

KANT E A COAÇÃO NO DIREITO DO ESTADO*

KANT AND COERCION IN THE STATE LAW

José Resende Júnior**

RESUMO: O artigo analisa a teoria de “direito do Estado” de Kant tendo como fio condutor o uso organizado da força, isto é, a coação estatal. Sustenta-se que o modo como Kant concebe a coação é chave para se compreender tanto as virtudes quanto as inconsistências de sua teoria do direito do Estado. Tendo isso em conta, inicialmente procura-se mostrar que o direito do Estado se define e se justifica em função da necessidade de uso de uma força organizada publicamente para proteger e efetivar os direitos naturais. Em segundo lugar, procura-se mostrar como se dá a organização da força pelo direito do Estado na proteção da posse inteligível que caracteriza cada um dos direitos naturais (real, pessoal e pessoal de tipo real). Em terceiro lugar, são analisadas as inconsistências da tese de Kant de que a autorização para coagir no direito do Estado pode ser extraída analiticamente. Na sequência, é analisada a possibilidade, não aventada por Kant, de coações positivas. Por último, é analisada a teoria criminal kantiana, que se revela como a parte mais frágil da teoria do direito do Estado, defendendo-se que a tese de Kant de um imperativo categórico da punição criminal é não só inconsistente como também incompatível com sua teoria do direito e, de modo geral, com os fundamentos de sua filosofia prática.

ABSTRACT: This paper analyzes Kant's theory of "state law" having as its guiding principle the organized use of force, that is, the state coercion. We argued that Kant's conception of coercion is key to understand the virtues and the inconsistencies of his theory of state law. From this, initially we try to show that the state law is defined and justified by the need to use a publicly organized force to protect and enforce natural rights. Secondly, we seek to show how is organized the force by the state law in the protection of the intelligible possession in each of the natural rights (real, personal and personal real type). Third, we analyze the inconsistencies of Kant's thesis that the authorization to coerce in the state law can be analytically extracted. In the sequence we analyzed the possibility, not proposed by Kant, of positive constraints. Finally we analyzed the kantian criminal theory, which reveals itself as the most fragile part of state law theory, arguing that Kant's thesis of a categorical imperative of criminal punishment is not only inconsistent but also incompatible with his theory of the law and, in general, with the foundations of its practical philosophy.

PALAVRAS-CHAVE: Kant. Coação. Direito do Estado. Direitos Naturais. Direito Criminal.

KEYWORDS: Kant. Coercion. State Law. Natural Right. Criminal Law.

SUMÁRIO: 1 Direito Público e Estado de Direito. 2 Direito do Estado. 2.1 Contrato Social, República e Justiça Distributiva. 2.2 Regulação e Efetivação da Posse. 2.2.1 Direito Real. 2.2.2 Direito Pessoal. 2.2.3 Direito Pessoal de Tipo Real. 2.3 Autorização Para Coagir como Princípio Analítico do Direito. 2.3.1 O Problema da Coação Positiva. 2.4 Direito Criminal. Considerações Finais. Referências.

1 DIREITO PÚBLICO E ESTADO DE DIREITO

O direito do Estado faz parte do que Kant chama de direito público. O “direito público” (*öffentliche Recht*) é definido como o “conjunto de leis que precisam de uma promulgação geral (*allgemeinen Bekanntmachung*) para produzir uma condição jurídica” (KANT, 1900, v. VI, p. 311)¹, ou seja, é o conjunto de normas artificialmente criadas pelos homens, tanto nacional

* Este trabalho decorre do projeto de pesquisa *Filosofia do direito na obra de Immanuel Kant*, vinculado ao grupo de pesquisa *Filosofia do direito (neo)kantiana* e foi financiado em parte pelo Fundo Mackenzie de Pesquisa.

** Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

¹ As referências das obras de Kant são da edição da Academia (*Akademieausgabe*). Com exceção do volume 27 (*Vorlesungen über Moralphilosophie*), todos os outros estão disponíveis online no endereço <<http://www.korpora.org/kant/>>. Todas as traduções são de minha responsabilidade.

quanto internacionalmente, aquilo que ordinariamente se entende por direito positivo. Diferente da acepção contemporânea do termo, para Kant, direito público é sinônimo de direito positivo.

O que essencialmente caracteriza o direito público é o uso organizado da força em sociedade. As normas positivas são o modo como, publicamente, deve ser instrumentalizado o uso da força em sociedade. E o que gera a necessidade de organização pública de uma força é a exigência moral de proteção e efetivação dos direitos naturais (*Naturrecht*). Para Kant, os direitos naturais são aqueles que não são criados, mas reconhecidos privadamente por qualquer pessoa na sua simples pretensão de autodeterminação,² por isso, também são chamados de “direitos privados” (*Privatrecht*) (KANT, 1900, v. VI, p. 210). Enquanto meras exigência morais de respeito à esfera de autodeterminação das pessoas, os direitos naturais demandam a implementação de uma força pública, instrumentalizada por meio do direito positivo, de modo a lhes fornecer efetividade. Na linguagem de Kant, tornar “peremptórios” (*peremptorische*) os direitos naturais que, por natureza, são “provisórios” (*provisorische*) (KANT, 1900, v. VI, p. 257).

Compreendidos desse modo, direito natural (privado) e direito positivo (público) não são coisas independentes no pensamento de Kant, mas se pressupõem e se definem mutuamente. Se, por um lado, a ideia de direito natural implica a exigência de constituição coletiva de uma força capaz de lhe dar efetividade, o que se faz por meio do direito positivo, por outro lado, as normas positivas só são compreensíveis como direito, e não meros usos arbitrários da força, em função da ideia de direito natural. Assim, o que legitima o uso da força pelo direito positivo é a sua articulação com o direito natural. O direito positivo constitui a parte externa do sistema de direito, a qual é estruturada em função da realidade histórica e social, mas que, para ser legítima, precisa expressar seu núcleo natural *a priori*, fornecendo-lhe proteção e efetivação. Essa imagem do sistema de direito formado por um núcleo e uma crosta é metaforicamente trabalhada por Kant como cérebro e cabeça a partir de uma fábula de Fedro: “Uma teoria do direito simplesmente empírica é (como a cabeça de madeira da fábula de Fedro)

² Este trabalho opera com a distinção estabelecida por Kant entre “autonomia” (*Autonomie*) (KANT, 1900, v. IV, p. 446-447; v. VI, p. 213; v. V, p. 33) e “livre arbítrio” (*freie Willkür*) (*arbitrium liberum*) (KANT, v. 2 III, p. 521; v. VI, p. 213). Autonomia é a capacidade que seres racionais têm de se representar uma lei de modo puramente racional e agir em função da mesma. Já o livre arbítrio é a capacidade que seres racionais têm de ponderar sobre as inclinações que os afetam e escolher qual será o móbil de sua ação, escolha essa que é a representação racional de uma lei. A autonomia, em função de sua universalidade formal, é o parâmetro da moralidade e estabelece os limites legítimos de atuação mútua entre os arbítrios. Para facilitar a análise, o termo “autodeterminação” será utilizado neste trabalho para se referir apenas à liberdade do arbítrio, enquanto o termo “autonomia” será reservado para a liberdade em sentido puro, ou seja, a capacidade de representação de uma lei de modo puramente racional.

uma cabeça, talvez bela, mas, infelizmente, falta-lhe cérebro.” (KANT, 1900, v. VI, p. 230). Na alegoria, o direito natural é o cérebro e o direito positivo é a cabeça.³

Articulado com o direito natural, o direito público cria o que Kant chama de “condição jurídica” (*rechtlichen Zustand*) (KANT, 1900, v. VI, p. 311), que ele define como uma “relação dos homens entre si, unicamente dentro da qual cada um pode fruir seus direitos” (KANT, 1900, v. VI, p. 305-306), noção essa que será decisiva para o desenvolvimento do conceito de “Estado de direito” (*Rechtsstaat*) na doutrina constitucional alemã.⁴ Em outros termos, o direito público estabelece as condições políticas necessárias para o exercício dos direitos naturais pelas pessoas.

Segundo Kant, são três os tipos de “condição jurídica” possibilitados pelo direito público: o “direito do Estado”, o “direito das gentes” e o “direito cosmopolitano” (KANT, 1900, v. VI, p. 311). O presente artigo circunscreve-se ao direito do Estado, ou seja, ao conjunto de normas e instituições positivadas em uma comunidade localizada de pessoas que, idealmente, deve possibilitar a fruição dos direitos naturais pelas mesmas. Já as relações jurídicas entre países e entre pessoas de diferentes países, que dizem respeito ao direito das gentes e ao direito cosmopolitano, serão analisadas em outra oportunidade.

57

³ Há muita discussão entre os comentadores sobre a relação entre direito natural (privado) e direito positivo (público) em Kant. De modo geral, a discussão gira em torno da independência entre os dois. Seria o direito natural de algum modo (existencial, lógico, moral) independente do direito positivo, ou o direito natural só pode ser pensado a partir da efetividade histórica do direito positivo? Há no texto de Kant passagens e ambiguidades que servem para sustentar as mais diversas interpretações, desde as mais juspositivistas até as mais jusnaturalistas. Para uma interpretação que defende que o direito natural pode ser pensado de modo independente do direito positivo, veja-se WILLIAMS, 2012, p. 70; BOBBIO, 2000, p. 135-140. Já para uma interpretação que defende que o direito natural só pode ser pensado a partir do direito público, veja-se WALDRON, 1996, p. 1535-1566; ESTEVES, 2012, p. 156-175; SAAGE, 1976, p. 207; GOYARD-FABRE, 2006, p. 144. BYRD; HRUSCHKA, 2010, p. 31 e 34.

⁴ Na expressão *rechtlichen Zustand* o termo “Zustand” pode ser traduzido em português por “situação”, “condição”, “conjuntura” ou “estado”. Essa ideia de uma “situação jurídica” terá grande influência no pensamento constitucional alemão na elaboração do conceito de “Estado de direito” (*Rechtsstaat*). Duas obras importantes no desenvolvimento da doutrina do Estado de direito, que reconhecem essa influência kantiana, são *Litteratur der Staatslehre – Ein Versuch* (1798), de Johann Wilhelm Petersen, que parece ter sido o primeiro a usar o termo “*Rechtsstaat*”, e *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (1832-33), de Robert von Mohl, que populariza o termo. Sobre a história e evolução da noção de Estado de direito, veja-se STOLLEIS, 1982, p. 367-375; BYRD; HRUSCHKA, 2010, p. 27.

2 DIREITO DO ESTADO

2.1 Contrato Social, República e Justiça Distributiva

As relações recíprocas entre pessoas submetidas a leis positivas denomina-se, segundo Kant, “*condição civil (status civilis)*”, e a estrutura social que se constitui com essas leis é o que se chama de “Estado (*civitas*)” (KANT, 1900, v. VI, p. 311). O conjunto dessas regras positivas, que estruturam a condição civil e formam o Estado, é a parte do direito público que Kant chama de “direito do Estado” (*Staatsrecht*) (KANT, 1900, v. VI, p. 311-342).

Apoiando-se na tradição contratualista, Kant utiliza a noção de contrato original (*ursprüngliche Kontrakt*) (KANT, 1900, v. VI, p. 315) para justificar a implementação do direito positivo na forma do Estado. Num suposto estado de natureza, em face da finitude e dos condicionamentos constitutivos das pessoas, os direitos naturais teriam apenas uma condição provisória, se reduzindo a meras exigências privadas universalmente reconhecíveis. Diante dessa insegurança e inefetividade dos direitos naturais, seres racionais finitos se veriam moralmente compelidos a organizar uma força comum para substituir a violência do estado de natureza, de modo a proteger e coordenar as esferas de autodeterminação de cada pessoa, o que nada mais é do que o exercício dos direitos naturais.

Do direito privado no estado de natureza procede o postulado do direito público: tu deves, por circunstância de uma inevitável coexistência com todos os outros, sair deste estado para entrar no Estado jurídico, ou seja, naquele de justiça distributiva. O fundamento deste postulado pode ser desenvolvido analiticamente a partir do conceito de *direito* nas relações externas, em oposição à violência (*violentia*) (KANT, 1900, v. VI, p. 307).

A organização dessa força comum é pensada por meio da ideia de um contrato original, como se, simultaneamente, cada pessoa de uma comunidade, procurando melhorar as suas condições de autodeterminação, promettesse se submeter a uma ordem comum.

Enquanto nos autores contratualistas observa-se uma certa ambiguidade em relação ao contrato original, que ora é pensado como um fato histórico, ora como mera hipótese teórica, para Kant não há dúvida de que esse contrato nunca aconteceu, nem poderia ter acontecido. Trata-se apenas de uma ideia regulativa da razão, que tem o efeito prático de tornar pensável o Estado e legítimo o uso da força por meio do direito positivo.



O ato pelo qual o povo mesmo se constitui num Estado é o *contrato original* (embora, propriamente falando, este seja apenas a ideia pela qual exclusivamente se pode pensar a legalidade do Estado) segundo o qual todos (*omnes e singuli*) no *povo* renunciam à sua liberdade externa para readquiri-la imediatamente enquanto membros de uma comunidade política, ou seja, enquanto membros do povo considerado como Estado (*universi*) (KANT, 1900, v. VI p. 315).

No texto *Sobre a expressão comum: isso pode ser correto na teoria, mas não vale na prática* (1793) Kant é ainda mais explícito: o contrato original é

apenas uma *simples ideia* da razão, a qual, entretanto, incontestavelmente, tem a sua realidade (prática): qual seja, vincular cada legislador a fazer leis como se fossem originadas da vontade unida de todo um povo, e considerar cada súdito, na medida em que deseja ser cidadão, como se tivesse consentido com uma tal vontade” (KANT, 1900, v. VIII, p. 297).

Nesse sentido, o contrato original não implica um ato conjunto dos indivíduos num dado momento histórico, mas apenas a exigência de que qualquer indivíduo que esteja desempenhando a atividade legislativa (que cria o direito positivo), o faça em conformidade com o dever universal de agir autonomamente, de tal modo que qualquer pessoa, buscando se autodeterminar, pudesse fazer do mesmo modo. Isso é o que Kant chama de “vontade unificada do povo” (*vereinigten Willen des Volkes*), que é a sua versão deontologicamente esclarecida da vontade geral de Rousseau.

O poder legislativo só pode pertencer à vontade unificada do povo. (...) Somente a vontade concordante e unificada de todos, portanto, na medida em que cada um decida a mesma coisa sobre todos e todos sobre cada um, isto é, a vontade popular universalmente unificada, pode ser legisladora (KANT, 1900, v. VI, p. 313-314).

Assim, para Kant, não interessa quem elabora as normas do direito positivo, seja um monarca, um grupo de indivíduos ou todos os indivíduos numa assembleia democrática. O importante é que as normas do direito positivo, que instrumentalizam o uso público da força, tenham sido criadas em articulação com o direito natural, visando lhes conferir efetividade e proteção, ou seja, proteger e coordenar a esfera de autodeterminação de todas as pessoas entre si. Um governo que age desse modo, independente da sua forma (monárquico,⁵ aristocrático,

⁵ Ao invés de *monarquia*, Kant prefere a expressão *autocracia*. Enquanto o autocrata é descrito como o soberano despótico, o monarca seria apenas o representante da autoridade soberana (KANT, 1900, v. VI, p. 338-339). Trata-se, entretanto, de uma distinção frágil, que é explicada pelo fato de que Kant vivia sob a monarquia absolutista de Frederico II, exemplo típico de déspota esclarecido do século XVIII europeu, que governavam com mão de ferro ao mesmo tempo em que flertava com o liberalismo e a filosofia iluminista. Diante disso, para evitar problemas políticos, Kant reveste a figura do monarca com um verniz republicado opondo-o ao despotismo do autocrata.

democrático, etc) é o que Kant chama de governo republicano, já aquele governo que age contra os princípios do direito natural, independente da sua forma, é chamado de despótico (KANT, 1900, v. VI, p. 339). O legítimo exercício do poder legislativo, independente de quem de fato o exerça, é aquele que está de acordo com o legítimo exercício da autodeterminação de qualquer pessoa. Compreendida desse modo, Kant afirma que a república é o único modo de governo em que a lei governa, independente da vontade de quaisquer indivíduos, ou seja, é o modo de governo no qual as normas coincidem com aquelas que quaisquer pessoas se dariam se estivessem se autodeterminando legitimamente. Nesse sentido, resume Kant, a república é a única forma de governo que tem como princípio a liberdade (KANT, 1900, v. VI, p. 340-341).

Quando o direito positivo, no uso público da força que o caracteriza, consegue minimamente proteger e efetivar os direitos naturais, ou seja, se constrói de modo republicano, tem-se o que Kant chama, retomando a tradição aristotélica, de “justiça distributiva” (*iustitia distributiva*) (KANT, 1900, v. VI, p. 297). Num estado de natureza, onde não houvesse uma força pública constituída, a única forma de justiça possível seria a “justiça comutativa” (*iustitia commutativa*) (KANT, 1900, v. VI, p. 297 e 302), a qual se realizaria se, em face do dever de agir autonomamente compartilhado por todas as pessoas, a busca por autodeterminação de cada pessoa estivesse em harmonia com a busca por autodeterminação de todas as outras. Contudo, por causa da finitude e dos condicionamentos constitutivos da condição humana, é impossível alcançar a justiça comutativa. Condicionamentos físicos, psíquicos, sexuais, econômicos, culturais, ideológicos, etc., levam inevitavelmente a conflitos entre as pessoas, o que se traduz numa ofensa à esfera legítima de autodeterminação das pessoas. Assim, a única justiça que pode ser realizada pelos homens é a distributiva. Nessa, por meio da organização pública da força, são usados condicionamentos fenomênicos como instrumentos para resguardar a esfera de autodeterminação dos indivíduos.

60

2.2 Regulação e Efetivação da Posse

A primeira função do direito do Estado é proteger e efetivar os direitos naturais. Tecnicamente isso é feito através da regulação da posse inteligível (*intelligibler Besitz*) (*possessio noumenon*), que para Kant é o núcleo de todo direito natural. A posse inteligível é definida em oposição à posse sensível (*possessio pharnomenon*) (KANT, 1900, v. VI, p. 249). Enquanto a posse sensível se caracteriza pela detenção física de algo, a posse inteligível se

caracteriza pela disponibilidade de uso que intelectualmente uma pessoa tem sobre algo. Para Kant, essa disponibilidade inteligível é o que constitui o conceito jurídico de posse, sendo a posse empírica um mero acidente daquela. A posse inteligível é a condição de possibilidade do exercício de qualquer direito natural.

A partir da noção de posse inteligível Kant distingue e analisa três direitos naturais: “direito real”, “direito pessoal” e “direito pessoal de tipo real” (KANT, 1900, v. VI, p. 249-284). Em cada um desses, o direito positivo deve ser instituído em função do modo como se configura a posse inteligível.

2.2.1 *Direito Real*

O direito real é o direito natural que as pessoas, entre si, têm em relação aos objetos (coisas) de seus arbítrios (KANT, 1900, v. VI, p. 255-257). Nesse caso, a posse inteligível se dá sobre coisa externa, de modo que o uso da força pelo direito positivo deve ter por finalidade a proteção da posse legítima de coisas externas. Originalmente, do ponto de vista do conceito de direito real, todas as pessoas compartilham a posse inteligível sobre qualquer coisa que possa ser usada como meio de autodeterminação. Como pessoas humanas são constituídas por todo tipo de condicionamento, esse compartilhamento da posse inteligível leva, inevitavelmente, a conflitos, de modo que o desafio do direito positivo não é distribuir as coisas para as pessoas, mas sim regular e organizar o uso que as pessoas fazem das coisas tendo em vista a otimização das condições de autodeterminação de todas.

O aparato normativo e institucional por meio do qual o direito positivo regula o direito real é o que normalmente se chama de “propriedade”⁶ no mundo do direito (KANT, 1900, v. VI, p. 269). Essa regulação promovida pela propriedade se dá por meio de regras positivas dotadas de sanção que buscam criar artificialmente uma exclusividade temporária para o uso legítimo de uma coisa por alguém.

Para exemplificar essa exclusividade, veja-se o caso do direito à moradia. Em nossas condições atuais de existência, um elemento fundamental para a autodeterminação de qualquer

⁶ Kant não é rigoroso com a terminologia no direito real. No início de suas análises sobre o direito privado, a expressão utilizada para se referir à posse de algo externo é “meu e teu” (*Mein und Dein*). Posteriormente, quando se aproxima da análise do direito público, é introduzido o termo “propriedade” (*Eigentum (dominium)*), geralmente associado às regras do direito positivo usadas na regulação do direito real.

pessoa é a moradia. Todos precisam de um lugar para morar, se proteger, descansar e que permita acesso à cidade, ao trabalho, à educação, aos equipamentos públicos mínimos necessários para o seu desenvolvimento como cidadão. Como é fisicamente impossível que todos morem no mesmo lugar, são necessárias regras de uso do solo e de convivência, o que implica a possibilidade de se usar a força contra alguém para garantir o gozo da moradia pelo legítimo possuidor. Observe-se que esse uso da força só será legítimo se ele procurar, dadas as circunstâncias, otimizar a possibilidade de autodeterminação de cada um dos membros da sociedade. Isso mostra que o direito de propriedade, entendido como proteção positiva do direito real, não é absoluto. O Estado não é simplesmente o cão de guarda do direito real, mas deve agir no sentido de corrigir o sistema de propriedade, de modo que este sirva não para dificultar, mas para otimizar as condições de autodeterminação das pessoas.⁷ Nesse sentido, a proteção do direito positivo dada a alguém que compra imóveis e os deixa vazios com a única finalidade de especular no mercado imobiliário, não se mostra legítima. Lido desse modo, é possível usar Kant para legitimar figuras contemporâneas de correção das relações de propriedade, como o princípio da função social da propriedade, a tributação progressiva, IPTU progressivo, etc.

62

2.2.2 *Direito Pessoal*

O direito pessoal é o direito natural que uma pessoa tem sobre outra em função de uma promessa desta, de modo que é possível exigir que ela faça ou deixe de fazer alguma coisa. Trata-se aqui do fundamento dos contratos. A posse inteligível nesse caso não é sobre a pessoa, mas sobre a sua promessa. Para que o contrato seja juridicamente legítimo, a transmissão da promessa e a sua aceitação devem se dar por vontade simultânea e livre das partes (KANT, 1900, v. VI, p. 271-276).

Aqui, a função do direito positivo é garantir e dar efetividade para a posse inteligível da promessa transferida no contrato, o que se faz por meio de regras com previsão de sanção. É o que acontece, por exemplo, com alguém que tem um bem sequestrado por um órgão estatal em

⁷ Existem várias leituras do direito real em Kant que enfatizam o Estado como um mero garantidor da propriedade. Veja-se, por exemplo: VUILLEMIN, 1994, p. 31; KERSTING, 1994, p. 339. Para uma discussão política sobre as várias interpretações desse ponto, veja-se PERES, 2004, p. 76-81. Em todo caso, acredito que a leitura que aqui proponho, que vê a propriedade não como algo em si, mas como um instrumento para proteger e otimizar a esfera de autodeterminação das pessoas, é a mais condizente com o espírito da obra de Kant.

função de uma cláusula penal por não cumprimento de uma obrigação num contrato de prestação de serviço. Aqui, também, o uso da força pelo direito positivo só será considerado legítimo se visar, em última instância, a autodeterminação dos indivíduos.

2.2.3 *Direito Pessoal de Tipo Real*

O direito pessoal de tipo real é o direito natural que pessoas possuem entre si em função do estado de uma em relação à outra. Em muitas situações, as condições existenciais de uma pessoa (físicas, sociais, econômicas, psíquicas, sexuais, etc) implicam dependência em relação a outra pessoa e, ao mesmo tempo, responsabilidade desta no fornecimento das condições de autodeterminação daquela (KANT, 1900, v. VI, p. 276). A partir de sua realidade histórica, Kant analisa três tipos de relações de direito pessoal de tipo real: matrimoniais, paternais e de criadagem (KANT, 1900, v. VI, p. 277-284), entretanto, pode-se incluir aí qualquer tipo de relação assimétrica entre pessoas decorrente de diferentes condições existenciais que as vinculem.

No caso do direito pessoal de tipo real, o uso da força pelo direito positivo deve ter por finalidade a proteção da posse legítima sobre o estado do outro em relação a mim. Isso significa que é possível o uso institucionalizado da força entre pessoas que estão vinculadas existencialmente, sendo que aquilo que legitima esse uso da força é a proteção e o fornecimento das condições existenciais de autodeterminação de todos os envolvidos. É o que se observa, por exemplo, quando uma mãe recorre a órgãos estatais para internar a força um filho durante um surto psicótico, ou então nas ações alimentares entre membros de uma família.

Apesar de Kant só ter analisado situações domésticas, esse uso público da força pelo direito positivo pode ser legitimado pelo direito pessoal de tipo real em outros tipos de relações, por exemplo, nas relações trabalhistas, as quais não podem ser classificadas como direito pessoal, pois há subordinação de um dos lados, sendo necessário analisar, diante das condições materiais e da organização econômica, em que grau e como se justifica o uso da força pelo direito positivo de modo a otimizar as condições de autodeterminação de todas as pessoas envolvidas.

2.3 Autorização Para Coagir como Princípio Analítico do Direito

Um ponto muito discutido na literatura kantiana, diretamente ligado ao direito do Estado, diz respeito à necessidade de uso da coação pelo direito. O núcleo dessa polêmica é a tese defendida por Kant de que a “autorização para coagir” (*Befugnis zu zwingen*) (KANT, 1900, v. VI, p. 231) é uma característica fundamental do direito que decorre de uma exigência analítica.⁸ Ou seja, independente das condições reais, históricas e sociais em que vivem as pessoas, a autorização para coagir os indivíduos decorreria de uma necessidade implicada no próprio conceito de direito. Em termos lógicos, isso significa dizer que a necessidade de uso da força pelo direito contra quem o viola seria demonstrada com a simples aplicação do princípio da contradição. Tal como a negação da proposição “o triângulo tem três ângulos” gera contradição, a negação da necessidade de coagir no direito também seria contraditória.⁹

Segue a principal passagem da *Doutrina do Direito* em que Kant procura extrair analiticamente a autorização de uso da força para coagir no direito:

A resistência que se opõe a um obstáculo de um efeito promove esse efeito e concorda em ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. A coerção, entretanto, é um obstáculo ou resistência a que a liberdade aconteça. Logo, quando um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), então a coerção que a ele se opõe, enquanto *impedimento* de um *obstáculo da liberdade*, é conforme à liberdade de acordo com leis universais, isto é, é justa. Portanto, ao mesmo tempo, está ligada ao direito, pelo princípio da contradição, uma autorização para coagir alguém que o viola (KANT, 1900, v. VI, p. 231).

Na segunda parte da *Metafísica dos Costumes*, numa passagem da *Doutrina da Virtude*, Kant é ainda mais explícito:

X - O princípio da doutrina do direito era analítico; o princípio da doutrina da virtude é sintético

De acordo com o princípio da contradição, fica claro que a coerção externa pode conviver com fins em geral, na medida em que ela é uma resistência contra o obstáculo da liberdade externa de acordo com leis universais (um obstáculo contra o próprio obstáculo); e não é preciso ir além do conceito de liberdade para enxergar isso, independente do fim que cada um possa ter. Portanto, o *princípio supremo do direito* é uma proposição analítica (KANT, 1900, v. VI, p. 396).

⁸ Sobre essa discussão, veja-se MULHOLLAND, 1990, p. 243; GUYER, 2005, p. 198-242.

⁹ Segundo a lógica clássica, há contradição quando algo é afirmado e negado ao mesmo tempo na mesma relação. No exemplo do texto, dizer que “triângulo não tem três ângulos” é dizer que “A é não A”. Diante do princípio da contradição, algo é possível quando não implica contradição, algo é impossível quando implica contradição e algo é necessário quando sua negação é impossível ou implica contradição.

Basicamente Kant argumenta que, analisando o conceito de direito, extrai-se que uma força externa que embaraça o exercício da liberdade implica logicamente a necessidade de uma segunda força externa para neutralizar a primeira, permitindo o exercício da liberdade.

Como observa Paul Guyer, esse não parece ser um raciocínio analítico, mas a descrição de uma relação de forças (GUYER, 2002, p. 223-230). Kant estaria cometendo o erro que havia denunciado anteriormente no ensaio *Tentativa de Introduzir o Conceito de Grandeza Negativa na Sabedoria em Geral* (1763) (KANT, 1900, v. II, p. 171): estaria confundindo relações reais com relações lógicas. No caso, estaria confundindo uma oposição real de forças com a relação lógica de contradição.

Depois de tanto insistir, ao longo de sua carreira, que os juízos analíticos se limitavam às verdades formais da lógica, e que toda ciência dependia de juízos sintéticos, é no mínimo estranha essa pretensão de Kant de resolver uma questão capital para o direito (a autorização para o uso coativo da força) por meio de um juízo analítico.

Diante dessa dificuldade, Paul Guyer afirma que o pensamento de Kant deveria ser corrigido nesse particular, pois se trataria, na verdade, de um juízo sintético (GUYER, 2002, p. 229-230). Solução esta que é apoiada por certas passagens, como por exemplo o parágrafo E da introdução da *Metafísica dos Costumes*, onde Kant sugere que a necessidade de uso coativo da força no direito é sintética quando pensa analogicamente o conceito de direito com exemplos da construção de conceitos na física e na matemática:

A lei de uma coerção recíproca que está necessariamente de acordo com a liberdade de todos sob o princípio da liberdade universal é, por assim dizer, a *construção* daquele conceito, ou seja, a sua apresentação numa intuição pura *a priori*, por analogia com a possibilidade do movimento livre dos corpos sob a lei da *igualdade da ação e reação*. Tal como na matemática pura não derivamos as propriedades de seus objetos diretamente dos conceitos, mas só podemos descobri-las através da construção de conceitos, analogamente, não é tanto o *conceito* de direito que possibilita a sua exposição, mas antes a coerção com ele coincidente, plenamente recíproca e igual, que é submetida a leis universais (KANT, 1900, v. VI, p. 232-233).

Mas independente dessa imprecisão no pensamento de Kant, seja a autorização para usar a força no direito analítica ou sintética, e mesmo que a razão esteja com Paul Guyer (o que me parece ser o caso), o fato é que Kant não concebe o direito sem a possibilidade de coação. Isso é algo que também pode ser observado em outras esferas do seu pensamento, por exemplo, na sua análise das formas de governo no texto *Antropologia do ponto de vista pragmático* (1798),

na qual as forma de governo são classificadas a partir da combinação entre lei, liberdade e poder:

- A. Lei e liberdade sem poder (Anarquia).
- B. Lei e poder sem liberdade (Despotismo).
- C. Poder sem liberdade nem lei (Barbárie).
- D. Poder com liberdade e lei (República) (KANT, 1900, v. VII, p. 330-331).

Essa classificação sugere que a única forma de governo viável e justa é a república. Despotismo e barbárie seriam formas viáveis, mas não justas. Já a anarquia seria justa, mas não viável. Ou seja, a anarquia, como uma forma de governo na qual o direito dispensa a coação, não seria possível, mas apenas pensável por combinação lógico formal. Em outros termos, anarquia seria um conceito vazio.

2.3.1 O Problema da Coação Positiva

A partir do que se viu no tópico anterior, observa-se que para Kant a coação do direito se traduz pela capacidade do poder público de causar algum tipo de lesão, seja física, moral, econômica, etc, e com isso influenciar o comportamento do indivíduo. Pelo menos na *Metafísica dos Costumes* não há nenhuma consideração sobre outra estratégia jurídica para influenciar o comportamento dos indivíduos que não seja a capacidade pública de lesão.¹⁰ O porquê dessa limitação, entretanto, é algo que não fica claro no texto.¹¹

Por que não é possível o uso de sanções positivas, como recompensas e prêmios, para induzir os indivíduos a agirem conforme prescrito pelo direito? Tal como a ameaça de lesão, a promessa de recompensa é uma forma de manipular as inclinações das pessoas de modo a fazer com que suas ações sejam compatíveis com as esferas de autodeterminação das outras, e, assim, sejam justas. Por que uma coação por ameaça de dor é tão diferente de uma persuasão por promessa de prazer? Do ponto de vista da filosofia prática kantiana não parece haver diferença, pois ambas dizem respeito ao âmbito das inclinações, ou seja, os condicionamentos físicos, psíquicos, sexuais, culturais, econômicos, etc, que nos constituem. Nesses termos, parece que

¹⁰ Nos cursos de Kant sobre filosofia moral, reunidos no volume 27 das obras completas, encontram-se notas de alunos dando conta de observações do filósofo sobre a possibilidade de coações positivas, por exemplo, Collins (KANT, 1900, v. XXVII, p. 288) e Vigilantius (KANT, 1900, v., XXVII, p. 548), contudo, essas notas não permitem afirmar que Kant considerava a coação positiva como parte do seu sistema de direito.

¹¹ Sobre este ponto, veja-se HOFFMAN, 2015, p. 118-125.



a teoria do direito kantiana, desenvolvida de modo consistente, deve incluir a possibilidade de sanções positivas no direito do Estado.

2.4 Direito Criminal

O direito criminal é a última parte do direito do Estado,¹² sendo composto pelo “direito penal” (*Strafrecht*) e pelo “direito de indulto” (*Begnadigungsrecht*). Introdutoriamente, Kant define o direito penal como o direito do soberano de causar dor (*Schmerz*) a um cidadão por causa de um crime (*Verbrechens*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331). Já o direito de indulto é definido como o direito que o soberano tem de diminuir ou perdoar a pena de um crime praticado contra ele (KANT, 1900, v. VI, p. 337).

Antes de analisar os detalhes desse pretensão direito do soberano de causar dor e de indultar, a primeira dificuldade é entender o que define algo como crime (*Verbrechen*). Inicialmente Kant afirma que um crime é uma “violação da lei pública” (*Übertretung des öffentlichen Gesetzes*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331), podendo essa violação ser particular, quando atinge indivíduos particulares, ou coletiva, quando atinge toda a comunidade. No primeiro caso, como numa fraude numa compra e venda, o crime seria levado à justiça civil (*Zivilgerechtigkeit*), no segundo caso, como numa falsificação de dinheiro, o crime seria levado à justiça criminal (*Kriminalgerechtigkeit*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331). Mas independente de ser uma ofensa particular ou coletiva, o problema é que Kant não esclarece em que consiste essa “violação da lei pública”. Não fica claro quando e em que circunstâncias uma conduta viola a lei pública tornando-se crime. Kant não explicita a diferença entre uma simples conduta ilegal, como uma infração de trânsito, suscetível à coação genérica que caracteriza o direito do Estado, e uma conduta criminosa e suscetível a um tipo especial de sanção chamado de pena. Além disso, como Kant começa sua análise do direito criminal referindo-o ao poder soberano, não fica claro se o que ele chama de “lei pública” se refere apenas ao direito do Estado, ou se

67

¹² Na literatura kantiana sobre o direito criminal é possível distinguir três vertentes. Em primeiro lugar, aqueles que defendem a consistência do retributivismo de Kant, por exemplo, POTTER, 1998, p.169-190. Em segundo lugar, aqueles que defende que uma posição puramente retributiva não é consistente e tentam complementá-la com posições dissuasivas e reabilitadoras, as quais estariam implícitas no pensamento de Kant, por exemplo, BYRD, 1989, p. 151-200; RIPSTEIN, 2009; HOFFMAN, 2015. Por último, aqueles que defendem que a filosofia prática de Kant, corretamente compreendida, é incompatível com teorias criminais retributivas, por exemplo, MURPHY, Jeffrie G. Does Kant Have a Theory of Punishment? *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, 1987, p. 530; MERLE, 2000, p. 311-338.



engloba as outras formas de direito público (direito das gentes e direito cosmopolitano). Se a lei pública é o próprio direito público, então toda conduta que viola qualquer norma de direito positivo, incluindo normas internacionais, é uma conduta criminosa, o que leva a uma hiperinflação do direito criminal, a qual não parecia estar nos planos de Kant.

Também não fica claro se essa violação da lei pública precisa decorrer de uma intenção deliberada, ou seja, se precisa haver dolo para configurar o crime. Na *Introdução à Metafísica dos Costumes* Kant escreve:

“Uma violação *não-intencional* (*unvorsätzliche*) que ainda é imputável ao agente é chamada de uma mera *culpa* (*culpa*). Uma violação *intencional* (*vorsätzliche*) (isto é, aquela acompanhada da consciência de ser uma violação) é chamada de *crime* (*dolus*)” (KANT, 1900, v. VI, p. 224).

Essa passagem sugere que só há efetivamente crime quando há dolo, o que é reforçado pelo fato de que Kant, em todas as análises sobre direito criminal na *Metafísica dos Costumes*, só trata de exemplos e tipos dolosos. Nesse sentido, não fica claro em que consiste a imputação das transgressões culposas, se elas seriam passíveis de punição criminal ou apenas da coação genérica que caracteriza o direito do Estado.

Sem esclarecer o que define uma conduta como criminosa, Kant passa para a análise da pena (*Strafe*). Segundo o filósofo, uma conduta criminosa implica moralmente o merecimento de uma punição. Ou seja, a pena deve ser aplicada ao criminoso simplesmente porque “ele cometeu um crime” (*weil er verbrochen*) (KANT, 1900, v. VI, p.331). Nesse sentido, o ato criminoso geraria analiticamente a obrigação moral de puni-lo, independente de considerações sobre as consequências ou finalidades da pena. Procurando demonstrar essa analiticidade da pena Kant afirma que “a lei da punição é um imperativo categórico” (*Das Strafgesetz ist ein kategorischer Imperativ*) (KANT, 1900, v. VI, p. 331). Tem-se aí, nessa passagem, o núcleo da teoria criminal retributiva de Kant. Todavia, ao contrário do que sugere o filósofo, essa implicação lógica da obrigação de retribuir o mal não é nem um pouco clara. Dizer simplesmente que “a lei da punição é um imperativo categórico” pouco ajuda.

Na filosofia prática de Kant o imperativo categórico é a formulação proposicional da liberdade entendida como autonomia. Seres racionais finitos (pessoas) são efetivamente livres quando se representam e agem em função de uma lei puramente racional, independente de qualquer tipo de condicionamento (físicos, psíquicos, culturais, econômicos, etc.). Como se trata de uma lei puramente formal, ela é exatamente a mesma para qualquer pessoa agindo



autonomamente, o que fornece o parâmetro absoluto da moralidade. Agir autonomamente é agir do mesmo modo que qualquer pessoa agiria se estivesse sendo autônoma, nesse sentido, ser livre é ser moral. Sendo incompreensível fenomenicamente, essa lei se coloca, do ponto de vista prático, como um dever, o qual Kant formula de vários modos, por exemplo: “Age somente segundo a máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne universal” (KANT, 1900, v. IV, p. 421), ou então “Age de tal maneira que trates a humanidade, seja na sua pessoa ou na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como simples meio” (KANT, 1900, v. IV, p. 429) e ainda “*age externamente de modo que o livre uso de seu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*” (KANT, 1900, v. VI, p. 231).

Apesar de Kant afirmar que “a lei da punição é um imperativo categórico”, ele não formula esse imperativo. O máximo que se tem são enunciações particulares do que seria esse imperativo aplicado ao crime de homicídio: “matar ilegalmente alguém deve ser punido com a morte” (KANT, 1900, v. VI, p. 335-336), ou então “todos os assassinos, que cometeram, ordenaram ou contribuíram para o assassinato, devem sofrer a morte” (KANT, 1900, v. VI, p. 334). Quando se analisa esses enunciados o que se observa é apenas uma suposta obrigação de retribuir um mal causado por um crime, o que a princípio não parece ter qualquer relação com a exigência de agir autonomamente do dever que caracteriza o imperativo categórico. Se essa lei da punição deve ser interpretada na mesma linha do imperativo categórico, então Kant está sugerindo que punir o criminoso é um ato de liberdade, uma conduta praticada por dever, que coincide com a exigência de agir autonomamente de qualquer pessoa, incluindo o próprio criminoso. Isso, entretanto, não é nada óbvio. É com se faltasse uma parte do argumento. De um lado tem-se o imperativo categórico como exigência de ação autônoma, de outro lado tem-se o pretenso imperativo categórico da punição como exigência de punir retributivamente atos criminosos, mas entre eles não parece haver uma conexão lógica. Mesmo que se entenda o crime como algo que ofende a liberdade como autonomia, não fica claro porque a sua punição retributiva é uma exigência dessa mesma liberdade ofendida.

A dificuldade para se compreender esse imperativo categórico da punição é agravada pelo fato de que, segundo Kant, a punição criminal só pode ser aplicada pelo Estado, através de um tribunal, e nunca por um julgamento particular (KANT, 1900, v. VI, p. 331-332). Em toda a filosofia prática de Kant o imperativo categórico diz respeito à consciência individual deliberativa de pessoas, todavia, no direito criminal, nos é apresentado um imperativo

categórico específico para o Estado, como se esse fosse uma macro pessoa moral. Apesar de uma certa ambiguidade de Kant quando trata do direito das gentes e cosmopolitano, a ideia de uma entidade política dotada de personalidade autônoma não é desenvolvida em nenhuma parte de sua obra, mesmo porque é incompatível com o seu pensamento. Assim, se era obscura a ideia de um imperativo categórico da punição, mais obscura ainda é a ideia de que se trata de um imperativo para o Estado, o qual não só estaria autorizado, mas obrigado moralmente a punir as faltas morais de seus cidadãos.¹³

Depois dessa intrincada defesa desse suposto imperativo categórico da punição, Kant passa a analisar o critério de determinação da pena. Segundo o filósofo, o único critério juridicamente objetivo para se determinar uma pena criminal é o princípio da igualdade (*Prinzip der Gleichheit*) ou *jus talionis* (KANT, 1900, v. VI, p. 332), pelo qual a pena a ser aplicada ao criminoso deve ter a mesma qualidade e a mesma quantidade do crime praticado. Todos os outros critérios seriam arbitrários e variariam com as contingências política e ideológicas de cada momento e realidade histórica. Nesse sentido, um crime de cárcere privado que durou 10 dias deve ser punido com o encarceramento do criminoso por 10 dias, um crime de dano que cause um prejuízo de 1.000,00 reais à vítima deve ser punido com uma multa de 1.000,00 reais, um crime de homicídio deve ser punido com a morte, e assim em diante. Nos exemplo analisados por Kant (KANT, 1900, v. VI, p. 332, 333) observa-se que ele tem consciência da dificuldade em estabelecer a exata qualidade e proporção da pena. É que se observa na hipótese de um crime de furto em que o criminoso não tem recursos para arcar com o valor do prejuízo causado, situação para a qual Kant sugere a aplicação de uma pena de trabalhos forçados (KANT, 1900, v. VI, p. 333). Outro exemplo, é o crime de estupro, para o qual Kant sugere a castração (KANT, 1900, v. VI, p. 363). O que está por traz dessa dificuldade é a diferença entre as dimensões noumênica e fenomênica. Uma coisa é a exigência formal (noumênica) de retribuição pelo princípio da igualdade (supondo que esse imperativo categórico seja consistente), outra coisa é como se traduz essa exigência em face das determinações e condicionamentos fenomênicos. Em termos fenomênicos, uma pena nunca terá a exata qualidade e quantidade da ofensa criminal. O simples fato de ser aplicada num momento posterior ao crime já impossibilita a plena igualdade, sem contar as outras inumeráveis diferenças nas condições de sua aplicação, como ambiente, procedimento, instrumentos,

¹³ Sobre esse pontos, veja-se HOFFNAN, 2015, p. 2 e 139.

intensidade, etc. Diante disso, o desafio do direito do Estado, em sua esfera criminal, não é aplicar a pena na exata quantidade e qualidade da ofensa, pois isso é impossível, mas sim buscar a máxima aproximação a partir das condições históricas e sociais, ou, nos termos de Kant, “se não conforme a letra, pelo menos com o espírito da lei penal” (*wenn gleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geiste des Strafgesetzes*) (KANT, 1900, v. VI, p. 363).

Outro difícil ponto na teoria criminal kantiana diz respeito ao direito de indulto. Como se viu, segundo Kant, faz parte do direito criminal o direito do soberano de conceder indulto, ou seja, diminuir ou perdoar uma pena, mas apenas nos crimes praticados contra ele. Esse seria o único direito que pode ser chamado de “direito de majestade” (*Majestätsrechts*) (KANT, 1900, v. VI, p. 337). Quando se analisa a *Doutrina do direito* como um todo, parece claro que quando Kant fala de soberania ele não está tratando de um suposto direito absoluto e divino do monarca, mas sim da vontade unida do povo, da qual o monarca é apenas o representante (KANT, 1900, v. VI, p. 339). Se isso está correto, o problema então é saber em que consiste um crime contra a vontade unida do povo. Seria talvez um crime político, isto é, um crime que visa em última instância destruir a estrutura política? Além disso, é incógnito de onde Kant extrai essa discricionariedade do soberano para atenuar ou perdoar uma pena tendo como único critério a sua majestade. Se ele insiste tanto na imperatividade retributiva da pena criminal, por que em relação à soberania haveria discricionariedade? Kant simplesmente deixa em aberto essas questões, limitando-se a comentar laconicamente que o direito de indulto é o “mais escorregadio” (*schlüpfrigste*) dos direitos que cabe ao soberano exercer (KANT, 1900, v. VI, p. 337).

Mas independente de tudo o que foi dito até aqui, a parte mais famosa da teoria criminal kantiana é a sua crítica à teoria penal utilitarista. Por “teoria penal utilitarista” entende-se toda teoria que defende que o direito criminal só se justifica se ele tem alguma utilidade, seja para a sociedade (dissuasão e prevenção de crimes, segurança, paz, otimização do bem comum) ou para o criminoso (ressocialização, educação).

Até o século XVIII europeu, apesar das construções teóricas que procuraram justificar a pena criminal em função de alguma utilidade, o direito criminal ainda era predominantemente marcado pelo princípio da vingança. De modo mais ou menos consciente, entendia-se que uma das funções básicas do Estado era assumir e monopolizar a responsabilidade pela vingança, de modo que o direito criminal era visto como instrumento de vingança, o que se refletia na crueldade, desproporcionalidade e inutilidade de muitas das penas. Na segunda metade do

século XVIII, dentro do iluminismo e do utilitarismo inglês, ganham força as teses de que o direito criminal não deve ser vingativo, pois vingança é um impulso primitivo e passional do homem e o Estado não deve se pautar por princípios irracionais. No lugar da pulsão irracional da vingança, esses autores vão procurar justificar o direito criminal na utilidade social.

Criticando essa forma de pensar, e citando explicitamente o Marquês de Beccaria, Kant defende que sempre que a pena criminal utilitaristicamente visa algum fim, por mais nobre que seja, há ofensa à dignidade da pessoa humana, pois esta é reduzida a uma coisa que é usada como meio para se atingir aquele fim (KANT, 1900, v. VI, p. 331 e 334).

Na base dessa crítica está a conhecida distinção kantiana entre pessoa (*Person*) e coisa (*Sache*) (KANT, 1900, v. VI, p. 223). Pessoa é qualquer entidade capaz de agir por dever, ou seja, de agir autonomamente, o que faz com ela seja vista como um fim em si mesmo e tenha com atributo fundamental a dignidade (*Würde*). Já uma coisa, por contraste, é qualquer entidade que não é capaz de agir autonomamente, e que, portanto, pode ser usada como meio de autodeterminação de pessoas, ou seja, tem utilidade, o que lhe confere o atributo de preço (*Preis*) (KANT, 1900, v. IV, p. 429-434).

Para Kant, toda teoria penal utilitarista se reduz a um cálculo para realizar ou otimizar algum tipo de fim, o que só pode ser feito porque elas desconsideram a dignidade da pessoa e a tratam como uma coisa que tem preço, que é fungível, e que por isso pode ser usada, substituída, consumida, destruída, negociada, etc. Em outros termos, teorias penais utilitaristas coisificam o homem. Como o seu critério de justiça é a utilidade, essas teorias podem, por exemplo, chegar à conclusão de que é justo punir um inocente ou não punir um culpado se isso trouxer o maior benefício possível para a sociedade. Contra isso, Kant enfaticamente afirma que pessoa não tem preço, mas sim dignidade, o que implica que o criminoso deve ser reconhecido em sua singularidade e a pena aplicada exclusivamente em função do seu ato (KANT, 1900, v. VI, p. 331-332). Se a pena gera algum benefício, para a sociedade ou para o criminoso, isso é algo secundário, que jamais deveria influenciar a determinação e aplicação da pena.

Apesar da fama, essa crítica de Kant às teorias penais utilitaristas tem pouco a ver com o núcleo retributivo de sua teoria criminal. Kant até pode ter razão quando afirma que todas as teorias penais utilitaristas correm o risco de desumanizar o homem, reduzindo-o a uma coisa.



Mas mesmo que isso seja verdade, o que não é nem um pouco pacífico,¹⁴ isso não demonstra a necessidade da retribuição, mas apenas aponta problemas e limitações nas teorias utilitaristas. Demonstrar que teorias utilitaristas produzem penas injustas não prova que uma teoria criminal justa só pode ser retributiva. Com isso, a teoria criminal kantiana fica precariamente apoiada apenas na obscura defesa de uma imperatividade retributiva do crime.

Diante do exposto, pode-se concluir que a teoria criminal de Kant é a parte mais frágil do seu sistema de direito do Estado. Pelo menos na *Metafísica dos Costumes* não é possível extrair uma teoria criminal consistente. Além da retórica punitiva, o que se tem são apenas observações esparsas sobre uma pretensa teoria criminal retributiva. E quando se tem em conta os princípios basilares da filosofia prática de Kant, a única conclusão que parece possível é que uma teoria criminal retributiva é incompatível com os mesmos. Todo o esforço de Kant para defender a retribuição criminal com base num suposto imperativo categórico da punição seria apenas uma tentativa fracassada de reabilitar o primitivo princípio da vingança com a roupagem moderna da filosofia crítica. Isso, entretanto, é uma hipótese a ser investigada num outro artigo dedicado especificamente ao tema.

Muito mais consistente com os princípios da filosofia prática de Kant seria uma teoria criminal de acordo com o princípio geral do direito do Estado, ou seja, o uso da força se justificaria como meio fenomênico de equacionar os conflitos fenomênicos entre as esferas de autodeterminação das pessoas. Tendo como princípio universal de avaliação a autonomia, a busca de cada pessoa por seus interesses só seria legítima se fosse compatível com a busca das outras por seus interesses, sendo o uso da força pelo direito a ferramenta não só para corrigir as incompatibilidades mas também promover a compatibilidade. Contudo, entendido desse modo, o direito criminal já não seria uma parte qualitativamente diferente do resto do direito do Estado, mas apenas um nome para descrever uma parte específica deste, aquela normalmente composta pelas sanções mais duras.

¹⁴ No chamado “utilitarismo das regras”, que tem entre seus principais teóricos Willian Paley com a obra *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1786), as consequências da ação que são consideradas para a determinação da utilidade não são as consequências particulares, mas apenas as consequências gerais. Por exemplo, a regra “não minta”, de modo geral, é útil para o homem, logo, não importa para a determinação da utilidade que em algumas situações particulares seja necessário mentir (PALEY, 1799, p. 3-28). Sobre este ponto, veja-se EDMUNDSON, 2006, p. 52 e 94.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o atual estágio das pesquisas sobre a filosofia do direito de Kant, especialmente no que diz respeito ao direito público, o presente trabalho se distingue por tomar como fio condutor da análise a coação. Como se procurou mostrar, muitas das dificuldades do texto kantiano recebem nova luz quando se tem o foco da análise no modo como Kant trabalha a coação em cada uma das partes de sua teoria do direito do Estado.

Na relação entre direito privado (natural) e público (positivo) pôde-se observar que para Kant a coação é uma exigência moral intrínseca dos direitos naturais e, ao mesmo tempo, o que constitui o direito positivo. Assim, em termos práticos, pode-se dizer que é a coação que estabelece a relação, não só de codependência, mas de codeterminação entre direito natural e direito positivo no pensamento de Kant. Com esse enfoque, a balança pende para o lado dos intérpretes que defendem que, no pensamento jurídico de Kant, direito natural e direito positivo só podem ser pensados um em relação ao outro, não havendo independência ou primazia de um sobre o outro.

Na mesma direção, verificou-se que a coação é o instrumento de construção e delimitação das esferas de autodeterminação das pessoas, dentro das quais se dá o exercício dos direitos naturais. E a questão que fica, como se buscou problematizar, é saber se essas esferas podem ser reduzidas ao exercício do direito real, pessoal e pessoal de tipo real, ou se seriam possíveis outras esferas de autodeterminação que não teriam sido exploradas por Kant, por exemplo, envolvendo relações trabalhistas.

O enfoque na coação também permitiu reforçar o argumento de que certas dificuldades do pensamento de Kant decorrem não apenas de obscuridades, mas de inconsistências teóricas. Sem a pretensão de ser a palavra final sobre os temas, foi o que se procurou mostrar na crítica à tese de que a autorização para coagir que caracteriza o direito do Estado poderia ser extraída analiticamente, na injustificada ausência de previsão de coações positivas (pelo menos no texto da *Metafísica dos Costumes*), e na fragilidade de se fundamentar a sanção criminal num imperativo categórico de punição.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

BYRD, B. Sharon. Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution. *Law and Philosophy*, v. 8, n. 2, Aug. 1989.

BYRD, B. Sharon; HRUSCHKA, Joachim. *Kant's Doctrine of Right. A commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

EDMUNDSON, Willian. *Uma introdução aos direitos*. Tradução de Evandro Ferreira da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESTEVES, Julio. Sobre a relação entre o direito natural e o direito positivo em Kant. *O que nos faz pensar*, n. 32, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUYER, Paul. Kant's Deduction of the Principle of Right. *Kant's system of nature and freedom: selected essays*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HOFFMAN, Robert A *New Reading of Kant's Theory of Punishment*. Tese (doutorado em Filosofia). Philadelphia: University of Pennsylvania, 2015.

KANT, Immanuel. Versuch den Begriff der negativen Größen in die Weltweisheit einzuführen. *Akademieausgabe*. Band II. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Kritik der reinen Vernunft. *Akademieausgabe*. Band III. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. *Akademieausgabe*. Band IV. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Kritik der praktischen Vernunft. *Akademieausgabe*. Band V. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Die Metaphysik der Sitten. *Akademieausgabe*. Band VI. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.



_____. Anthropologie in pragmatischer Hinsicht. *Akademieausgabe*. Band VII. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. *Akademieausgabe*. Band VIII. Hrsg. von der Preussischen Akademie der Wissenschaften. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900.

_____. Vorlesungen über Moralphilosophie. Band XXVII. Hrsg. Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Berlin: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, 1900

KERSTING, Wolfgang. *Wohlgeordnete Freiheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

MERLE, Jean-Christophe. A Kantian Critique of Kant's Theory of Punishment. *Law and Philosophy*, v. 19, n. 3, 2000.

MULHOLLAND, Leslie. *Kant's system of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

MURPHY, Jeffrie G. Does Kant Have a Theory of Punishment? *Columbia Law Review*, v. 87, n. 3, 1987.

PALEY, Willian. *The Principles of Moral and Political Philosophy*. 12^a ed. vol. II, London: R. Faulder, 1799.

PERES, Daniel Tourinho. *Kant: Metafísica e Política*. Salvador: EDUFBA-UNESP, 2004.

POTTER, Nelson. The Principle of Punishment is a Categorical Imperative. In: KNELLER, Jane; AXINN, Sidney (Eds.). *Autonomy and Community: Readings in Contemporary Kantian Social Philosophy*. Albany: State University of New York Press, 1998.

RIPSTEIN, Arthur. *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SAAGE, Richard. Naturzustand und Eigentum. In: BATSCHA, Zwi (Ed.). *Materialien zu Kants Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1976.

STOLLEIS, Michael. Rechtsstaat. In: ERLER, Adalbert et al. *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*. v. 4. Berlin: E. Schmidt Verlag, 1982.

VUILLEMIN, Jules. *Kants Begründung des Besitzrechts in L'intuitionnisme kantienne*, Paris: Vrin, 1994.

WALDRON, Jeremy. Kant's Legal Positivism. *Harvard Law Review*, v. 109, 1996.



WILLIAMS, Howard. Natural Right in Hobbes and Kant. *Hobbes Studies*, 25, 2012.

Submissão: 20/09/2017
Aceito para Publicação: 04/05/2018

