

Democracia e moralidade política na filosofia do direito de Kant: elementos para uma fundamentação do controle de constitucionalidade

Democracy and political morality in Kant's philosophy of law: principles for a foundation of judicial review

Delamar José Volpato Dutra¹
Universidade Federal de Santa Catarina

Resumo

O estudo detecta uma tensão existente nas democracias constitucionais, decorrente da combinação de elementos liberais, republicanos e democráticos. Dois autores são ilustrativos de tal tensão. Por um lado, Kant não via qualquer problema na composição de republicanismo e liberalismo, mas pensava a democracia como incompatível com o liberalismo. Habermas, por outro lado, não vislumbra tensão entre republicanismo e democracia, mas, sim, entre republicanismo – que para ele é sinônimo de democracia constitucional – e liberalismo, em uma tradição que faz, nesse particular, ecoar o pensamento de Carl Schmitt. O texto trata do modo como Kant dá cidadania em sua filosofia jurídica ao elemento normativo do direito, sem, no entanto, estabelecer mecanismos efetivos de combate aos desvios legislativos dessa normatividade.

Palavras-chave: Kant, liberalismo, republicanismo, democracia, controle de constitucionalidade.

Abstract

The study detects a tension in constitutional democracies, as they mix elements arising from liberalism, republicanism and democracy. Two authors are illustrative of this tension. On the one hand, Kant did not see any problem in the combination of republicanism and liberalism, but thought that democracy is incompatible with liberalism. Habermas, on the other hand, sees no tension between republicanism and democracy, but rather between republicanism – which for him is synonymous of constitutional democracy – and liberalism, which is a tradition of thought going back to Carl Schmitt. The text discusses basically how Kant integrates normative elements of law into his philosophy of law, without, however, establishing effective mechanisms to address the deviations from the proposed normative standards.

Key words: Kant, liberalism, republicanism, democracy, judicial review.

¹ Universidade Federal de Santa Catarina, Campus Universitário Trindade, C.P. 476, 88040-900, Florianópolis, SC, Brasil. E-mail: djvdutra@yahoo.com.br

Uma constituição da *máxima liberdade humana*, segundo leis que façam com que a liberdade de cada um possa coexistir com a liberdade dos outros (não uma constituição da máxima felicidade, pois esta seguir-se-á já espontaneamente), é pelo menos uma idéia necessária, que tem de ser posta a fundamento não somente do primeiro projeto de uma constituição política, mas também de todas as leis (Kant, 1980, B 373).

Kant: liberalismo ou republicanismo?

Uma das maneiras de analisar a filosofia política kantiana é a partir dos traços liberais e republicanos nela presentes. Uma manifestação liberal de seu pensamento está na defesa de direitos naturais que a Constituição de um Estado não poderia prejudicar: “O *direito natural* no estado de uma constituição civil (i. e., aquilo que, em função da última, pode ser deduzido de princípios *a priori*) não pode ser prejudicado pelas leis estatutárias da última” (Kant, 2005, p. 256). Por seu turno, uma manifestação republicana de sua filosofia política reside na ideia de que todos os direitos são derivados do poder supremo do Estado: “Pois nele (povo) encontra-se originariamente o poder supremo, do qual têm de ser derivados todos os direitos dos indivíduos como meros súditos (quando muito como funcionários do Estado)” (Kant, 2005, p. 341).

Tradicionalmente, na filosofia kantiana, a tensão maior ocorreria entre republicanismo e democracia, ao passo que hoje, pela aproximação entre democracia e republicanismo, a tensão maior ocorre entre liberalismo e democracia. De fato, observa Mulholland: “The most significant feature of Kant’s account of consenting to particular laws is his attempt to distinguish his treatment from the concept of democracy. Kant’s treatment, nevertheless, has many features similar to what is today referred to as constitutional democracy” (Mulholland, 1989, p. 324-325). Tanto que Kersting chega a afirmar: “Kant’s rational state under of the law is a democratic state of legislation. The right of freedom given to every member of civil society as a human being is not the private, state-excluding and state-minimizing right of Lockean or Nozickian liberalism, but a political, community-constituting right of participation and partnership” (Kersting, 1992, p. 152) e que “Rousseau and Kant both support the procedural concept of justice. It is not the agreement with material norms of natural law that qualifies a law as just, but the nature and manner of its genesis. And we have before us a justice-guaranteeing method of law-giving when the law is produced by a democratic procedure” (Kersting, 1992, p. 153). Por fim, segundo Maus, “Kant did not make the correctness of democratic laws dependent on whether they corresponded substantively with material norms of natural law but on whether the (democratic) law-making procedure was just” (Maus, 2002, p. 110).

Por isso, dada a dificuldade de estabelecer, claramente, o uso que Kant faz de tais conceitos, quicá seja mais interessante analisar a sua filosofia política a partir do binômio moralidade política e estratégias para a efetivação de tal moralidade. Nesse particular, pretende-se seguir uma sugestão feita por Schmitt. Para ele, os elementos próprios do Estado de direito, a saber, direitos fundamentais e divisão de poderes, não implicam forma de governo alguma, mas “só uma série de limites e controles do Estado, um sistema de garantias da liberdade burguesa e da relativização do poder do Estado” (Schmitt, 2003, p. 201). Segundo ele, isso, “em Kant, significa: o Estado de direito com divisão de poderes, colocando-se assim em contraposição a todo ‘absolutismo’, seja monárquico ou democrático [...] A concepção de Kant correspondente ao Estado burguês de direito relativiza todos os princípios político-formais ao convertê-los em meios orgânicos do equilíbrio de poderes” (Schmitt, 2003, p. 222). Na formulação de Schmitt, tal determinação não tem o condão de se desvencilhar do político, pois toda Constituição tem o político como

um segundo elemento. Tal elemento reside na vontade. Porém, o direito, segundo o Estado de direito, não é *voluntas*, mas *ratio*². Uma formulação propriamente política seria aquela de Hobbes, para a qual *auctoritas, non veritas facit legem*. No constitucionalismo contemporâneo, como aquele de Ackerman e sua concepção dual de democracia, o mencionado elemento também aparece. Diferentemente, em Locke, as leis positivas obedeceriam a critérios fixados de antemão, esteira na qual, como visto, Schmitt enfileira também Kant (Schmitt, 2003, p. 150-151)³.

Para Schmitt, no Estado de direito, a lei fundamental é aquela que vale como anterior e superior ao Estado, de tal forma que esferas de liberdade privada são protegidas, sendo o direito de resistência o meio mais extremo de sua defesa (Schmitt, 2003, p. 169). Nesse sentido, os princípios da liberdade burguesa podem conciliar-se com qualquer forma de governo, desde que o poder seja limitado. Por essa razão, Kant pensava em limites à soberania popular (Schmitt, 2003, p. 202). Foi isso que fê-lo se distanciar da democracia, por entendê-la como despótica, ou seja, como vontade absoluta, visto que, na democracia, *lex est quod populus jussit*, logo, são possíveis injustiças e desigualdades, pois a lei da democracia, ao contrário daquela do Estado de direito, é a *voluntas* (Schmitt, 2003, p. 253). Tal pode ser vislumbrado na formulação que lhe dá Ackerman, como já mencionado, o qual reconcilia democracia e direitos, dando prioridade à democracia, filiando-se ao que ele chama de democracia dualista, segundo a qual “for the dualist, judicial protection of rights does depend on a prior democratic affirmation on the higher lawmaking track. In this sense, the dualist’s Constitution is democratic first, rights-protecting second” (Ackerman, 1993, p. 13). Já, a democracia monista não teria compromisso com o elemento político da democracia: “The committed foundationalist reverses this priority: the Constitution is first concerned with protecting rights; only then does it authorize the People to work their will on other matters (Ackerman, 1993, p. 13)” Exemplo da posição monista pode ser encontrado em Dworkin, para quem a verdadeira democracia tem que respeitar o caráter de autogoverno e de igualdade, de tal forma a autorizar uma noção forte do controle de constitucionalidade pelo tribunal constitucional: “Se a decisão da corte for correta [...] a decisão não é antidemocrática, mas, ao contrário, melhora a democracia” (Dworkin, 1996, p. 32).

Nesse particular, será possível identificar traços mais liberais em relação ao Estado de direito e traços mais republicanos em relação ao elemento político. Ademais, mais importante do que determinar traços republicanos ou liberais será tentar mostrar que ambos servem na verdade como uma estratégia garantista de uma moralidade política, como, por exemplo, aquela que interdita o Estado de se imiscuir em questões de felicidade ou de religião. De fato, para Kant, a religião, considerada como disposição interior, “está totalmente fora da esfera de atuação do poder civil” (Kant, 2005, p. 327). Ou seja, tanto o liberalismo quanto o republicanismo, em Kant, são, na verdade, maneiras de tratar a democracia majoritária, razão pela qual, inclusive, é difícil determinar claramente quais traços são liberais e quais são republicanos, pois compõem diferentes estratégias que visam a um mesmo fim, qual seja, disciplinar a democracia majoritária, tendo em vista certa moralidade política. Nesse sentido, o problema não seria, em Kant, prioritariamente, a relação entre republicanismo e democracia (Pinzani, 2005, p. 77-97), mas entre liberalismo e democracia⁴.

² “Lei não é a vontade de um ou de muitos homens, mas algo geral-racional; não é *voluntas*, mas *ratio*” (Schmitt, 2003, p. 150).

³ Schmitt menciona aqui a *Política* de Aristóteles, 1292a, onde ele distingue uma democracia que governa por decretos da vontade popular e uma outra que governa segundo a lei racional.

⁴ Para um melhor esclarecimento desses termos ver Volpatto Dutra (2009, p. 139-150).

Embora não sejam claros os termos de tal formulação, em proposições como a seguinte é evidente tanto a vertente normativa quanto, em razão desta, uma possível fundamentação de determinadas estratégias: “O que um povo não pode decidir a seu respeito também o não pode decidir o legislador em relação ao povo” (Kant, 2007, p. 304; Kant, 2005, p. 327). Perpassa a ideia de determinações normativas que pertencem ao homem e que ele não pode deixar de dar seu consentimento, autorizando a que se pense em um limite à competência legislativa, mormente majoritária, da mesma forma como o imperativo categórico interdita que se possa decidir moralmente pelo suicídio.

Evidentemente, não encontramos em Kant o tema do controle de constitucionalidade pela razão de o mesmo ainda não existir. De fato, embora haja discussão quanto à sua origem⁵, foi o caso *Marbury v. Madison*⁶, de 1803, em que se tomou a Constituição como lei fundamental para fundamentar a decisão⁷, que constituiu o paradigma do instituto do controle judicial das leis e atos administrativos tal qual o conhecemos atualmente, o que Dworkin nomeia “o orgulho e o enigma da jurisprudência americana” (Dworkin, 2000, p. 33)⁸. Sem embargo de tal problemática, na medida em que se pode conectar o controle de constitucionalidade com questões de moralidade política, como faz, por exemplo, o próprio Dworkin, é possível encontrar no kantismo uma possível fundamentação de tal instituto. Tal se verifica na medida em que Kant admite a existência de leis nulas (Kant, 2007, p. 305), bem como um julgamento da compatibilidade entre uma lei e os fundamentos dos direitos humanos, mormente a igualdade (Kant, 2007, p. 297). Sabidamente, a nulidade é o resultado da ação declaratória de inconstitucionalidade. Ora, tal elemento é claramente presente em Kant, quiçá, justamente por ele assim formulado pela primeira vez.

Que em Kant opera um conceito de moralidade política pode ser vislumbrado no caráter a priori de determinações normativas que a razão dispõe para o correto julgamento, principalmente em conexão com determinações do princípio da felicidade:

Na apreciação se foi *com prudência* que tomou ou não determinada medida, o legislador pode sem dúvida enganar-se, mas não quando ele se interroga sobre se a lei

⁵ Segundo Wood, só em 1910, nos Estados Unidos, surge o termo “judicial review” (Wood, 1999, p. 787-809). Sobre esse assunto ver também: Nelson (1972, p. 1166-1185); Thayer (1893, p. 129-156).

⁶ O caso teve origem no conflito entre o presidente John Adams (1797-1801), que indicou, ao final de seu governo, vários juízes de paz, e o presidente Thomas Jefferson (1801-1809), que não manteve as indicações. William Marbury e outros indicados impetraram mandado de segurança (*writ mandamus*) diretamente na Suprema Corte contra o secretário de Estado de Jefferson, James Madison. John Marshall, que havia sido indicado por Adams para presidente da Suprema Corte – a qual ele presidiu de 1801 a 1835 –, tinha sido o Secretário de Estado de Adams (1800-1801) e foi quem julgou o *mandamus*. Na sua decisão, ele primeiro distinguiu entre atos administrativos vinculados e discricionários, classificando as nomeações que deveriam ser efetivadas naqueles. Depois, tendo em vista a constituição como lei suprema (*paramount*), estabeleceu o Judiciário como o órgão com a palavra final para dizer o direito. O problemático no caso – problema que de uma forma ou de outra perdura até os dias atuais – é exatamente essa parte final da decisão de Marshall: por que o Judiciário deve ter a palavra final (cf. Emanuel, 2003, p. 8-9)?

⁷ Eis a afirmação de Marshall: “Those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation [...] the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the Constitution, is void [...] it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is” [5 US 137, 177 (1803)]. Para uma discussão da argumentação de Marshall, se jurídica ou retórica, ver Eisgruber (1996, p. 439-481).

⁸ Na verdade, Dworkin usa, além de enigma, os qualificativos *puzzle* e dilema. O enigma reside, para ele, em que a Constituição proíbe certas leis, mas não há acordo com relação ao que seja proibido. O dilema, por sua vez, é definido como uma contradição entre a democracia e a Constituição que é antiga e incerta. Tanto a Constituição como lei fundamental quanto a democracia são fundamentais para a tradição política contemporânea. Portanto, a questão, posta nesses termos, consiste em saber como reconciliar democracia com jurisdição constitucional (Dworkin, 2000, p. 33).

se harmoniza ou não também com o princípio do direito; pois, então dispõe, claro, *a priori*, como de uma bitola infalível da idéia do contrato originário (e não precisa, como no princípio da felicidade, de esperar por experiências que tenham primeiro de o aconselhar acerca da conveniência dos seus meios) (Kant, 2007, p. 299).

Tais princípios *a priori* de um Estado civil juridicamente considerado são a liberdade, a igualdade e a independência (Kant, 2007, p. 290). Pelo primeiro princípio, “ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante” (Kant, 2007, p. 290). Pelo segundo, o sujeito “não pode, por meio de qualquer ato jurídico (nem o seu nem o de outrem), deixar de ser o seu próprio senhor e entrar na classe dos animais domésticos” (Kant, 2007, p. 293)⁹. O terceiro, Kant o interpreta no sentido da cidadania, a qual implica a aptidão de ser seu próprio senhor, através de bens suficientes que não estabeleçam dependência econômica em relação a outra pessoa. Ele observa que essas são condições que tornam possível a instituição de um Estado conforme aos princípios puros da razão.

Tendo em vista tais princípios que fundam a ordem jurídica, Kant pode estabelecer duas proposições complementares na explicitação do direito como um sistema de liberdade, visto que, para ele, “o direito inato é apenas um único. Liberdade (independência do arbítrio coercitivo de um outro), na medida em que pode subsistir com a liberdade de qualquer outro de acordo com uma lei universal, é este direito único, originário, pertencente a cada homem por força de sua humanidade” (Kant, 2005, p. 237).

A primeira proposição afirma que o direito não porta conexão com questões de felicidade:

O conceito de um direito externo em geral decorre totalmente do conceito da *liberdade* na relação externa dos homens entre si e nada tem a ver com o fim, que todos os homens de modo natural têm (o intento da felicidade), nem com a prescrição dos meios para aí chegar [...] O *direito* é a limitação da liberdade de cada um à condição de sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal (Kant, 2007, p. 289-290).

Nesse particular, Kant não só recusa a felicidade como princípio, como conclui pela impossibilidade de fundar o direito em uma base que é tão diversa: “Kant’s criticism of eudaemonism in moral philosophy and his rejection of paternalism in political philosophy are variants of the same justificatory argument which expresses Kant’s significant new understanding of the necessary relationship between universalizability and justifiability” (Kersting, 1992, p. 151-152)¹⁰. Dessa forma, é possível ler a passagem como se Kant tivesse formulado um princípio cujo fundamento reside nessa diversidade mesma de fins da felicidade, o que ele nomina de estado simplesmente jurídico, que só tem em mira a convivência, autorizando a diversidade de fins, tornando possível tal diversidade. Sabidamente, Kant critica duramente o paternalismo em sua obra, como se verá a seguir.

⁹ A independência civil é também definida do seguinte modo: “[...] não ficar devendo sua existência e sustento ao arbítrio de um outro no povo, mas a seus próprios direitos e forças, como membro da república, por conseguinte, a personalidade civil, de não poder ser representado por nenhum outro em assuntos jurídicos” (Kant, 2005, p. 314).

¹⁰ De fato, Kant afirma: “Com vista à primeira (a felicidade), nenhum princípio universalmente válido pode ser dado. Pois, tanto as circunstâncias como também a ilusão cheia de contradições e, além disso, sempre mutável, em que cada um põe a sua felicidade (o que é, no entanto, em que a deve pôr ninguém lhe pode prescrever) tornam impossível todo o princípio firme e por si mesmo inútil para servir como princípio da legislação.”

A segunda proposição, por sua vez, afirma que o direito não porta conexão com as necessidades humanas. Ou seja, “todo o direito consiste apenas na limitação da liberdade de outrem com a condição de que ela possa coexistir com a minha segundo uma lei universal” (Kant, 2007, p. 292). O sentido preciso de tal assertiva é claramente explicitado na *Doutrina do direito*, haja vista não haver consideração pela “matéria do arbítrio, i. e., o fim que cada um se propõe com o objeto que quer, p. ex., não se pergunta se alguém terá vantagem ou não com a mercadoria que compra de mim para o seu próprio comércio, mas pergunta-se apenas pela forma na relação do arbítrio recíproco, na medida em que ele é considerado simplesmente como livre” (Kant, 2005, p. 230).

Portanto, Kant baseia seu sistema de direitos em uma trilogia de princípios. Tais princípios *a priori* são direitos irrenunciáveis: “Todo homem tem os seus direitos inamissíveis a que não pode renunciar, mesmo se quisesse” (Kant, 2007, p. 304).¹¹ Dessa forma, agora se pode melhor compreender uma das proposições fundamentais de sua filosofia do direito, a saber, “o que um povo não pode decidir a seu respeito também o não pode decidir o legislador em relação ao povo” (Kant, 2007, p. 304; 2005, p. 327). A indisponibilidade dos direitos fundamentais é oponível à própria vontade do sujeito portador dos mesmos.

Como alavancado acima, o elemento liberal da busca da própria felicidade, da própria concepção de bem no sentido de Rawls, é claro em sua filosofia jurídica:

Ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante (Kant, 2007, p. 290).

Um governo que se imiscuisse em questões de felicidade seria um governo paternal (*imperium paternale*), tratando os súditos como crianças, o que seria exemplar do “maior *despotismo* que pensar se pode [...] [pois] suprime toda a liberdade dos súditos, os quais, por conseguinte, não têm direito algum” (Kant, 2007, p. 291).

Mill fornece uma boa explicitação desse princípio, inclusive em conexão com os deveres para consigo. Segundo ele, o único fim que autoriza interferir com a liberdade é para prevenir um dano aos outros. Não se pode interferir com a liberdade tendo em vista o bem do agente, seja físico ou moral. No que concerne à conduta do indivíduo que não danifica o seu de mais ninguém, a liberdade é absoluta¹². Segundo Mill, “a inconveniência é algo com que a sociedade pode arcar, pelo motivo do maior bem da liberdade humana” (Mill, 1991, p. 91). Ademais, arremata ele, o mais forte de todos os argumentos contra a interferência pública com relação a condutas puramente pessoais é que, quando interfere a probabilidade é que interfira erradamente e no lugar errado. Pense-se no caso de diversões que seriam permitidas ou proibidas ou em valores como a castidade. Nesse particular, Mulholland defende que a fundamentação da liberdade ofertada por Kant no sentido acima declinado por Mill é melhor do que aquela utilitarista fornecida pelo próprio Mill, devido ao caráter empírico e, portanto, contingente desta última posição (Mulholland, 1989, p. 311).

Por seu turno, o elemento republicano da filosofia política kantiana aparece em afirmações como as seguintes: na *Paz Perpétua*,

¹¹ Ou seja, trata-se da “validade dos direitos inatos inalienáveis e que pertencem necessariamente à humanidade” (Kant, 2007, p. 351).

¹² “Na parte da conduta que meramente concerne a si próprio, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano” (Mill, 1991, p. 14).

A liberdade *jurídica* (externa, portanto) não pode definir-se, como se costuma fazer, mediante a faculdade de “fazer tudo o que se quiser, contanto que a ninguém se faça uma injustiça”. Pois [...] é uma tautologia vazia. – A minha liberdade exterior (jurídica) deve antes explicar-se assim: é a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes puder dar o meu consentimento (TP, AA 08: 350);

em *Teoria e práxis* ele afirma que a vontade geral é uma ideia da razão que

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 pelo seu sufrágio a semelhante vontade. É esta, com efeito, a pedra de toque da legitimidade de toda a lei pública. Se, com efeito, esta é de tal modo constituída que é *impossível* a um povo inteiro *poder* proporcionar-lhe o seu consentimento [...] não é justa; mas se é *apenas possível* que um povo lhe dê o seu assentimento, então é um dever considerar a lei como justa (Kant, 2007, p. 297).

No entanto, o seu republicanismo para aí ou, quiçá, começa daí a seu modo. Não obstante, independentemente do modo como ele for compreendido, jamais Kant imputará virtude ao cidadão como condição de possibilidade do estabelecimento de um Estado, ou mesmo de um Estado justo: “O homem está obrigado a ser um bom cidadão, embora não seja obrigado a ser moralmente um homem bom. O problema do estabelecimento do Estado, por mais áspero que soe, tem solução, inclusive para um povo de demônios (contanto que tenham entendimento)” (Kant, 2007, p. 366). Portanto, trata-se de um republicanismo *sui generis*, na medida em que abdica da noção de virtude no que se refere ao domínio político.

As citações acima apontam para o caráter representativo da formulação kantiana do republicanismo, o qual, neste sentido, se dirige contra a democracia direta, ou majoritária. Vale mencionar que, para ele, a democracia é um despotismo. Tal vai ao ponto de estabelecer direitos irrenunciáveis e declaração de nulidade de leis¹³, bem como vai ao ponto do estabelecimento de mecanismos institucionais – e não virtude (ver Heck, 2007) – que evitem o despotismo. Isso se manifesta nos elementos que definem o governo republicano. Ele define formalmente o republicanismo como separação de poderes porque tal evitaria o despotismo. A separação de poderes é a própria condição do governo representativo (Kant, 2007, p. 352-353). Por fim, Kant desvincula o seu tratamento do consentimento com relação às leis de uma formulação democrática direta:

Das três formas de Estado, a democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um *despotismo*, porque funda um poder executivo em que todos decidem sobre e, em todo caso, também contra *um* (que, por conseguinte, não dá o seu consentimento), portanto, todos, sem no entanto serem todos, decidem – o que é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade (Kant, 2007, p. 352).

O problema com a democracia é o despotismo, ou a tirania da maioria. Como já visto, despotismo é querer tornar o povo feliz segundo o modo do soberano (Kant, 2007, p. 302). Na verdade, Kant não afirma que toda decisão majoritária

¹³ “Pois aquilo que o povo inteiro não pode decidir sobre si mesmo, isso também não pode o legislador decidir sobre o povo. Ora, nenhum povo pode decidir que nunca progredirá em seus conhecimentos concernentes à fé (no esclarecimento), e assim também que nunca se reformatará em vista dos assuntos eclesiásticos, porque isso seria contrário à humanidade em sua própria pessoa e, por conseguinte, ao seu direito supremo. Portanto também não o pode fazer pelo povo o poder soberano” (Kant, 2005, p. 327-328). Tal aparece, ainda, em Kant (2007, p. 304).

seja despótica; “what Kant must have in mind is that a majority which regards itself as subject to no other laws than those which it makes is despotic” (Mulholland, 1989, p. 325). O ponto é que os três princípios *a priori* “must determine immunities so that laws which are inconsistent with these principles are null and void. These principles establish limits on majority rule” (Mulholland, 1989, p. 325). Ou seja, a maioria como critério de resolução de disputa vincula-se a esses três princípios. De fato, Kant aplica esses princípios a leis da economia, como os impostos, que são regradados por maioria.

Em suma, a concepção kantiana de república leva-o a desconfiar da democracia, porque nela só se dão leis pelas preferências majoritárias e não pela sua apreensão da lei natural, pois há uma tênue diferença entre democracia concebida como governo pelo povo e o governo pela maioria do povo (Mulholland, 1989, p. 332).

Democracia e controle de constitucionalidade na filosofia do direito de Kant

Não resta dúvidas com relação à aceitação do princípio majoritário como forma de deliberação em Kant. Ele parece apontar como razão para tal uma perspectiva pragmática, ou seja, a impossibilidade prática de se obter unanimidade nas deliberações. Ele afirma:

Se, por conseguinte, não se pode esperar unanimidade de um povo inteiro, se, portanto, apenas se pode prever como alcançável uma maioria de votos e, claro está, não a partir dos votantes diretos (num povo grande), mas apenas dos delegados enquanto representantes do povo, então, o próprio princípio que consiste em contentar-se com esta maioria, e enquanto princípio admitido com o acordo geral, portanto, mediante um contrato, é que deverá ser o princípio supremo do estabelecimento de uma constituição civil (Kant, 2007, p. 296).¹⁴

O ponto interessante na citação, para além de seus elementos pragmáticos, reside na necessidade de haver um contentamento com o próprio princípio da maioria. Tal contentamento só pode ter por base os princípios *a priori* do direito, os quais devem ser condição de possibilidade de aceitação da regra da maioria (Mulholland, 1989, p. 327), ou seja, as leis brotadas dessa maioria representativa não podem violar os princípios *a priori* elencados, sob pena de nulidade, haja vista, de qualquer modo, sempre ser necessário haver o princípio da aceitabilidade da autoridade: “Pode-se, portanto, pensar uma legislação externa que contivesse somente leis positivas, mas então teria de preceder uma lei natural que fundamentasse a autoridade do legislador (i.e., a faculdade de obrigar outros através de seu

¹⁴ Locke apresenta como fundamento do princípio majoritário a força superior da maioria em relação à minoria: “[...] sendo necessário ao que é um corpo para mover-se em um sentido, que se mova para o lado para o qual o leva a força maior, que é o consentimento da maioria” (Locke, 1978, cap. VIII). Kelsen, por sua vez, sustenta o seguinte: “A ideia subjacente ao princípio da maioria é a de que a ordem social deve estar em consonância com o maior número possível de sujeitos e em discordância com o menor número possível de sujeitos [...] é o princípio da maioria que assegura o grau mais alto de liberdade política possível dentro da sociedade. Se uma ordem social não pudesse ser modificada pela vontade de uma maioria simples de sujeitos, mas apenas pela vontade de todos (ou seja, de modo unânime), ou pela vontade de uma maioria qualificada (por exemplo, por um voto majoritário de dois terços ou três quartos), então um único indivíduo, ou uma minoria de indivíduos, poderia impedir uma modificação na ordem” (Kelsen, 2000, p. 412). Para Rawls, a regra da maioria é escolhida por questão de efetividade, pois “não há outro modo de lidar com o regime democrático”. No entanto, ela implica, como contrapartida, que “the parties accept the risk of suffering the defects of one another’s knowledge and sense of justice in order to gain the advantages of an effective legislative procedure” (Rawls, 1999, p. 312).

mero arbítrio)" (Kant, 2005, p. 224). Em conexão com essa tese, deve-se ter em conta ainda a afirmação de Kant segundo a qual os princípios *a priori* do direito pressupõem a unanimidade, pois só assim os direitos de todos seriam respeitados:

O poder legislativo somente pode caber à vontade unificada do povo. Pois, uma vez que deve proceder dele todo direito, não deve ele por sua lei *poder ser injusto pura e simplesmente com ninguém*. Ora, se alguém decide algo em relação a um *outro*, sempre é possível que assim ele seja injusto com ele, mas nunca naquilo que ele decide acerca de si mesmo (pois *volenti non fit injuria*). Assim, somente a vontade concordante e unificada de **todos**, na medida em que cada um decide o mesmo sobre todos e todos sobre um, portanto somente a vontade universalmente unificada do povo é legisladora (Kant, 2005, p. 313-314, ênfase acrescentada).¹⁵

É justamente nesse contexto normativo que ele pode finalmente formular o conceito de leis nulas e dar dois exemplos de tal nulidade. O primeiro se refere à instituição de dogmas religiosos via legislação civil. Uma tal legislação se oporia aos destinos e fins da humanidade, ferindo especialmente a liberdade religiosa:

Então, pergunte-se primeiro: se é *permitido* a um povo impor a si mesmo uma lei, segundo a qual certos artigos de fé e certas formas da religião externa, uma vez aceitos, deverão persistir para sempre; portanto, se ele poderá, na sua descendência, interdizer a si mesmo progredir mais na compreensão da religião ou modificar eventuais erros antigos? Evidencia-se então que um contrato originário do povo, que fizesse disso uma lei, seria em si mesmo nulo, porque se opõe ao destino e aos fins da humanidade (Kant, 2007, p. 305).

O segundo exemplo se refere à legislação tributária. O caso trata da instituição de um imposto, em que os sujeitos passivos do tributo não seriam tratados segundo o princípio da igualdade: se "certos proprietários fossem importunados por contribuições, enquanto outros da mesma condição eram poupados, fácil é de ver que um povo inteiro não poderia consentir em semelhante lei, e é autorizado a fazer pelo menos protestos contra a mesma, porque não pode considerar justa a desigual repartição dos encargos" (Kant, 2007, p. 297). Vale anotar que o princípio da igualdade, para Kant, está implícito no direito inato da liberdade que todo ser humano possui. Em suma, isso exige que "quaisquer que sejam as leis positivas a que aderem, essas não sejam contrárias às leis naturais da liberdade e da correspondente igualdade de todos no povo" (Kant, 2005, p. 315).

Sem embargo de tal formulação, não se vislumbra em Kant a concepção da superioridade hierárquica da Constituição, bem como não há vislumbre do controle de constitucionalidade. O apelo ao paládio dos povos, à liberdade de escrever, parece ser o único remédio que ele admite contra o desrespeito dos princípios *a priori* do direito, porém, o apelo é ao legislador, não ao judiciário.

Seja como for, não se pode ignorar o estabelecimento de um princípio de moralidade política, o qual implica até mesmo nulidade de leis. O que faltou em Kant foi a concepção de um órgão político competente para verificar a compatibilidade das leis com tal princípio, ainda que o apelo à liberdade de escrever e se manifestar contra os desrespeitos legislativos aos princípios *a priori* do direito não seja de menor importância. É como se Kant confiasse tão grandiosa tarefa a todos os cidadãos ou a todos os homens:

¹⁵ No texto, esse parágrafo é seguido pela formulação dos três princípios *a priori* do direito.

A injustiça de que, na sua opinião, ele é vítima só pode, segundo aquele pressuposto, ter lugar por erro ou por ignorância do poder soberano quanto a certos efeitos das leis [...] Com efeito, admitir que o soberano não pode errar ou ignorar alguma coisa seria representá-lo como agraciado de inspirações celestes e superior à humanidade. Por isso, a *liberdade de escrever* [...] é o único paládio dos direitos do povo (Kant, 2007, p. 304).

O importante é que Kant, ao falar de leis nulas, pode ser claramente utilizado para fundamentar o tratamento do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, pode ser objeto de litígio saber se Kant pensava que a aplicação dos princípios *a priori* do direito na verificação de certa legitimidade *a priori* das normas jurídicas era ou não uma operação simples. Ele parece sugerir ser simples quando da análise da correção de um tributo. No entanto, ele parece ter errado na análise da independência e igualdade com relação à mulher, o que pode apontar para uma dificuldade de aplicação, isso na medida em que ele defendeu uma fundamentação natural para sustentar a posição inferior daquela, pois, para votar, ao lado da necessidade de ter alguma propriedade – a despeito de confessar ser “difícil determinar os pré-requisitos para se poder reclamar o estado de um homem que é o seu próprio senhor” (Kant, 2005, p. 295, nota) –, acosta a qualidade natural de não ser mulher ou criança (Kant, 2007, p. 295), sobre o que não manifesta dúvida. Do mesmo modo, o senhorio do homem no casamento não conflitaria com a igualdade, pois “este domínio se baseia apenas na superioridade natural da faculdade do homem sobre a da mulher na realização do interesse comum da família e no direito do comando fundado nesta superioridade, o que se pode, por isto, derivar mesmo do dever da unidade e da igualdade em vista do *fin*” (Kant, 2005, p. 279).

É necessário observar que, segundo a letra, Kant parece negar a possibilidade do controle de constitucionalidade como uma instituição. Ele afirma na *Doutrina do direito*: “Aliás, mesmo na constituição não pode haver nenhum artigo que tornasse possível a um poder no Estado, no caso da transgressão das leis constitucionais pelo comandante supremo, opor-se a ele e assim restringi-lo. Pois aquele que deve restringir o poder no Estado tem de possuir certamente mais ou ao menos igual poder do que possui aquele que é restringido” (Kant, 2005, p. 319). A razão que Kant parece apontar para o que se poderia chamar de um tribunal constitucional, como ele diz, um “poder restritivo”, os “guardiões de sua liberdade”, é o despotismo – justamente a acusação que fez Jefferson ao controle de constitucionalidade: “Mas, então, o comandante supremo não é aquele, e sim esse, o que se contradiz. O soberano procede então, através de seu ministro, ao mesmo tempo como regente, portanto despoticamente” (Kant, 2005, p. 319). E conclui: “Portanto, a assim chamada constituição moderada, como constituição do direito interno do Estado, é uma quimera, e, ao invés de pertencer ao direito, é tão-somente um princípio prudencial, não tanto de dificultar ao poderoso transgressor dos direitos do povo sua influência arbitrária, mas de ocultá-la sob a aparência de uma oposição permitida ao povo” (Kant, 2005, p. 320).¹⁶

No esquema de Rawls, vale mencionar, após o controle de constitucionalidade, há o direito de desobediência, um dispositivo final contra o erro do legislador bem intencionado, ou de uma sociedade justa. A proibição da resistência, no caso de Kant, parece estar nesse nível, embora a proibição valha também para um regime no qual o povo deve “suportar mesmo um abuso do poder supremo considerado insuportável” (Kant, 2005, p. 320). O ponto que se aproxima do controle de

¹⁶ “[...] uma constituição política feita de maneira tal que o povo, através de seus representantes (no parlamento), pode resistir legalmente à constituição e a seu representante (o ministro)” (Kant, 2005, p. 322).

constitucionalidade, na verdade, é aquele no qual Kant defende uma "resistência negativa, i. e., uma recusa do povo (no parlamento) em anuir sempre às exigências que o governo diz serem necessárias para a administração pública" (Kant, 2005, p. 322), pois, nesse caso, parece estar autorizado se opor à legislação desde que seja dentro do próprio poder do qual emana a lei.

Kant parece estar advogando mais um sistema como o inglês, no qual não há participação dos demais poderes no procedimento legislativo. No entanto, na maior parte dos regimes constitucionais atuais há uma participação dos outros poderes no processo legislativo, pelo veto e pelo controle de constitucionalidade, como no caso brasileiro.

Em suma, as estratégias de Kant para tratar da lei injusta são duas: que o executivo possa ser substituído pelo legislador, para o que é fundamental a separação de poderes, e que o próprio legislador reforme a lei, permitindo a liberdade de expressão. Tais estratégias são falhas, na medida em que o legislador pode proibir a liberdade de expressão e se autoproclamar vitalício, pois, neste caso, só a desobediência resolveria, a qual é proibida por Kant, já que é melhor ter uma Constituição do que não ter. No entanto, para casos como esses, ele parece admitir que não se comete nenhuma injustiça na destronização de um tirano (Kant, 2007, p. 382). Com base nesse raciocínio, é cabível a pergunta: se o legislador abolisse a personalidade jurídica de alguém, reduzindo-o a um escravo, não lhe sendo atribuído nenhum direito, então, ele estaria autorizado a combater o soberano, já que visaria a restabelecer uma situação de segurança jurídica? Tal posição, no entanto, contrasta com afirmações bem mais fortes contrárias a essa na *Doutrina do direito*, pois implicaria o fim de todos os direitos. Ou seja, Kant parece dispor do fundamento normativo da moralidade política¹⁷, mas é deficiente quanto à estratégia para sua proteção. Não há controle de constitucionalidade, não há desobediência civil, não há intervenção externa por questões humanitárias. Há o vislumbre dos possíveis desvios da normatividade política pela democracia majoritária sem os correspondentes remédios.

Referências

- 5 US 137, 177 (1803).
ACKERMAN, B. 1993. *We the People: 1. Foundations*. Cambridge, Harvard University Press, 371 p.
DWORKIN, R. 2000. *A Matter of Principle*. Cambridge, Harvard University Press, 425 p.
DWORKIN, R. 1996. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford, Oxford University Press, 407 p.
EISGRUBER, C.L. 1996. John Marshall's Judicial Rhetoric. *Supreme Court Law Review*, p. 439-481.
EMANUEL, S.L. 2003. *Constitutional Law*. 21ª ed., New York, Aspen, 1166 p. (The Emanuel Law Outlines Series).
HECK, J.N. 2007. *Da razão prática ao Kant tardio*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 303 p.
KANT, I. 1980. *Crítica da razão pura*. São Paulo, Abril Cultural, 419 p.
KANT, I. 2005. *A metafísica dos costumes*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 507 p.
KANT, I. 2007. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. Covilhã, Lusofia Press. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/>.

¹⁷ Uma forma de justificar o controle de constitucionalidade, sob o ponto de vista substantivo, além de razões pragmáticas a partir das garantias da magistratura ou institucionais, como equilíbrio de poderes, é pela possibilidade de se fundamentar a exclusão de certas matérias da competência legislativa do Estado, por estar ancoradas em direitos humanos fundamentais, como a liberdade, não passíveis de proibição. Kant e Dworkin parecem fornecer um argumento para tal: o primeiro, defendendo uma liberdade máxima e uma intervenção mínima; o segundo, uma liberdade mínima. Outra forma é pela sua justificação ou não tendo em vista a própria democracia.

- KANT, I. [s.d.]. *Sobre o dito comum: isto pode ser correto na teoria, mas não serve para a prática*. Tradução não publicada de Christian Viktor Hamm.
- KANT, I. [s.d.]. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Tradução não publicada de Joãozinho Beckenkamp.
- KANT, I. 1988. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 181 p.
- KELSEN, H. 2000. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo, Martins Fontes, 637 p.
- KERSTING, W. 1992. Kant's Concept of State. In: H.L. WILLIAMS (ed.), *Essays on Kant's Political Philosophy*. Chicago, The University of Chicago Press, p. 151-152.
- LOCKE, J. 1978. *Segundo tratado sobre o governo*. 2ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 347 p.
- MAUS, I. 2002. Liberties and Popular Sovereignty: On Jürgen Habermas's Reconstruction of the System of Rights. In: K. BAYNES; R. von SCHOMBERG, *Essays on Habermas's "Between Facts and Norms"*. Albany, Suny, p. 89-128.
- MILL, J.S. 1991. *On Liberty and Other Essays*. Oxford, Oxford University Press, 592 p. (Oxford World's Classics).
- MULHOLLAND, L.A. 1989. *Kant's System of Rights*. New York, Columbia University Press, 434 p.
- NELSON, W.E. 1972. Changing Conceptions of Judicial Review: The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860. *University of Pennsylvania Law Review*, 120:1166-1185. <http://dx.doi.org/10.2307/3311346>
- PINZANI, A. 2005. Gobierno de las leyes y/o gobierno de los ciudadanos: hay compatibilidad entre republicanismo y democracia liberal. *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, 33:77-97.
- RAWLS, J. 1999. *A Theory of Justice*. Oxford, Oxford University Press, 538 p.
- SCHMITT, C. 2003. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza, 377 p.
- THAYER, J.B. 1893. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7:129-156. <http://dx.doi.org/10.2307/1322284>
- VOLPATO DUTRA, D.J. 2009. Liberalismo, democracia e constituição: o estado da questão In: G. GHIGGI; J. PIZZI; S. de C. PITANO, *Diálogo crítico-educativo II: o sujeito educativo*. Pelotas, EDUCAT, vol. 1, p. 139-150.
- WOOD, G.S. 1999. The Origins of Judicial Review Revisited, or How to Marshall Court Made More Out of Less. *Washington and Lee Law Review*, 56(3):787-809.

Submitted on October 12, 2011

Accepted on May 28, 2012