimento como metafísico, ele é enfático quanto à necessidade de princípios de aplicação como contraparte ao que havia feito no campo da filosofia teórica. Esses princípios práticos devem aplicar-se tendo em consideração o saber resultante de uma antropologia moral, que trataria apenas das condições subjetivas da natureza humana que favorecem ou dificultam o cumprimento dos preceitos práticos.

Entretanto, quando se examina minuciosamente os textos de filosofia prática de Kant buscando identificar o que seriam essas regras de aplicação, das quais fala Kant que se fazem necessária como contraparte dos princípios *a priori* da filosofia natural ou física,

⁴ Kant chama esse princípio de fórmula transcendental do direito público: “Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht”. (A.A. VIII, ZeF, 381).

⁵ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 23-4 ; A. A. VI, MS, 216-7.

particularmente no que diz respeito às regras de aplicação no direito, é possível perceber uma tendência a excluir do ordenamento jurídico alguns direitos com base em algumas características como ambiguidade ou imprecisão (em outras palavras, tudo aquilo que não contiver precisão matemática) e quando tais direitos comprometem a coerência interna do ordenamento jurídico, segundo o entender de Kant.

Será defendida a hipótese interpretativa que Kant recusa alguns direitos com base em considerações de segurança jurídica. E, se essa hipótese é plausível, isso permitiria sustentar que há no pensamento político e jurídico de Kant uma tensão (e não um dualismo, seja de que tipo for, como afirma Rosen) entre legitimidade e segurança jurídica, uma vez que se considera a maneira como ele resolve o conflito entre ambos. Rosen⁶ defende que a concepção político jurídica de Kant envolve um dualismo entre o liberalismo e o conservadorismo e isso seria particularmente evidente pela atitude assumida por Kant diante da autoridade política do soberano, mesmo em casos em que o soberano decide de maneira tirânica. Esse dualismo seria o resultado da tentativa de Kant de combinar sua defesa do liberalismo com: a) sua concepção de filosofia da história, que aceita os estados injustos como etapas necessárias do processo histórico rumo à forma de governo republicana; b) a lógica da soberania herdada de Rousseau e Hobbes, a qual não é um problema para esses dois pensadores, porque ambos não estão comprometidos com a separação dos poderes.

Além disso, com essa hipótese interpretativa, acredita-se não estar incorrendo em nenhum tipo de anacronismo, uma vez que o termo segurança jurídica não foi utilizado pelo próprio filósofo. A fim de evitar esse tipo de acusação, é preciso deixar claro o que a hipótese implica, não que Kant explicitamente se comprometeu com essa tensão, mas apenas que alguns elementos que constituem o que se compreende como constitutivos do conceito de segurança jurídica fazem parte das razões pelas quais Kant recusa esses direitos.

A noção de segurança jurídica, não obstante um termo de amplo emprego na área jurídica atual, não tem definição muito precisa. Não obstante, se poderia sustentar que os seguintes elementos, sem grande controvérsia, fazem parte de qualquer emprego do termo: a) uma preocupação com a soberania ou governo da lei em relação ao que se denomina governo dos homens, ou seja, quem está procurando garantir a segurança jurídica está tentando evitar a discricionariedade do juiz ou do legislador na tomada de decisões, e busca garantir que todas as suas decisões devem ocorrer segundo as regras estabelecidas pelo ordenamento; b) outra preocupação de quem está comprometido com a segurança jurídica é tornar homogênea a maneira como os juízes aplicam as leis, o que implica inclusive que a maneira correta de julgar deve estar clara aos afetados pelas normas, ou seja, a lei deve estabelecer clara e precisamente

⁶ ROSEN, A. D. Kant's Theory of Justice, p. 4.

como os casos serão julgados, evitando ambigüidades que inclusive podem abrir espaço à discricionariedade do julgador.

A preocupação com a segurança jurídica se deve em grande parte ao fato de que quando se permite aos juízes legislar, e esse é um poder para o qual eles não teriam legitimidade, pode ocorrer um desequilíbrio entre os poderes, e a idéia da divisão dos poderes tal como compreendem os clássicos do pensamento político é que cada poder seja um tipo de *check and balance* (freio e contrapeso) dos outros poderes. Se um poder (ao menos na formulação clássica) ocupa a função do outro pode ocorrer um desequilíbrio e um déficit de legitimidade e de liberdade na sociedade, pois como dizia Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.⁷

Kant, por sua vez, distingue os três poderes da seguinte maneira:

Qualquer Estado contém em si três poderes, quer dizer, a vontade universal unificada que se ramifica em três pessoas (*trias política*): o poder soberano (soberania) na pessoa do legislador, o poder executivo na pessoa do governante (em observância à lei) e o judicial (que atribui a cada um o seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislativa, rectoria et iudiciaria*).⁸ (grifo do autor)

Como veremos, Kant atribui o poder legislativo de direito ao povo,⁹ mas de fato ao atual portador do poder executivo, uma vez que para Kant toda genuína forma de governo é representativa.¹⁰

⁷ MONTESQUIEU, C. *O espírito das leis*, p. 168.

⁸ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 178; A. A. VI, MS, 313.

⁹ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 179; A. A. VI, MS, 313.

¹⁰ KANT, I. *A paz perpétua. um projeto filosófico*, p. 130-1; A. A. VIII, ZeF, 352.

Habermas e a tensão entre legitimidade e segurança jurídica

Habermas¹¹ afirma que todos os ordenamentos jurídicos modernos incorporam a tensão [*Spannung*] entre facticidade [*Faktizität*] e validade [*Geltung*], a qual, no que se refere à aplicação das normas, transforma-se na tensão entre os princípios da correção [*Richtigkeit*] e da segurança jurídica [*Rechtssicherheit*]. Isso porque as decisões jurídicas têm que ao mesmo tempo ter aceitabilidade racional [*rationaler Akzeptabilität*] e serem decisões consistentes [*konsistenten Entschens*] com a coisa já julgada, com as decisões judiciais pretéritas. Ou seja, Habermas¹² entende que o princípio da segurança jurídica exige do aplicador do direito que as decisões sejam tomadas de modo coerente com a ordem jurídica estabelecida, com as decisões pretéritas. A exigência da correção ou legitimidade das normas jurídicas, por sua vez, implica que as decisões judiciais não podem contentar-se apenas em tratar os casos semelhantes de modo semelhante, mas também que essas decisões possam ser justificadas ou aceitáveis racionalmente aos destinatários ou membros da comunidade jurídica.

Do que foi dito acima se pode concluir que, para Habermas, a segurança jurídica envolve a necessidade de consistência das decisões dentro do ordenamento tanto internamente quanto em relação ao modo como a jurisprudência costuma decidir. Entretanto, o sistema de princípios metafísicos do direito de Kant, como ele desenvolve em *Die Metaphysik der Sitten* em sua primeira parte, não incorpora elementos de jurisprudência empírica, caso contrário não seria um sistema de princípios metafísicos, embora tenha a intenção de levar em consideração elementos de antropologia moral.¹³ A jurisprudência empírica seria no máximo prudência penal para Kant, como ele diz ao tratar, por exemplo, do direito penal. Não obstante, isso não significa que Kant não possa estar preocupado com o que se denomina de segurança jurídica se atentarmos não para o aspecto histórico e empírico do termo, mas ao que ele pretende garantir ao recorrer a esses aspectos.

Ao recorrer à história da jurisprudência, aos casos precedentes (principalmente no modelo norte-americano), a segurança jurídica busca prezar pela coerência e consistência do ordenamento jurídico, ela busca garantir que o juiz não possa exercer discricionariedade em suas decisões prendendo-se a função exclusiva que lhe compete pelo princípio da separação dos poderes, a saber, a função de aplicar a lei e dar clareza aos concernidos pelas normas jurídicas a respeito de como o direito será aplicado. Caso contrário, surge de fato uma sensação de insegurança jurídica por parte dos afetados ou dos cidadãos.

¹¹ HABERMAS, J. Direito e democracia, p. 246; Faktizität und Geltung, 242-3.

¹² HABERMAS, J. Direito e democracia, p. 246; Faktizität und Geltung, 243.

¹³ KANT, I. A metafísica dos costumes, p. 24 ; A. A. VI, MS, 217.

Kant e o critério de legitimidade das normas jurídicas

Em seus escritos políticos, Kant defende uma posição que poderia ser classificada como contratualista, uma vez que ele afirma que:

Eis, pois, um *contrato originário* no qual apenas se pode fundar entre os homens uma constituição civil, por conseguinte, inteiramente legítima, e também uma comunidade. – Mas nesse contrato (chamado *contractus originarius* ou *pactum sociale*), enquanto coligação de todas as vontades particulares e privadas num povo numa vontade geral e pública (em vista de uma legislação simplesmente jurídica), não se deve de modo algum pressupor necessariamente um fato (e nem sequer é possível pressupô-lo), como se, por assim dizer, houvesse primeiro de provar-se a partir da história que um povo, (...) tivesse um dia realizado efetivamente um tal ato e nos houvesse legado oralmente ou por escrito uma notícia segura ou um documento a seu respeito.¹⁴ (grifo do autor)

Em outras palavras, embora Kant afirme claramente que o contrato social não pode ser considerado um fato histórico, ele vincula a legitimidade das normas jurídicas e do próprio ordenamento como um todo à ideia do contrato originário. Para Kant, um governo promulga leis legítimas quando respeita essa ideia regulativa. A função meramente regulativa da ideia de contrato fica mais evidente quando se presta atenção à distinção que ele realiza em *Zum ewigen Frieden* entre a forma da soberania [*die Form der Beherrschung*] (*forma imperii*) e a forma de governo [*die Form der Regierung*] (*forma regiminis*).¹⁵ Ao recorrer a essa distinção, Kant afasta-se da maneira habitual de classificar as formas de governo. Ele afirma que existem apenas três formas possíveis de soberania [*Beherrschung*]: a) a soberania é possuída por apenas uma pessoa – a autocracia; b) a soberania é possuída por algumas pessoas – a aristocracia; e, finalmente, c) a soberania é possuída por todos conjuntamente – a democracia. No que diz respeito à forma de governo [*Regierung*], Kant afirma que existem apenas duas: “a constituição é ou republicana ou despótica”.¹⁶ O governo republicano ou republicanismo [*Republikanism*] é aquele que o atual soberano do Estado respeita a separação dos poderes executivo e legislativo; ao passo que o governo despótico ou despotismo [*Despotism*] é aquele em que o atual soberano do Estado toma de modo arbitrário suas decisões e maneja a vontade pública como se fosse sua vontade privada. Em outras palavras, para Kant, não importa tanto a quantidade daqueles que

¹⁴ KANT, I. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática, p. 82-3; A. A. VIII, *Gemeinspruch*, 297.

¹⁵ KANT, I. A paz perpétua, p. 130; A. A. VIII, *ZeF*, 352.

¹⁶ KANT, I. A paz perpétua, p. 130; A. A. VIII, *ZeF*, 352.

ocupam o poder soberano (executivo e legislativo de fato), mas se o modo como esse ou esses governa ou governam respeita a distinção dos poderes, o governo das leis, a vontade geral e a ideia de contrato originário. Desse modo, Kant consegue o resultado interessante de conseguir oferecer leis republicanas ao povo sem precisar com isso mudar o atual portador do poder executivo e legislativo, pois o que é relevante é como se governa e não quantos governam; se as leis que são editadas estão comprometidas com a ideia de contrato originário e não com os interesses privados de qualquer que seja aquele que está no poder, então as leis são legítimas e se está governando de modo republicano; mas se o que determina a elaboração das leis for apenas os interesses privados e egoístas de quem detém atualmente o poder, então o governo é sem dúvida despótico.

A fim de elucidar o significado da ideia regulativa de contrato originário, Kant aplica a alguns casos visando mostrar que tipo de decretos ou leis seriam vetados por esse critério. Segundo Kant¹⁷, não seria legítima uma norma que estabelecesse ou impusesse um imposto de guerra desproporcional entre os membros de uma determinada classe ou que “certos proprietários fossem importunados por contribuições, enquanto outros da mesma condição eram poupados”. Para Kant, um povo inteiro não poderia consentir com semelhante lei. Embora o filósofo não explicita o motivo, se pode afirmar nessa passagem que ele está recorrendo aos princípios *a priori* nos quais se funda o estado civil, a saber, a liberdade, a igualdade e a independência.¹⁸ Isso porque é evidente que entre as razões, a que ele recorre para excluir uma distribuição assimétrica dos impostos, é a da igualdade. Outro exemplo citado por Kant é o de uma lei que estabelecesse certa classe de súditos como possuindo hereditariamente o privilégio da nobreza. No entender de Kant esse tipo de lei é claramente injusto porque fere a ideia do contrato originário, uma vez que o povo não poderia dar consentimento a essa lei que excluiria por antecipação uma gama de cidadãos de direitos e prerrogativas somente possuídas pelos ditos nobres de nascimento. Também se pode sustentar que a base de justificação dessa aplicação de Kant do contrato originário supõe outro dos princípios *a priori* da constituição civil, a saber, a liberdade, uma vez que prerrogativas de nascimento imporiam impedimentos à liberdade de empreender um projeto de vida e inclusive seriam afrontas ao princípio da igualdade, uma vez que nem todos poderiam ascender a quaisquer graus de renda e riqueza somente por seus próprios méritos e pela sua própria sorte.

¹⁷ KANT, I. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática, p. 83; A. A. VIII, *Gemeinspruch*, 297-8.

¹⁸ KANT, I. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática, p. 75; A. A. VIII, *Gemeinspruch*, 290.

Outro exemplo da aplicação da ideia de contrato originário, que Kant cita, diz respeito ao estabelecimento de um cânone de doutrina religiosa dentro de um Estado. Para Kant,¹⁹ tal lei seria injusta porque “decidiria excluir para sempre toda a ulterior ilustração do gênero humano”, por isso seria nulo e sem validade. Novamente, a base de justificação parece ser um dos princípios *a priori* do direito, o princípio da liberdade, que defende entre outras coisas que “ninguém pode me constranger a ser feliz à sua maneira (...) mas cada um é permitido buscar a felicidade pela via que lhe parecer boa”.²⁰ Buscar estabelecer um cânone de verdade em termos de religião seria como se buscasse estabelecer um critério universal pelo qual devemos buscar todos daqui em diante ser felizes, um gritante paternalismo e despotismo.

As regras de aplicação e o conceito de direito estrito

No aditamento à introdução geral a *Die Metaphysik der Sitten*, Kant²¹ procura distinguir o direito estrito,²² aquele que não está mesclado com nada ético, do direito equívoco ou lato. Kant define o direito estrito como “aquele que não inclui uma dimensão ética, é o que não exige senão fundamentos externos de determinação do arbítrio; pois que, então, é puro e não está misturado com preceitos de virtude.”²³ Ao buscar traçar essa distinção ele começa apontando que “[a] todo direito estrito (*ius strictum*) está associada à faculdade de coerção [*Zwang*]”.²⁴ O direito equívoco (*ius aequivocum*), por sua vez, ou direito lato (*ius latum*), como ele também denomina, é aquele em que “a faculdade de coerção não pode ser determinada por nenhuma lei”.²⁵ Kant afirma que o direito equívoco possui duas espécies: a equidade (*aequitas*) e o direito de necessidade (*ius necessitatis*). Para Kant, aquele que reclama um direito de equidade está exigindo algo a que de fato teria direito, porém “só que lhe faltam as condições de que o juiz necessita para poder determinar em conformidade quanto ou de que modo pode haver lugar à satisfação da sua reclamação.”²⁶ Em outras palavras, no caso da equidade, um indivíduo tem uma pretensão legítima de um ponto de vista moral ao que exige, porém o juiz

¹⁹ KANT, I. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática, p. 92; A. A. VIII, *Gemeinspruch*, 305.

²⁰ KANT, I. Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática, p. 75; A. A. VIII, *Gemeinspruch*, 290.

²¹ KANT, I. A metafísica dos costumes, p. 47-52; A. A. VI, MS, 233-236.

²² A expressão latina utilizada por Kant ao referir-se ao direito estrito, *ius strictum*, denota a interpretação da lei sem qualquer modificação, em seu máximo rigor, ou seja, o rigorismo kantiano rompe as fronteiras da moral e alcança até mesmo sua concepção político jurídica.

²³ KANT, I. A metafísica dos costumes, p. 45; A. A. VI, MS, 232.

²⁴ KANT, I. A metafísica dos costumes, p. 47; A. A. VI, MS, 233.

²⁵ KANT, I. A metafísica dos costumes, p. 48; A. A. VI, MS, 233-4.

²⁶ KANT, I. A metafísica dos costumes, p. 48; A. A. VI, MS, 234.

não possui as condições necessárias para determinar quanto e de que maneira tal exigência poderia ser satisfeita. Kant cita dois exemplos desse tipo de direito: dos sócios de uma companhia comercial (a) e do servo da gleba (b).

(a) no primeiro caso, em uma sociedade comercial em que existem vários sócios, baseada na igualdade nos lucros, porém um dos quais teria contribuído muitos mais do que os outros e, portanto, na ocasião da dissolução poderia exigir um quinhão maior na repartição dos bens ocasionada por circunstâncias adversas que obrigaram a sua dissolução. Entretanto, afirma Kant, esse sócio veria sua reivindicação recusada “já que, se se imagina um juiz no seu caso, este carece de dados (*data*) precisos para determinar a parte que lhe cabe de acordo com o contrato.”²⁷

(b) no segundo caso, um servo da gleba a quem se paga apenas no final do ano o seu salário com moeda desvalorizada em relação ao valor de compra celebrado no momento da celebração do contrato de trabalho, não poderia, do ponto de vista de Kant, exigir de um tribunal o seu direito à indenização em valor atualizado. Kant reconhece que o mesmo teria direito moral baseado na equidade, contudo, “porque no contrato nada sobre isso se estipulou e um juiz não pode emitir seu julgamento na base de condições indeterminadas”,²⁸ o mesmo não poderia de modo justificado obter qualquer compensação recorrendo ao poder judiciário, apenas poderia, na melhor das hipóteses, contar com o tribunal da consciência do seu contratante.

Em síntese, a reivindicação do direito de equidade pertence apenas ao tribunal da consciência (*forum poli*), mas nunca ao tribunal civil (*forum soli*).²⁹ É a incapacidade de o juiz precisar matematicamente o que cabe aos litigantes no caso do direito de equidade que torna esse tipo de direito inapto a pertencer a uma constituição.

O outro caso de direito equivoco é o direito de necessidade, em que alguém afirma ter um pretense direito “de retirar a vida de alguém, que não fez mal algum, no caso de perigo ou perda da minha própria vida”.³⁰ Kant cita como exemplo desse pretense direito a situação de um naufrágio em que restou apenas uma tábua salvadora, em que se pretende ter o direito de matar a fim de poder salvar a própria vida. Esse caso distingue-se claramente do caso de matar alguém em legítima defesa, pois não se trata de um agressor injusto, mas alguém que não causou nenhum dano. Sobre esse pretense direito, diz Kant:

²⁷ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 49; A. A. VI, MS, 234.

²⁸ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 49; A. A. VI, MS, 234.

²⁹ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 49-50; A. A. VI, MS, 234-5.

³⁰ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 50; A. A. VI, MS, 235.

Não pode, com efeito, haver uma lei penal que imponha a morte a quem, num naufrágio, correndo com outro um risco de morte similar, o empurre da prancha onde este se tinha posto a salvo, para se salvar a si próprio. Pois que a pena cominada pela lei não poderia ser maior do que a perda da vida sofrida pelo primeiro. Em tal caso, uma tal lei não pode ter o efeito visado; pois a ameaça de um mal, que ainda é incerto (a ameaça de morte por efeito de sentença judicial), não pode prevalecer sobre o medo de um que é certo (quer dizer, morrer afogado).³¹

Disso se pode concluir que Kant entende que porque o único motivo que o direito pode exigir, a saber, a ameaça de coerção ao uso não universalizável do arbítrio, não é forte o bastante para evitar a infração, algo não pode ser considerado um direito do ordenamento no sentido estrito. Para ele, isso é o que acontece no caso do exemplo da tabua salvadora. A pena de morte, a punição segundo seu critério penal para o crime de assassinato, o que poderia ser considerado o roubo da tábua salvadora de outrem para salvar a própria vida, seria menos ameaçadora do que a morte imediata resultante da não realização de tal ação.

Em síntese, o direito equívoco são os casos de pretensão a algum tipo de direito, nos quais um direito está em questão, mas que não é possível apontar juiz algum para produzir uma decisão, uma vez que faltam critérios objetivos. Entretanto, essa característica distintiva do direito equívoco também é encontrada em outro direito, como tendo sido excluído do ordenamento jurídico por Kant, a saber, o direito de rebelião ou desobediência civil ativa. Da perspectiva do cidadão que pretende empreender um ato de desobediência civil ativa, caso tenha de fato ocorrido uma ofensa à ideia regulativa do contrato originário e um desrespeito ao princípio da separação dos poderes, sua reivindicação tem base em um direito (talvez apenas moral) não cumprido pelo soberano atual de seu Estado. Não obstante, é uma questão na qual não seria possível apontar um juiz para julgar a questão.

Kant e o direito à desobediência civil ativa

Kant afirma que, em *Die Metaphysik der Sitten*:

Uma mudança na Constituição política (defeituosa), que por vezes pode muito bem ser necessária, só pelo próprio soberano pode ser introduzida, mediante reforma, e não pelo povo, mediante revolução, portanto; e se tem lugar, uma tal mudança só pode afetar o poder executivo, não o poder legislativo. – Numa

³¹ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 51; A. A. VI, MS, 235.

Constituição política elaborada de tal modo que o povo mediante os seus representantes (no parlamento) pode legalmente opor resistência ao poder executivo e ao seu representante (ao ministro) – Constituição então que se chama Constituição limitada – não está, contudo permitida a resistência ativa (do povo arbitrariamente unido para coagir o governo a uma determinada ação, ou seja, para realizar ele próprio um ato do poder executivo), mas tão somente uma resistência negativa, isto é, a recusa do povo (no parlamento) em dar sempre a sua anuência às exigências que o governo apresenta como necessárias para a administração do Estado;³²

Ou seja, ele explicitamente recusa um direito à desobediência civil ativa, embora reconheça um direito à desobediência civil passiva. Essa posição de Kant pode soar no mínimo ambígua, para não dizer bastante paradoxal, uma vez que ele é amplamente reconhecido como um pensador que empreendeu um giro copernicano análogo ao empreendido por Copérnico na astronomia no campo da filosofia teórica e na metafísica, e incitou os seres humanos a fazerem uso de sua própria razão na esfera pública em seu opúsculo *Was ist Aufklärung?* Além disso, ele é aclamado como um dos entusiastas com a Revolução Francesa.

Como visto na passagem acima, embora afirme que os cidadãos de sua república possuem no mínimo o direito de expressar publicamente seu desacordo quanto às leis injustas (um tipo de desobediência civil passiva), sem recorrer à violência (o que caracterizaria um tipo de desobediência civil ativa), ele mesmo parece pessoalmente ter abdicado de tal direito de expressar publicamente seus pensamentos sobre determinado tópico quando requisitado pelo soberano da Prússia. O que pode incitar-nos a perguntar qual seria o motivo da ambiguidade na posição de Kant sobre esse direito? Qual a natureza e os limites desse direito? Além do mais, surpreende o fato do próprio Kant, após a morte do soberano prussiano, ao qual prometera não manifestar-se sobre assuntos de religião, isentar-se da obrigação e novamente discorrer sobre o tema em seu livro *Der Streit der Fakultäten*.

Kant afirma expressamente que um direito jurídico à desobediência civil ativa ou rebelião não pode ser incluído em uma constituição sem que a mesma envolva algum tipo de contradição. O que, também, suscitaria a questão de que tipo de contradição seria essa? Em algumas passagens, Kant recorre ao princípio da publicidade como evidência da contradição envolvida na rebelião. Para ilustrar isso basta considerar a seguinte passagem de *Zum ewigen Frieden*:

³² KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 193-4; A. A. VI, MS, 322.

Vê-se com facilidade que, se na instituição de uma constituição política, se quisesse pôr como condição o exercício, em determinados casos, da força contra a autoridade suprema, o povo deveria arrogar-se um poder legítimo sobre aquela. Mas, então, aquela não seria o soberano ou, se ambos se pusessem a si mesmos na condição da instauração do Estado, esta não seria possível – o que, no entanto, constituía o propósito do povo. A injustiça da rebelião manifesta-se, pois, em que a máxima da mesma, se se *confessasse publicamente*, tornaria inviável o seu próprio propósito.³³ (grifo do autor)

Isso, por sua vez, poderia sugerir o tipo de contradição pragmática semelhante àquela ocasionada pela tentativa de universalização de máximas imorais como a da promessa mentirosa, tal como desenvolvido por Kant na *Grundlegung*, em que afirma que, tal máxima, uma vez universalizada tornaria inviável a própria instituição da promessa, onde Kant afirma que a máxima que orienta a conduta daquele que promete de maneira mentirosa, a fim de obter dinheiro emprestado:

se contradiria necessariamente. Pois a universalidade de uma lei que permitisse a cada homem que se julgasse em apuros prometer o que lhe viesse à ideia com a intenção de não cumprir, tornaria impossível a própria promessa e a finalidade que com ela se pudesse ter em vista; ninguém acreditaria em qualquer coisa que lhe prometessem e rir-se-ia apenas de tais declarações como de vãos enganos.³⁴

Korsgaard afirma, em *The Right to Lie: Kant on Dealing with Evil*, que o tipo de contradição envolvida na universalização de uma máxima imoral, no caso da promessa mentirosa, poderia ser interpretado como uma contradição prática ou pragmática, ou seja, “a máxima universalizada contradiz a si mesma quando a eficácia da ação como um método de alcançar seu objetivo seria minada pela prática universal”.³⁵

Como a passagem a seguir sugere, Kant acredita que um progresso lento e constante a caminho do republicanismo é melhor do que recorrer à desobediência civil ativa e à revolução:

³³ KANT, I. *A paz perpétua: um projeto filosófico*, p. 166; A. A. VIII, ZeF, 382.

³⁴ KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 61; A. A. IV, *Grundlegung*, 422.

³⁵ KORSGAARD, C. M. *The Right to Lie: Kant on dealing with Evil*, p. 135.

o espírito daquele contrato originário (*anima pacti originari*) comporta a obrigação de a ir modificando paulatinamente e continuamente até que esteja de acordo, quanto aos seus efeitos, com a única Constituição conforme ao direito, quer dizer, à Constituição de uma república pura, (...) que só tem como princípio a liberdade, e que a converte mesmo em condição de toda a coerção, e que é necessária para uma organização jurídica, em sentido autêntico, do Estado, e que conduzirá finalmente a este resultado também de acordo com a letra.³⁶

Como já dito, Kant recusa um direito à rebelião ou à desobediência civil ativa, embora ele sustente um dever moral dos seres humanos buscarem chegar a uma constituição republicana, única sob a qual é possível desenvolver a finalidade do progresso histórico, a máxima liberdade dentro do estado, que uma força natural nos incita a realizar. Em outras palavras, a história e não nós seres humanos, por seus próprios meios como uma força irresistível, um tipo de necessidade quase natural, pode levar alguns ou a maioria, a rebelar-se e fazer reformas necessárias para que exista essa constituição segundo o princípio da máxima liberdade. Para Kant, o povo, caso se rebelasse, não poderia reagir a um soberano injusto enquanto comunidade, mas apenas como uma facção; além disso, uma constituição que contivesse um direito de rebelião se auto-aniquilaria; e, para Kant, a ausência de Estado ou a anarquia é pior que a tirania; o que claramente nem sempre é verdadeiro. Outro ponto que parece sugerir que Kant deixa à história e não ao arbítrio dos seres humanos a realização da sociedade em que haja a máxima liberdade, é que Kant³⁷ entende que é preciso aceitar um governo despótico até que o povo se encontre preparado para ele mesmo dar-se uma legislação.

Entretanto, essa explicação à luz da filosofia da história não parece suficiente para explicar adequadamente as razões pelas quais Kant recusa um direito à rebelião. É por isso que se chama a atenção às regras de aplicação na metafísica dos costumes e como as razões de ordem jurídica (que compõem a segurança jurídica) poderiam apresentar-se como uma hipótese interpretativa plausível. No caso do direito à rebelião, Kant afirma que o povo estaria julgando em causa própria, ou seja, desrespeitando o princípio da separação dos poderes e munindo-se de discricionariedade, uma vez que o soberano porta o monopólio do uso do poder da coerção sob leis e o povo estaria não enquanto povo, mas enquanto facção, pretendendo recorrer a tal prerrogativa.

³⁶ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 223-4; A. A. VI, MS, 340-1.

³⁷ KANT, I. *Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática*, p. 153-4; A. A. VIII, *Gemeinspruch*, 372-3.

Outra razão de ordem jurídica diz respeito à concepção de soberania que Kant herda de autores clássicos como Hobbes e Rousseau. Para esses dois autores, por exemplo, defender uma concepção de soberania como inalienável não é um problema teórico, dado que eles não estão comprometidos com o princípio da separação dos poderes. Mas, Kant está comprometido com tal princípio e por isso teria que arcar com o ônus de mostrar a compatibilidade entre essas duas visões: da soberania inalienável e do princípio da separação dos poderes. Não obstante, na prática o filósofo parece atribuir a soberania de direito ao povo e de fato ao atual portador dos poderes executivo e legislativo desrespeitando os dois princípios simultaneamente quando ocorre um conflito entre o soberano e o povo (ou ao menos de parte dele). Desse modo, pode-se dizer que o princípio da separação dos poderes e a ideia do contrato originário obrigam o soberano (de fato) apenas no tribunal da consciência e não como um dever jurídico suscetível de sanção externa.

Kant e o direito penal

Kant³⁸ define o direito penal como “o direito que tem o soberano relativamente àquele que lhe está subordinado de lhe infligir um castigo em razão do seu delito”. Ao selecionar o critério do direito penal, Kant opta pelo direito de talião e recusa o critério utilitarista da pena beccariano. O que fica claro na seguinte passagem:

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 um 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 um homem não pode nunca ser tratado simplesmente como meio para os propósitos de outrem e confundido com objetos do direito real, tratamento relativamente ao qual o protege a sua personalidade inata, se bem que possa, bem entendido, ser condenado a perder a personalidade civil.³⁹

Nessa passagem, Kant está claramente recusando qualquer concepção de utilidade social à pena com base na fórmula da humanidade do imperativo categórico, uma vez que afirma que a concepção da pena como um meio de aperfeiçoar o ser humano ou de fomentar alguma outra utilidade social, como a redução do número de crimes futuros, é inaceitável por

³⁸ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 207; A. A. VI, MS, 331.

³⁹ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 208; A. A. VI, MS, 331.

usar “apenas como um meio”⁴⁰ a pessoa natural do criminoso, mas a pena pode fazer apenas com que o criminoso perca a personalidade civil, nunca a personalidade inata, mediante a qual é considerado um ser humano dotado de dignidade. Com isso, Kant também está recusando a substituição da pena capital por certos tipos de pena, como sujeição do criminoso a experimentos científicos perigosos⁴¹, ou que a pena capital seja acompanhada de algum tipo de mau tratamento (“deve ser isenta de qualquer mau tratamento que pudesse degradar monstruosamente a humanidade da pessoa a quem é infligida”),⁴² ou seja, ele recusa o recurso a execuções de tortura, baseado na fórmula da humanidade do imperativo categórico. Desse modo, pode-se dizer, como faz Potter,⁴³ que a posição de Kant a respeito da punição, especialmente a referente à pena de morte, “deixa claro a centralidade, dentro de sua teoria da punição, do tema do respeito moral às pessoas mesmo em relação ao criminoso punido”.

O direito de talião é um critério retributivista da pena. Segundo Kant⁴⁴, esse critério é aquele que deve determinar “que espécie e que grau de punição adota a justiça pública como princípio e como medida”. O mesmo é escolhido com base nos princípios da igualdade e da proporção do crime em relação à punição. Entretanto, é importante prestar atenção à diferença entre justificar o critério ou política penal e justificar o direito de punir. A justificação do direito de punir diz respeito a uma prerrogativa do soberano, tanto que a discussão do direito de punir é situada em *Die Metaphysik der Sitten* logo após Kant apresentar os direitos do comandante supremo do Estado, entre os quais se encontra o direito de punir. A justificação do direito de punir por parte do soberano se segue do próprio conceito de direito kantiano que está vinculado à noção de coerção. Kant justifica o direito de coerção da seguinte maneira:

A resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele. Ora, tudo aquilo que é não conforme o Direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais; mas a coerção é um impedimento ou resistência com que se defronta a liberdade.

⁴⁰ Na *Fundamentação da metafísica dos costumes*, Kant enuncia a fórmula da humanidade da seguinte maneira: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (1997, p. 69; A. A. IV, Grundlegung, 429). É importante atentar para o fato que essa formulação não proíbe de tratar outras pessoas ‘como um meio’ aos nossos propósitos, mas de tratar ‘apenas como um meio’. A diferença entre ambos reside em que no primeiro caso a pessoa que é instrumentalizada poderia consentir ou compartilhar o fim da minha ação, ao passo que no segundo caso, ou isso não poderia acontecer, ou a mesma não é consultada.

⁴¹ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 209; A. A. VI, MS, 332.

⁴² KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 211; A. A. VI, MS, 333.

⁴³ POTTER, N. *Kant on Punishment*, p. 188.

⁴⁴ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 209; A. A. VI, MS, 332.

Conseqüentemente, se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme com o Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito.⁴⁵

Em outras palavras, o direito de punir, que cabe ao poder instituído na figura do judiciário, funda-se no direito inato à liberdade que possui todo cidadão. Ao aplicar a coerção, a punição, o que se está buscando é garantir o uso compatível da liberdade do arbítrio [*Willkür*] de todos segundo uma lei universal. E síntese, a pena não é senão a coerção [*Zwang*] executada pelo soberano⁴⁶ ou pelo judiciário, a fim de garantir o uso compatível do arbítrio de todos segundo uma lei universal.

Porém, uma vez apresentada uma interpretação à justificação (ou ao menos uma delas) do direito de punir, agora se faz necessário mostrar de que maneira Kant explica ou justifica a sua escolha da política ou do critério de direito penal. Como ele justifica o retributivismo como critério de aplicação da pena e recusa o princípio utilitarista de Beccaria? Entre as razões a que Kant⁴⁷ recorre ao escolher o *lex talionis* como critério para determinar o tipo e o grau da pena a ser aplicada ao criminoso, está a ideia da igualdade e da proporcionalidade da pena em relação ao crime, uma vez que, para Kant, todos os demais princípios do direito penal, diferente do princípio da igualdade da pena ou direito talião, são flutuantes e inadequados para uma sentença de direito puro e estrito, dado que eles se misturam com considerações estranhas ao próprio direito, e por isso seriam incapazes de “indicar de maneira precisa a qualidade e a quantidade da pena”.⁴⁸ Dessa forma, do mesmo modo que Kant exclui do ordenamento jurídico o direito de Rebelião e o direito equívoco em função da imprecisão matemática no momento da aplicação, ele também exclui o critério utilitarista de Beccaria do direito penal pelo mesmo motivo, apesar de nesse caso recorrer também à fórmula da humanidade. Conforme Potter,

⁴⁵ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 44; A. A. VI, MS, 231.

⁴⁶ Emprego o termo soberano aqui porque Kant, sob certas circunstâncias, afirma que o soberano tem a prerrogativa de mudar a pena. Ele afirma que no caso de os cúmplices do crime de homicídio ou de lesa majestade forem tão numerosos, que o Estado estaria próximo a não ter mais súditos, então, sob tais circunstâncias, um caso de necessidade (*casus necessitatis*), o soberano tem o poder de ser ele mesmo o juiz e proferir uma sentença diferente da pena de morte aos criminosos, como deportação, por exemplo. KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 213-4; A. A. VI, MS, 334.

⁴⁷ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 209; A. A. VI, MS, 332.

⁴⁸ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 210; A. A. VI, MS, 332.

Parece que Kant propõe a *lex talionis*, entre outras razões, por que as punições que ela acarreta são transparentes em sua justificação assim como são facilmente antecipadas pela pessoa a ser punida.⁴⁹

Além de recorrer aos critérios da mistura de elementos estranhos e do desrespeito à fórmula da humanidade, Kant também está comprometido com o princípio da separação dos poderes em sua concepção de direito penal, pois afirma expressamente que “[e]sta igualdade das penas, (...) só é possível (...) por parte do juiz de acordo com o princípio retributivo estrito”.⁵⁰ Vale dizer, o soberano deve criar as leis na medida em que possui o poder legislativo, mas apenas o juiz, outra pessoa moral, pode aplicá-la.

Considerações finais

Para finalizar, Kant defende um tipo de republicanismo em sua filosofia político-jurídica que implica que a legitimidade das leis é obtida quando o atual governante do Estado orienta-se pela ideia regulativa do contrato originário. Entretanto, o que parece paradoxal, ele também se recusa veementemente a aceitar um direito à desobediência civil ativa, embora reconheça um direito à desobediência civil passiva, mesmo quando a sociedade é governada por um tirano, ou seja, quando a forma de governo é despótica. É possível tentar explicar essa posição de Kant recorrendo às suas considerações a respeito da filosofia da história ou até mesmo acusando o filósofo alemão de estar comprometido com um dualismo entre liberalismo e conservadorismo, como faz Rosen. Não obstante, é plausível acreditar que as razões de Kant para recusar esse direito à desobediência civil ativa não sejam um comprometimento com qualquer tipo de conservadorismo, até porque em muitos tópicos como o direito penal, Kant desenvolve uma concepção que poderia ser classificada como transicional, a qual se caracteriza por se afastar “do uso excessivamente amplo da pena capital”, conforme advoga Potter,⁵¹ o que era a visão predominante de seu período histórico.

Além disso, ao tratar do direito penal foi mostrado que a escolha de Kant do *ius talionis* como concepção de direito penal envolve razões que se encontram entre os elementos centrais do que se compreende como uma preocupação com a segurança jurídica e que é possível compreender a recusa do direito à rebelião ou à desobediência civil ativa como baseada no desrespeito da divisão dos poderes e na ausência de um juiz competente orientado pela soberania da lei para julgar o litígio entre o governante (o soberano de fato) e o povo (o

⁴⁹ POTTER, N. *Kant on Punishment*, p. 188-9.

⁵⁰ KANT, I. *A metafísica dos costumes*, p. 211; A. A. VI, MS, 233.

⁵¹ POTTER, N. *Kant on Punishment*, p. 188.

soberano de direito). O caso da desobediência civil sugere, por sua vez, que esses elementos não estão apenas presentes, mas em tensão mútua e em muitos casos em um conflito irreconciliável. E a negação de um direito de desobediência civil sugere fortemente que quando esses elementos estão em tensão irreconciliável a segurança jurídica vence e a legitimidade passa a segundo plano.

ON THE CONFLICT BETWEEN LEGITIMACY AND CERTAINTY IN KANT

Abstract: This study attempts to show that there is a competitive relationship in political thinking of Kant between legal political autonomy and legal security. The fact that he is concerned with the legitimacy of the legal rules is uncontroversial; however, that he is concerned about what today we call legal certainty is less evident. It is argued here that this concern is more evident when he tries to ensure the separation of powers and demands mathematical precision in the application of legal rules. Furthermore, it is argued that this relationship becomes more evident when there is a conflict between them, for example, when he addresses the right to civil disobedience.

Keywords: Law – legitimacy – moral – legislative power – civil disobedience.

Referências bibliográficas

GREGOR, M. J. Kant's Conception of a 'Metaphysics of Morals'. In: Ruth F. Chadwick & Clive Cazeaux. *Immanuel Kant: Critical Assessments*, London: Routledge, 1993, pp. 85-99.

KANT, I. *Elektronische Edition der Gesammelten Werke Immanuel Kants*. Disponível em: <http://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/>

KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*. Stuttgart: Reclam, 1990.

KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KANT, I. *Paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.

KORSGAARD, C. The Right to lie: Kant on dealing on evil. In: *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

HABERMAS, J. *Direito e democracia. Entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebencichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (VOL I)

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998.

MONTESQUIEU, C. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POTTER, N. Kant on Punishment. In: HILL, T. E, *The Blackwell Guide to Kant's Ethics*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

ROSEN, A. D. *Kant's Theory of Justice*. London: Cornell University Press, 1993.