

Sobre a Relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo em Kant

Resumo

Neste artigo, examino o status ontológico do direito natural (Ius naturae) e a sua relação com o direito positivo na filosofia política e do direito kantianas. Sustento que Kant concebe o direito natural em sua relação com o direito positivo em dois sentidos distintos. Em primeiro lugar, Kant concebe o direito natural como constituído do conjunto dos princípios a priori da razão pura jurídica, com base nos quais podemos avaliar as leis e instituições positivamente vigentes no tempo e no espaço. De acordo com isso, o direito natural constitui a forma de uma legislação jurídica positiva em geral, do mesmo modo que o imperativo categórico é a forma das leis e normas morais em geral, e possuiriam apenas uma existência ideal na razão pura jurídica. Além disso, sustento que os princípios do próprio direito natural racional exigem que só o direito positivo deva ser reconhecido como existente e válido, como pode ser visto na famigerada recusa kantiana do direito de resistência por parte dos súditos. Em segundo lugar, Kant correlaciona o direito natural vigente num hipotético e ideal estado de natureza com o direito privado, caracterizado por relações de coordenação jurídica, e o direito positivo com o direito público, caracterizado pela subordinação dos arbitrios particulares à autoridade e a leis externas positivas. Kant agora concebe o direito natural como fornecendo a matéria, i.e., pretensões de direito (Rechtsansprüche) principalmente ligadas à propriedade privada, para as quais o direito positivo forneceria a forma, i.e. a instituição de autoridade externa e as leis positivas.

Palavras-chave: Estado de natureza . Direito positivo . Razão prática

Abstract

In this paper, I deal with the ontological status of natural right (Ius naturae) and the relationship between it and positive right in Kant's political philosophy and

* Professor do Depto. de Filosofia da Universidade Estadual do Norte-Fluminense (UENF) e bolsista de Produtividade em Pesquisa, nível 2 do CNPq.

philosophy of right. I maintain that Kant takes natural right in its relationship with the positive right in two distinct senses. First, Kant conceives of natural right as the set of a priori principles of pure juridical reason, on the basis of which we can assess the positive laws and institutions existing in time and space. Accordingly, the pure a priori principles of natural right constitute the form of a positive external legislation in general, just as the categorical imperative is the form of moral laws and norms in general, and they have only an ideal existence in the pure juridical reason. Moreover, I argue that the principles of rational natural right themselves require that the positive external legislation and authority be the only ones to be recognized as existing and valid, as can be seen in Kant's notorious refusal of the right of resistance by the subjects. Second, Kant correlates natural right valid in a hypothetical and ideal state of nature with private right, which is characterized by relations of juridical coordination between individuals, and positive right with public right, which is characterized by the subordination of individuals to an external authority and positive laws. Kant now conceives of natural right correlated to private right as the matter, and positive right correlated to public right as the form. More exactly, the matter are the claims to rights (Rechtsansprüche), especially claims to private property, which in its turn would then require the institution of an external authority and positive law in accordance with the form of right.

Keywords: State of Nature . Positive Law . Practical Reason

Prólogo

A ideia do tema deste artigo surgiu de uma discussão ocorrida por ocasião da defesa de qualificação do agora Doutor em filosofia pela Unicamp, Fábio César Scherer, na qual manifestei minha discordância relativamente a algumas afirmações do então candidato, que dava a entender que, segundo Kant, as leis e princípios do direito natural teriam validade e obrigatoriedade em si, independentemente da legislação externa positiva. Contra essas suposições, afirmei que, até onde podia compreender, para Kant, só existe propriamente o direito positivo, no que fui imediatamente contraditado pelo orientador do trabalho, Prof. Zeljko Loparic, como também pelo terceiro membro da banca, o Prof. Aguinaldo Pavão, além, é claro, do próprio candidato. Voto vencido, aceitei democraticamente o entendimento geral, deixando para este momento uma tentativa de resposta mais elaborada para aquela questão.

O problema da filosofia política moderna é simultaneamente o problema do mundo político: como é possível legitimar e justificar a limitação das liberdades individuais por parte de um ordenamento jurídico-político constituído por leis que prevêm sanções, caso os indivíduos não as obedeçam? Se, em oposição a Aristóteles, a submissão a leis externas não é mais considerada como a realização da própria natureza ou *télos* do homem definido como “animal político”,¹ então é preciso reconhecer a necessidade de legitimação e justificação do Estado e da sua artificial restrição à liberdade dos indivíduos. Considerados como originalmente livres (no sentido da assim chamada liberdade de ação ou liberdade externa, e não da liberdade da vontade ou liberdade interna), os indivíduos são o ponto de referência da pergunta pela legitimação do Estado: é o Estado que deve se legitimar frente aos indivíduos livres, e não o contrário. E a justificação e legitimação do Estado só poderá ser considerada como realizada, se for possível obter o assentimento de todos os concernidos igualmente considerados. Em suma, o Estado juntamente com seu aparato legal e coercitivo teriam de poder ser considerados como *justos* aos olhos de cada indivíduo igualmente.

Em resposta à questão da legitimação do Estado, os contratualistas de um modo geral, e o próprio Kant em particular, procedem à seguinte seqüência esquemática: a) eles começam com a sua concepção do estado de natureza, ou seja, de considerações sobre o estado de coisas que resultaria da coexistência de homens vivendo completamente livres das restrições impostas pelo Estado, concluindo então que tal situação traria conseqüências nefastas e seria insustentável; b) em decorrência disso, os contratualistas propõem a instituição de uma restrição recíproca das liberdades individuais como solução para aquela situação insustentável; c) mas essa restrição recíproca das liberdades tem de ser consubstanciada num *pacto*, num acordo comum, numa palavra, num *contrato* celebrado por homens livres, que seria o fundamento de um Estado justo. As diferenças entre os contratualistas resultam das diferentes concepções do estado de natureza e, por conseguinte, do tipo de ordenamento jurídico-político a cada vez considerado necessário para dar conta dos problemas resultantes daquela situação pré-estatal.

Essa ideia de contrato social e os conceitos correlatos, como o conceito de estado de natureza e o de passagem desse estado para o estado civil, passam por uma grande transformação em Kant. Com efeito, para começar, Kant é suficientemente claro quanto à natureza e status do próprio estado de

1 Cf. *Política*, 1253 a 3-4.

natureza. Em primeiro lugar, contra Achenwall,² Kant sustenta que “o *estado de natureza* não se opõe à condição social, mas à condição civil, visto ser certamente possível haver sociedade no estado de natureza, mas não sociedade civil (a qual garante o que é meu e teu mediante leis públicas)” (M.d.S., AA 6: 242; grifado no original). Assim, diferentemente do que se costuma pensar, pelo menos segundo Kant, o estado de natureza não seria uma situação em que homens estariam vivendo isolados como ermitões. Pois, exatamente pelo fato dos homens no estado de natureza não estarem sendo concebidos como vivendo isoladamente, mas como coexistindo em sociedade e compartilhando um mesmo espaço, torna-se razoável presumir o surgimento de *conflitos* entre eles,³ para cuja solução a instituição do Estado evidenciar-se-ia então como absolutamente necessária. Em suma, como fica claro na passagem acima citada, segundo Kant, no estado de natureza os homens são concebidos como existindo em sociedade, mas não numa sociedade *civil*.

Em segundo lugar, em contraposição agora a Hobbes, que chega à sua concepção do estado de natureza e das indesejáveis conseqüências daí decorrentes tendo por base suposições de ordem antropológica e psicológica, Kant afirma que

por melhor predispostos e acatadores da lei que pudessem ser os homens, ainda assim, está assentado a priori na ideia racional de uma tal condição (aquela que não é jurídica) que antes de uma condição legal pública ser estabelecida, indivíduos humanos, povos e Estados jamais podem estar seguros contra a violência recíproca, e, em verdade, exatamente pelo próprio direito que cada qual tem de fazer o que lhe parece correto e bom e não depender da opinião alheia a respeito disso.⁴

Assim, o simples fato dos homens serem concebidos como coexistindo num mesmo espaço implica que eles não poderão deixar de se influenciar

2 Cf. *Metafísica dos costumes*, AA 6: 306: “Aquilo que se opõe ao estado de natureza não é (como pensa Achenwall) uma condição *social* e que poderia ser chamada de condição artificial (*status artificialis*), mas antes a condição *civil* (*status civilis*), aquela de uma sociedade sujeita à justiça distributiva” (grifado no original). - A *Metafísica dos costumes* será doravante citada na forma abreviada M.d.S., de acordo com volume e página da edição da Academia. Ao citar a *Metafísica dos costumes* em português, tomei por base a tradução brasileira de Edson Bini (Edipro, São Paulo, 2003), embora com algumas modificações de minha responsabilidade.

3 No caso da concepção kantiana do estado de natureza, trata-se especificamente de um conflito acerca do que é justo, de um conflito em torno de pretensões de direito. A importância dessa observação será mostrada mais à frente.

4 M.d.S., AA 6:312; grifado no original.

reciprocamente e, por conseguinte, ocasionar conflitos entre si. Nessa situação pré-estatal, não existe nenhum juiz competente (*kompetenter Richter*) (M.d.S., AA 6:312) para dirimir esses conflitos, pois *cada qual é juiz em causa própria*, o que significa que, para resolvê-los, só restaria o uso da violência segundo o juízo puramente subjetivo de cada um. Desse modo, mediante uma pura reconstrução racional e sem contrabandear premissas antropológicas para dentro de seu argumento, Kant chega à concepção hobbesiana do estado de natureza como guerra (latente) de todos contra todos.

Também por essa razão, ainda em contraposição a Hobbes, Kant tem completa clareza sobre o status ontológico do estado de natureza. Com efeito, após a descrição do que ele chama de condição natural do homem, Hobbes dá a entender que não pretende estar reportando um fato empírico histórico e admite que “poderá pensar-se que nunca existiu um tal tempo, nem uma condição de guerra como essa, e (...) que jamais tenha sido geralmente assim, no mundo inteiro”, para, contudo, logo em seguida, aduzir algumas evidências empíricas para sua tese, como o modo de vida dos “povos selvagens de muitos lugares da América” (*Leviatã*, Livro I, § 13). Em contraposição a isso, Kant afirma que “não é a experiência que nos ensina sobre a máxima da violência dos homens e da sua malevolente tendência a se atacarem mutuamente antes do aparecimento de uma legislação externa detentora do poder” (M.d.S., AA 6: 312).

De fato, Kant concebe o estado de natureza e a própria ideia de “contrato originário” a ele ligada como “meras ideias *a priori* da razão”⁵, como uma situação *idealizada* em que homens viveriam “antes” da constituição do Estado, de autoridade e leis externas, onde essa anterioridade deve ser entendida não em sentido cronológico, mas em sentido *lógico*.⁶ Dito de outro modo, em analogia com o procedimento adotado nos *Prolegômenos* e na *Fundamentação*,

5 Cf. *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, AA 8: 297. Esse opúsculo será doravante citado na forma abreviada TP, de acordo com volume e página da edição da Academia. As traduções das passagens serão de minha responsabilidade.

6 Com efeito, Richard Saage também observa, “dass Kant unter dem juristischen Naturzustand (...) keineswegs ein empirisches Faktum versteht”, e acrescenta que Kant “geht vielmehr von einem status naturalis aus, der den Character einer apriorischen Vernunftidee hat, die dem ebenfalls nach reinen Vernunftbegriffen gedachten Staat nicht zeitlich-historisch, sondern logisch vorhergeht” (“Naturzustand und Eigentum”, in: *Materialien zu Kants Rechtsphilosophie*, Zwi Batscha (ed.), Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1976, p. 207). É importante chamar a atenção para o fato de que Saage caracteriza o estado de natureza como sendo um estado *jurídico*, no que ele está simplesmente seguindo Kant, o qual usa a expressão “status naturae iuridice” em algumas de suas *Reflexões* (XIX, 7936). Assim, Kant concebe o estado de natureza como uma situação de coexistência entre homens convivendo num mesmo espaço, da qual resultam certos conflitos que *já possuem um caráter jurídico*. Mais à frente, ficará clara a importância dessa observação.

na Doutrina do direito da *Metafísica dos costumes*, Kant parte do *fato* de que os homens convivem sob a autoridade de leis externas nos Estados, e busca remontar *regressivamente* aos princípios e condições de possibilidade de uma sujeição a tais leis e autoridade que possa ser considerada como legítima e justa. Para estabelecer essas condições de possibilidade de sujeição e limitação das liberdades individuais de modo que possa ser justa a convivência dos homens, Kant lança mão de um *Gedankenexperiment*, sob o rótulo de “estado de natureza”, que é a concepção do modo como viveriam esses mesmos homens, se não estivessem submetidos à autoridade e leis no estado civil. Contudo, do mesmo modo que na filosofia teórica kantiana o termo “coisa em si” não designa primariamente um reino de objetos *ontologicamente distintos* dos “fenômenos”, mas esses mesmos fenômenos *considerados* como existiriam independentemente das condições impostas pelo sujeito cognoscente, na filosofia política kantiana, a expressão “homens no estado de natureza” também não designa uma situação *ontologicamente distinta* daquela designada pela expressão “homens no estado de civil”, mas esses mesmos homens *considerados* como existiriam independentemente das condições impostas pelo Estado.⁷

Isso posto, como interpretar então determinadas expressões empregadas por Kant ao longo de suas obras de filosofia política e do direito, como, por exemplo, “sair do estado de natureza” (M.d.S., AA 6: 312),⁸ “passar para o estado jurídico” (M.d.S., AA 6: 307), ou mesmo “obrigar outros a saírem desse estado de natureza” (M.d.S., AA 6: 312)? Porém, antes de abordarmos essa questão, é preciso introduzir outros elementos importantes para a compreensão da filosofia política e do direito kantiana. Em particular, precisamos ter alguma clareza precisamente sobre a distinção kantiana entre direito natural e positivo e sobre o seu status, ou seja, sobre o tema principal deste artigo.

Segundo Kant, em contraposição à doutrina da virtude, “a doutrina do direito é o conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa. Se uma tal legislação é efetiva (*wirklich*), então ela é doutrina do direito positivo” (M.d.S., AA 6: 229). O direito positivo, também chamado de estatutário,

7 Sobre a distinção fenômeno/coisa em si compreendida como uma distinção de pontos de vista ou modos de consideração sobre objetos ontologicamente idênticos, cf. Gerold Prauss, *Kant und das Problem der Dinge an sich*, Vittorio Klostermann Verlag, Frankfurt am Main, 1983, esp. pp. 13-23.

8 Como observa Wolfgang Kersting, a máxima “*exeundum e statu naturali*” é o sumário de todas as teorias políticas modernas baseadas na concepção do estado de natureza. Contudo, acrescenta ele, antes de Kant, nenhuma delas havia tentado fundamentar a exigência de saída do estado de natureza em princípios da razão pura jurídica (Cf., a esse respeito, *Wohlgeordnete Freiheit, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Mentis, Paderborn, 2007, p. 253)

é aquele estabelecido pela vontade de um legislador e constituído pelas “leis [empiricamente existentes] num determinado lugar e num determinado tempo” (M.d.S., AA 6: 229). O direito natural seria por sua vez constituído pelo conjunto de leis ou princípios que forneceriam “o critério universal pelo qual se pode conhecer em geral tanto o justo quanto o injusto (*iustum et iniustum*)”, ao qual se chega abandonando aqueles “princípios empíricos (...) e buscando as fontes desses juízos exclusivamente na simples razão (ainda que aquelas leis possam servir de excelente fio condutor para isso), visando o estabelecimento do fundamento para uma legislação positiva possível” (M.d.S., AA 6: 229-30). Assim, Kant chegaria aos princípios e leis do direito natural como resultado de uma reflexão sobre as condições de possibilidade das leis jurídicas positivas, em analogia com o que havia feito, por exemplo, na reflexão sobre os princípios e condições de possibilidade do conhecimento.⁹ Desse modo, os princípios e leis do direito natural constituiriam no seu conjunto nada além da *forma* de uma legislação externa possível em geral, do mesmo modo que, por exemplo, o Imperativo categórico é a *forma* dos juízos e normas morais em geral. Porém, como se trata justamente de um procedimento de formalização, e não de generalização indutiva, Kant não está sustentando que toda e qualquer legislação externa positiva empiricamente dada no espaço e no tempo esteja de fato em conformidade com aqueles princípios do direito natural racional. Pelo contrário, Kant está pretendendo apresentar os princípios aos quais as legislações positivas *deveriam* se conformar, caso devam poder ser tomadas por justas. Em suma, aqueles princípios constituem o que Kant chama de *Richtschnur* da nossa avaliação das legislações positivas.

Isso posto, seria então relativamente fácil responder à pergunta proposta por nós ao começo do artigo. O único direito que existe, se “existência” deve significar existência no espaço e no tempo, é o direito positivo, o que, na verdade, é uma tautologia. O direito natural, como direito puramente racional, só teria uma existência ideal, como o próprio estado de natureza. Teríamos, então, resolvido nosso problema com uma mísera tautologia? Ora, as coisas não podem ser tão simples assim. E, de fato, apesar de reconhecer que são

9 Desse modo, diferentemente do que geralmente supõem os intérpretes, sem dúvida tendo por base textual certas sugestões por parte de Kant, a filosofia política e do direito kantianas não são resultado de uma *mera aplicação* do princípio da legislação interna do arbítrio, ou seja, o Imperativo categórico, ao problema das relações externas entre os arbítrios. Pelo contrário, Kant chega aos princípios da filosofia política e do direito mediante o mesmo procedimento adotado em sua filosofia transcendental em geral, a saber, partindo de algo dado na experiência, no caso, a experiência político-jurídica, enquanto algo dado como um condicionado, remontando então regressivamente aos seus princípios ou condições de possibilidade.

um produto da razão e que, enquanto tais, não existem em nenhum ordenamento jurídico público com poder de sanção efetiva, Kant também se refere aos princípios e leis do direito natural como tendo uma espécie de “vigência”, mais exatamente, no estado de natureza, e como exercendo uma espécie de “obrigatoriedade”.

Com efeito, em outra passagem da *Metafísica dos costumes*, Kant também distingue leis externas positivas de leis externas racionais ou naturais dizendo que as primeiras “absolutamente não obrigam sem uma legislação externa efetiva (*wirkliche*)”, ao passo que a obligatoriedade das últimas “pode ser conhecida *a priori* pela razão, mesmo sem legislação externa” (M.d.S., AA 6: 224). Ele conclui a passagem dizendo ainda que essas leis naturais da razão seriam o fundamento da “autoridade do legislador (i.e. da autorização (*Befugnis*) de obrigar os outros através de seu mero *arbitrio* (*Willkür*)) (M.d.S., AA 6: 224; grifado no original)”.

Como foi dito, Kant aplica também ao campo da política e do direito sua concepção fundamental da filosofia como conhecimento racional a partir de conceitos puros *a priori*. Segundo Kant, o direito com suas instituições fundamentais, como propriedade, Estado e direito criminal, não podem ser derivados da experiência dos homens entre si e deles com o mundo, mas teriam de ser encontrados em conceitos e princípios puros *a priori*. Contudo, por outro lado, Kant também reconhece que a *aplicação* daqueles conceitos e princípios puros exige o recurso à experiência, principalmente no caso do direito privado, por exemplo, com o reconhecimento de que o homem tem corpo, vida etc. Eis por que, como escreve Höffe, Kant veio a se opor ao racionalismo jurídico dogmático, que pretendia poder derivar o direito positivo e todas as suas instituições diretamente a partir de princípios da razão.¹⁰ Em contraposição a isso, Kant tem clareza de que a filosofia racional *a priori* está limitada à tarefa mais modesta de análise conceitual e de fundamentação de princípios. Ora, uma vez que procede independentemente da experiência, a filosofia política e do direito não pode pretender substituir o legislador, o juiz e os juristas, pois são eles que de fato detêm a autoridade para determinar e julgar o que é justo nos casos particulares, em conformidade com leis externas positivas. Porém, no que tange à fundamentação e correção do próprio conjunto de leis externas positivas, às quais apelam em seus juízos concretos, é verdade que juízes e juristas precisam recorrer às leis e normas puramente racionais descobertas pelo filósofo. Pois, do contrário,

10 Cf. *Grosse Denker, Immanuel Kant*, Verlag C.H. Beck, München, 1983, p. 211.

observa Kant um tanto jocosamente, como na fábula de Fedro, “uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas, infelizmente, falta-lhe cérebro” (M.d.S., AA 6: 230). Não obstante, evidentemente, o filósofo não tem autoridade para *forçar* ou *coagir* o legislador ou jurisconsulto a recorrer aos seus serviços e a se pautar pelo conjunto de normas puramente racionais por ele oferecidas. Desse modo, aquela suposta “obrigatoriedade” das leis naturais racionais e independentes do legislador, das quais ele primeiramente obteria autorização para obrigar os demais, não deve ser compreendida de modo algum em sentido jurídico, mas em sentido *moral*.

Esse ponto tem de ser aprofundado, pois, em última análise, está relacionado ao famigerado problema da recusa por Kant do direito de resistência.

Segundo Kant, direito e Estado não são instituições contingentes e arbitrárias, mas fundadas na necessidade da razão pura prática. Por isso mesmo, ele rejeita veementemente concepções, como a de Hobbes, que buscam fundamentar o Estado em algum elemento antropológico, como o medo de morrer, por exemplo. Como foi dito acima, isso não quer dizer de modo algum que Kant considere que todo e qualquer ordenamento político-jurídico existente ou lei positiva seja legítimo ou justo. Na verdade, mediante uma análise do conceito puro do direito, Kant pretende fornecer o padrão de avaliação da conformidade dos ordenamentos político-jurídicos e das leis positivas à ideia do direito.

Desse modo, partindo do suposto de que o direito tem por objetivo possibilitar a coexistência dos arbítrios e das liberdades externas, Kant estabelece o princípio universal do direito: “É justa toda ação que possa coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio (*Willkür*) de cada um possa coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal etc.” (M.d.S., AA 6: 230).¹¹ Esse princípio é o *pendant* na filosofia do direito do Imperativo categórico na filosofia moral, pois fornece um critério puramente *formal* de avaliação de ações, conforme o caso, de leis e normas jurídicas. Com efeito, tendo esse princípio por base, cada um de nós pode perguntar sob quais condições os arbítrios podem ter garantida sua liberdade externa e ainda assim continuar coexistindo segundo

11 Essa referência ao conceito de máxima na formulação do princípio universal do direito é um dos exemplos de apoio textual para a interpretação usual, segundo a qual a filosofia política e a filosofia do direito kantianas seriam o resultado da mera aplicação do princípio da moralidade. Contudo, sem poder me estender no tratamento desse problema aqui, resta evidente que, como princípio da legislação externa reguladora das ações e liberdades externas, e não das *Gesinnungen* dos indivíduos, o princípio do direito não pode se constituir como avaliador da adequação de máximas.

leis universais, do mesmo modo que de posse do Imperativo categórico cada um de nós pode perguntar quais máximas se adéquam a uma legislação moral. Aliás, em clara analogia com a moral, Kant tem em mente aqui exatamente leis jurídicas com validade universal estrita, puramente racionais e independentes da experiência, que não poderiam ser negadas e recusadas *sem contradição*. Ora, a liberdade ilimitada de cada arbítrio encarada na perspectiva do estado social de natureza, ou seja, como foi visto, de uma vizinhança e convivência entre os homens, leva a uma contradição, à aniquilação da liberdade por outro arbítrio, ele próprio dotado de uma liberdade ilimitada, e assim por diante. Assim, a liberdade ilimitada, a liberdade para tudo no estado de natureza é, ao fim e ao cabo, uma liberdade para nada. Desse modo, se liberdade externa é independência de coerção por outro arbítrio, então as liberdades externas dos arbítrios em convivência só podem ser pensadas sem contradição, se forem limitadas e restringidas, e isso exatamente sob autoridade e leis externas.

Esse foi um exemplo da aplicação do princípio universal do direito.¹² A pergunta que se coloca aqui é então a seguinte: se a filosofia do direito kantiana fornece um princípio que contém um procedimento formal, análogo ao imperativo categórico na moral e igualmente fundado na razão pura prática, como tal, acessível a todo sujeito racional e destinado a servir para a avaliação dos ordenamentos jurídico-políticos, das leis positivas e até dos juízos particulares sobre o justo: por que ele sustenta que essa avaliação por parte do indivíduo comum e mesmo do filósofo tem de ficar cingida ao nível do mero direito à liberdade de expressão de opinião, jamais ao nível da desobediência? Por que, afinal, o filósofo ou os súditos, de posse de princípios racionais do direito válidos independentemente da experiência, não podem forçar ou obrigar o legislador e soberano a reverem suas leis e juízos?

Não tenho nem de longe a pretensão de dar conta desse espinhoso problema aqui. Como uma tentativa de resposta, gostaria de sugerir, em primeiro lugar, que as perspectivas de aplicação, por assim dizer, monológica, do princípio universal do direito na avaliação de leis externas positivas e de juízos concretos sobre o justo esbarra com dificuldades ainda maiores que a aplicação do imperativo categórico. Pois, se o imperativo categórico fornece um procedimento de avaliação de máximas quanto à sua capacidade de serem

12 Uma evidência das limitações do filósofo em relação ao legislador pode ser encontrada no fato de que o princípio do direito, ainda em analogia com o imperativo categórico, fornece apenas um critério *negativo* para a avaliação de instituições e leis relativamente à sua adequação a uma legislação universal das liberdades externas, a saber, exige que elas não envolvam uma contradição.

aceitas numa legislação universal, ele deve poder ser aplicado pelo indivíduo que projeta essas máximas. Contudo, o princípio universal do direito fornece um procedimento de avaliação não de máximas individuais, mas da possibilidade de arbítrios livres *coexistirem em coletividade*, o que, no meu modo de ver, pelo menos compromete uma aplicação solipsista. Pois, se, como escreve Kant ao final da primeira seção da *Fundamentação*, na própria aplicação da lei moral às máximas individuais “surge uma dialética natural, i.e. uma tendência a sofismar (*vernünfteln*) contra aquela lei estrita do dever e a pôr em dúvida sua validade, ou, pelo menos, sua pureza e rigor, e, quando possível, a torná-la mais adequada aos nossos desejos e inclinações”,¹³ podemos então imaginar essa tendência quando está em questão um conflito de diferentes arbítrios sobre a justiça na aquisição dos meios para a satisfação das inclinações, em conformidade com leis universais externas. De fato, como também parece reconhecer John Rawls, no caso dos juízos sobre o justo, uma “atenção excessiva aos nossos próprios interesses”¹⁴ leva comumente a distorções e desvios em nossas avaliações. Em suma, o que estou querendo dizer é que, apesar de cada ser racional ter sempre à disposição os princípios puros do direito natural, com base nos quais pode avaliar quanto à sua justiça as leis externas positivas e mesmo os juízos concretos feitos pela autoridade externa, seus juízos e avaliações serão, por princípio, suspeitos, e exatamente pelo fato de que ele está se colocando numa perspectiva de independência da autoridade externa e de leis positivas, em outras palavras, naquela perspectiva hipotética do estado de natureza, na perspectiva da ausência de uma instância de julgamento externa e *objetiva*. Ora, como vimos, na perspectiva do estado de natureza, na ausência de um juiz competente, “será justo e correto o que parecer justo e correto ao indivíduo”.¹⁵

Contudo, os argumentos kantianos mais incisivos a favor do respeito incondicional à lei positiva e contrários a teorias jusnaturalistas extremas, que

13 Cf. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA 404-5.

14 Cf. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, p. 47.

15 É quase impossível nesse contexto não associar esse argumento kantiano com o ponto principal do argumento de Wittgenstein contra a possibilidade de uma linguagem privada, ou seja, contra a possibilidade do estabelecimento completamente privado e solipsista do significado das palavras que designam sensações. Segundo Wittgenstein, na situação em que não se poderia apelar para uma instância objetiva ou intersubjetiva qualquer para fixar o significado da palavra de sensação, será correto, ou seja, conforme a regra, o que subjetivamente me parecer correto, o que significa que não se pode propriamente falar em correção ou de conformidade a regra, de acordo com padrões objetivamente válidos (Cf. a esse respeito, *Investigações filosóficas*, esp. § 258).

concederem uma “obrigatoriedade em si” aos eternos princípios do direito natural, são os encontrados no opúsculo “*Sobre o dito comum: isso pode ser correto na teoria, mas não vale para a prática*”. Um dos mais interessantes é o que aparece na seguinte passagem (TP, AA 8: 291).

Cada membro da comunidade (gemein Wesen) possui um direito de coerção sobre todos os outros, excetuando apenas o chefe do Estado (Oberhaupt) (porque ele não é membro desse corpo, mas o seu criador ou conservador), o qual é o único que tem a autorização (Befugnis) para coagir, sem ele próprio estar sujeito a uma lei coercitiva. (...) Com efeito, se ele também pudesse ser coagido, então não seria o chefe supremo do Estado (Staatsoberhaupt) e a série ascendente de subordinação iria ao infinito.

O argumento, em sua crueza, é bem simples. Se a autoridade pública externa permitisse que súditos pretensamente apoiados, por exemplo, em princípios do direito natural, viessem não só a questionar, mas a oferecer resistência ao comando daquela, então a autoridade externa não seria mais soberana, e o próprio princípio da soberania estaria destruído. Admitido o direito de resistência por parte dos súditos frente às deliberações e juízos feitos pela autoridade com base em leis externas positivas, acabaríamos tendo de admitir que os súditos teriam o direito de julgar e coagir o soberano, o qual, portanto, deixaria de ser propriamente o soberano (*Oberhaupt*), e os súditos tornar-se-iam ao mesmo tempo súditos e soberanos, o que envolve uma *contradição e não pode ser aceito pelo próprio princípio universal do direito natural*. Desse modo, está analiticamente contido no conceito do direito como legislação externa pública, que os indivíduos têm de respeitar as decisões dessa legislação. Em suma, colocando a coisa de forma intencionalmente paradoxal, *é o próprio direito natural que exige que o indivíduo reconheça que só existe o direito positivo*.

Outro argumento a favor da inquestionabilidade da autoridade e da legislação externa positivas pode ser encontrado na seguinte passagem (TP, AA 8: 294-5):

Com efeito, todo direito depende de leis. Mas uma lei pública que determina para todos o que lhes deve ser juridicamente permitido ou não-permitido é o ato de uma vontade pública, da qual provém todo o direito e que, por conseguinte, não pode ela própria fazer injustiça contra quem quer seja. Mas, a esse respeito, não é possível nenhuma outra vontade a não ser a do conjunto do povo (onde todos decidem sobre todos, e, por conseguinte, cada um sobre si mesmo): pois, só a si mesmo, ninguém pode fazer injustiça.

Assim, obedecer às determinações da autoridade externa estabelecida é exigido pelo direito natural, porque, em obedecendo àquelas determinações, o indivíduo está, em última análise, como que obedecendo a si mesmo. E se, por hipótese, o indivíduo está obedecendo a uma lei para a qual ele próprio colaborou, então ele não pode estar sendo injustiçado por tal lei, pois “ninguém pode fazer injustiça a si mesmo”. Kant está encaminhando aqui sua própria concepção do contrato ou pacto originário como “uma coligação de todas as vontades particulares e privadas num povo formando uma vontade geral e pública (em vista de uma legislação simplesmente jurídica)” (TP, AA 8: 297). E Kant é perfeitamente coerente ao conceder a esse hipotético contrato o mesmo status que havia concedido ao hipotético estado de natureza, pois “não é de modo algum necessário pressupô-lo como 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 um tal ato (...) para nos considerarmos ligados a uma constituição civil já existente” (TP, AA 8: 297). Pelo contrário, prossegue Kant, trata-se de uma “*simplex idea* da razão, que, contudo, tem indubitável realidade (prática): a saber, ela obriga todo legislador a fornecer as suas leis como se elas *pudessem* emanar da vontade coletiva de um povo inteiro e a considerar todo súdito, enquanto quer ser cidadão, como se ele tivesse assentido por seu sufrágio à semelhante vontade” (TP, AA 8: 297). Evidentemente, essa “obrigatoriedade” a que está submetido o legislador no momento de confecção das leis só pode ser de natureza *moral*, posto que precede, logicamente falando, o estabelecimento das leis externas positivas, que obrigam os súditos, agora no sentido *jurídico* da palavra, ou seja, ligadas a uma autorização para coagir em caso de desobediência.

Como se sabe, Kant está aqui abordando o problema do Estado e suas instituições de um ponto de vista similar ao de Rousseau, a saber, como fundados no consenso e no acordo entre os indivíduos com respeito ao papel do soberano. Isso faz com que se conceda uma certa precedência à vontade geral e coletiva frente às vontades particulares, sem que, contudo, tanto Kant quanto Rousseau viessem a propor a extinção do direito a se ter uma “vontade particular”.¹⁶ Contudo, como também observa Howard Williams:¹⁷

[Kant] appears to differ from Rousseau in his view of the general will. He does not see the general will, like Rousseau, as enjoying an independent

16 Cf. Howard Williams, *Kant's Political Philosophy*, St. Martin's Press, New York 1985, p. 162.

17 *Id.*, *ibid.*, pp. 164-5.

existence above, and apart from, the institutions and individuals which are supposed to embody it. (...) Kant does not speak of the general will in these reified terms, as he does not see it as a separate, independent power within a state. He uses the term 'the general will' in a strictly analogical sense to refer to the decisions and actions of the existing sovereign or sovereign body. He suggests that the responsible citizen should regard the acts of the sovereign as though they were the expression of a general will. Thus, it is the existing government which ought always to embody the citizens' general will and not other body or will separate and distinct from it.

Assim, fica claro que Kant não concebe a vontade geral como uma metafísica ou mística entidade dotada de uma existência separada da vontade geral, mas como uma vontade efetivamente concretizada nas instituições públicas, como se aquela pudesse estar “sintonizada” com os eternos princípios do direito natural e fosse por isso mesmo capaz de corrigir os juízos feitos pela autoridade pública. Os juízos emitidos pela autoridade pública existente são justos, porque ela é a vontade geral. Por isso mesmo, ela tem de ser respeitada e está autorizada a coagir, em caso de desobediência.

Isso não significa que Kant seja um defensor do positivismo jurídico extremo. Pois ele admite que “se um povo inteiro não puder consentir [em determinada] lei, ele é autorizado (*befugt*) a pelo menos protestar contra a mesma (*wider dasselbe wenigstens Vorstellungen zu tun*)” (TP, AA 8: 297-8). Em outras palavras, está, ou pelo menos, sempre deve estar assegurado o direito ao uso público da razão para uma avaliação crítica do Estado e de suas instituições.

Podemos compreender agora o sentido daquelas intrigantes passagens, nas quais Kant se refere à necessidade de saída do estado de natureza e mesmo a um direito de obrigar os demais a entrar no estado civil constituído por autoridade e leis externas públicas. Para começar, recordemos que a expressão “estado de natureza”, pelo menos em Kant, não designa uma situação ou fato histórico, mas uma perspectiva, um modo de considerar na reflexão filosófica homens que de fato vivem e desde sempre têm vivido reunidos sob autoridade e leis externas num estado civil. Analogamente, a expressão “saída do estado de natureza” não pode estar designando um processo ou evento historicamente localizado, mas tem de estar aludindo metaforicamente à saída, ou melhor, ao *abandono* daquela perspectiva. Ora, considerar os indivíduos concretamente existentes no estado civil sob a perspectiva do estado de natureza é considerá-los como fazendo juízos sobre o justo recorrendo não

à autoridade externa ou a leis positivamente estabelecidas, mas a princípios do direito contidos na luz natural de sua razão. Desse modo, falar em autorização para forçar ou coagir indivíduos, que de fato já vivem no estado civil, a saírem do estado de natureza e a entrarem no estado civil só não encerra uma contradição, se isso for compreendido como simplesmente significando a exigência de submissão e obediência à autoridade e a leis públicas estabelecidas. Pois, ao desobedecer à autoridade externa publicamente reconhecida, o indivíduo está se colocando ele próprio na perspectiva do estado de natureza, está erguendo a pretensão de poder se colocar numa perspectiva capaz de fazer juízos sobre o justo de uma maneira mais conforme a princípios da justiça do que a autoridade pública constituída. Porém, como vimos, na perspectiva do estado de natureza, “será justo para o indivíduo o que lhe parecer justo”.

Resta-nos ainda considerar a outra afirmação feita por Kant, segundo a qual o direito natural teria algum tipo de “vigência” independente e por si no estado de natureza.

Como foi mencionado acima, Kant concebe o estado de natureza como caracterizado por uma espécie de juridicidade, mas ele é um pouco ambíguo em suas declarações a esse respeito. Na verdade, por vezes, ele se refere ao estado de natureza em termos francamente hobbesianos, sustentando que nesse estado de liberdade externamente anárquica “os seres humanos não causam, de modo algum, injustiça mútua quando se hostilizam, uma vez que o que é válido para um é válido também, por seu turno, para o outro, como que por mútuo consentimento (*uti pares de iure suo disponunt, ita ius est*)” (M.d.S., AA 6: 307). No fundo, Kant nada mais faz do que repetir aqui o argumento hobbesiano, segundo o qual, na ausência do direito positivo incorporado em instituições, não se pode falar em direitos e não há como cometer injustiça a ninguém.

Contudo, a posição refletida e consistente de Kant a esse respeito parece antes consistir na tese de que é plausível e mesmo necessário admitir que se possa falar pelo menos em pretensão de direitos no estado de natureza. Isso fica claro na própria divisão da *Metafísica dos costumes*, mais exatamente, na sua divisão em uma parte que trata do direito privado e outra que trata do direito público. Kant correlaciona essa tradicional divisão do direito à sua própria classificação dos direitos. Assim, de um lado, ele traça um paralelo entre o direito privado e o direito natural, uma vez que eles consideram os indivíduos ainda não submetidos a uma autoridade e mantendo uma relação de *coordenação* entre si, e, de outro lado, entre o direito público e o direito positivo, em que se dá a relação de *subordinação* a uma autoridade

pública constituída. Ora, como observa Höffe,¹⁸ diferentemente de Hobbes e de Rousseau, na obra citada, Kant desenvolveu o direito privado antes do direito público, o que fez com que sua concepção do direito natural crescesse em vigor jurídico (*Rechtskraft*).

De fato, em várias passagens, Kant afirma que é preciso reconhecer a existência de relações jurídicas a nível privado, i.e. mesmo considerando os homens na perspectiva do estado de natureza, as quais dizem respeito, principalmente, ao direito à propriedade. Assim, segundo Kant:

Se não se quisesse reconhecer como jurídica (rechtlich), nem sequer como provisória, nenhuma aquisição antes da entrada no estado civil, aquele mesmo estado [o estado civil] seria impossível. Pois, (...) as leis sobre o meu e o teu no estado de natureza contêm exatamente o mesmo que prescrevem as leis do estado civil (...); com a diferença de que no último estão indicadas as condições sob as quais as leis [do estado de natureza] podem ser exercidas (em conformidade com a justiça distributiva). (M.d.S., AA 6: 312)

O que existe “antes”, mais uma vez em sentido lógico, da entrada no estado civil é uma posse provisória, e não ainda propriedade no sentido próprio da palavra. Mais precisamente, o que existe “antes” da entrada no estado civil, ou seja, na perspectiva de indivíduos mantendo uma relação de coordenação entre si, é uma *pretensão* à propriedade, que, sem dúvida, já tem caráter jurídico (*rechtlich*), como fica claro na seguinte passagem (M.d.S., AA 6: 257).

Numa palavra, a maneira de ter algo externo como seu no estado de natureza é uma posse física, que traz consigo presunção jurídica (grifado por mim) de que será convertida em posse jurídica, mediante sua união com a vontade de todos numa legislação pública.

Nesse sentido, Richard Saage¹⁹ tem razão quando afirma que, diferentemente de Hobbes, Kant concebe o indivíduo na perspectiva do estado de natureza como capaz de relações jurídicas. Mais precisamente, essa capacidade se manifesta na capacidade de adquirir propriedade, o que aproxima Kant de Locke. Com efeito, como escreve Saage, “o indivíduo não carece de um processo

18 Cf. Höffe (1983), p. 218.

19 Saage (1976), p. 211.

de aprendizagem mediado e inaugurado pelo Estado²⁰ para se tornar capaz disso. Entretanto, embora, por um lado, Kant indubitavelmente reconheça na aquisição da propriedade o momento lógico da atuação do indivíduo, o que o aproxima de Locke, por outro lado, o primeiro diverge essencialmente do segundo ao mostrar que a instituição da propriedade não consiste numa relação estabelecida entre uma pessoa e uma coisa, como em Locke, mas numa relação estabelecida entre uma pessoa e uma coisa, relação essa *mediada por outras pessoas*. A relação entre uma pessoa e uma coisa caracteriza o que Kant chama de posse física, detenção (*Inhabung*) ou posse sensível, que é a posse que está garantida apenas na medida em que disponho de forças para defendê-la. Já a propriedade em sentido próprio ou posse inteligível é aquela em que uma pessoa me lesaria se fizesse uso da coisa, mesmo quando eu não estou fisicamente de posse da coisa. Locke não percebeu que se propriedade consistisse no estabelecimento de uma relação entre uma pessoa e uma coisa, então, quando alguém me tomasse a coisa, não estaria propriamente me lesando, mas estabelecendo uma nova relação com a coisa. Já a propriedade em sentido próprio ou posse inteligível envolve um *consentimento* geral tácito dos outros relativamente à minha posse da coisa. Tudo se passa como se houvesse um consentimento geral de que uma determinada pessoa fizesse uso exclusivo de uma coisa. É justamente esse consentimento geral tácito que faz com que alguém que queira fazer uso não autorizado da coisa esteja me lesando. É esse consentimento que me autoriza a recorrer à força para restabelecer meu direito, em caso de estar sendo lesado por outrem. Ora, esse consentimento tácito efetivo é dado justamente por aquela vontade geral concretamente incorporada nas instituições, ele é alcançado justamente no estado civil, com todo o seu aparato legal e coercitivo.

O que foi dito acima nos permite também compreender por que Kant e Hobbes chegam a concepções de estado completamente distintas. Com efeito, embora os contratualistas sigam aquele esquema geral apresentado ao início deste artigo, eles chegam a diferentes concepções de Estado, que resultam das diferentes concepções de estado de natureza e das conseqüências nefastas daí decorrentes. Como foi dito, Kant concebe o estado de natureza como uma situação em que homens manteriam relações sociais num mesmo espaço não submetidas à autoridade e a leis externas vinculantes. Ora, homens assim concebidos poderiam conviver em harmonia numa paz arcádica, sem exercer influência uns sobre os outros, se eles não tivessem desejos (*Wünsche*)

20 *Id. ibid.* p. 211.

ou carecimentos (*Bedürfnisse*) e, ainda mais importante, se dentre eles não houvesse aqueles que envidassem todos os esforços no sentido de adquirir os meios necessários para satisfazer esses desejos, carecimentos e necessidades dadas. No linguajar técnico de Kant, em contraposição a seres meramente dotados de desejos e carecimentos desacompanhados da consciência de dispor dos meios de satisfazê-los, aqueles se constituem como seres dotados de arbítrio (*Willkür*), ou seja, como seres conscientes de mediante suas ações poderem ser causa do objeto de suas representações, empregando os meios necessários. Ora, se os homens fossem considerados no estado de natureza como meramente dotados de desejos e necessidades dadas, jamais haveria influência de uns sobre os outros, e jamais haveria ocasião para o conflito característico daquela situação pré-estatal. Em suma, são indivíduos portadores de arbítrios, e não somente de meros desejos, que geram o conflito característico do estado de natureza, para o qual a instituição do Estado é apresentada como necessária. Mas o conflito resultante das ações executadas por arbítrios visando à satisfação de seus desejos não teria o caráter de um conflito especificamente *jurídico*, exigindo não a constituição de uma forma qualquer de Estado, mas de um Estado *republicano*, como quer Kant, se no processo de aquisição dos meios para a satisfação dos desejos não estivessem sendo erguidas exatamente *pretensões jurídicas ou pretensões de direito* (*Rechtsansprüche*). Ou seja, diferentemente de Hobbes, que concebe o conflito gerado no estado de natureza quase que em termos de uma luta ou guerra (latente) entre animais selvagens, em que o homem é concebido como lobo do homem, Kant o concebe como um conflito entre pretensões de validade, como um conflito entre pretensões de direito que são erguidas por cada arbítrio considerado na perspectiva de um indivíduo na situação pré-estatal. Assim sendo, Kant concebe os indivíduos ao nível do direito privado como capazes de serem sujeitos de direitos mesmo anteriormente, em sentido lógico, à instituição do Estado e do aparato do direito público. Exatamente por conceber os arbítrios individuais como capazes de erguerem pretensões jurídicas, Kant concebe o Estado que deve ser chamado a dirimir os conflitos daí resultantes como um *Estado de direito*, de modo algum como um Estado despótico absolutista, como quer Hobbes. Em contraposição a Kant, concebendo o conflito reinante no estado de natureza nos moldes de um conflito entre animais sempre atormentados com o medo da morte violenta iminente, é completamente razoável para Hobbes propor que somente um governante absoluto, que imponha mais medo que os indivíduos no estado de natureza, possa ser a solução para esse problema.

Assim, segundo Kant, é preciso admitir que os indivíduos no estado de natureza são capazes de erguer pretensões de direito, mais especificamente, pretensões à propriedade, que, contudo, não passam ainda de posse provisória, idêntica à posse física. Em outras palavras, no estado de natureza, os indivíduos são capazes de erguer *apenas* pretensões de direito. O Estado aparece então como uma *garantia* da posse, uma garantia ausente no estado de natureza, fazendo com que ela se torne propriedade em sentido próprio da palavra. Contudo, essa maneira de falar ainda passa a impressão de que o Estado só aparece para *garantir um direito que já se tinha* no estado de natureza, como se o Estado não passasse de um mero elemento, de certo modo exterior, quase que acidental, constituinte do conceito de propriedade. Mas isso não é correto. *O conceito de direito à propriedade ou posse inteligível inclui o Estado com seu aparato coercitivo, de modo que esse direito só existe no estado civil.*

Para finalizar, gostaria de acrescentar uma passagem em que, no meu modo de ver, pode ser encontrada a concepção refletida de Kant a respeito da relação entre direito natural e direito positivo (M.d.S., AA 6: 306):

Podemos chamar a condição jurídica no primeiro estado [no estado de natureza] de direito privado e a condição jurídica no segundo estado [no estado civil] de direito público (grifos no original). Este último não contém mais deveres ou deveres dos homens entre si diferentes daqueles que podem ser pensados no primeiro; a matéria (grifado por mim) no direito privado é a mesma em ambos. Portanto, as leis do direito público só concernem à forma (grifado por mim) jurídica de sua associação (constituição), em vista da qual essas leis têm de ser pensadas necessariamente como públicas.

Resulta claro que, na passagem acima, Kant concebe a relação entre direito natural e direito positivo em termos aristotélicos. O primeiro é a matéria, o segundo, a forma. O primeiro é o *direito em potência*, o segundo é o *direito em ato*. O primeiro cria o problema jurídico, com as pretensões à propriedade erguidas pelos arbítrios individuais considerados na perspectiva do estado de natureza, ao passo que o segundo fornece as condições para dar conta do problema dirimindo legalmente os conflitos (de natureza jurídica) daí decorrentes. Com relação à questão proposta ao início, se é correto ou não dizer que para Kant só existe o direito positivo, podemos responder da seguinte maneira: a semente é a macieira em potência, mas eu só posso saborear o fruto da árvore em ato.

