

COMO OS ARGUMENTOS DE KANT SOBRE O ESTADO DE NECESSIDADE SÃO REFUTADOS QUANDO TRADUZIDOS EM UM EXPERIMENTO MENTAL DE DUPLO NÍVEL*¹

Jean-Christophe MERLE²

1 UM EXPERIMENTO MENTAL DE DUPLO NÍVEL

O parágrafo de Kant sobre um suposto estado de necessidade consiste na sua versão do famoso caso da tábua de Carnéades. Esse caso é um experimento mental e parece-me que a sua interpretação e avaliação em comparação com outra versão do mesmo experimento mental pode proporcionar uma abordagem heurística crítica. Desse modo, neste ensaio, eu seguirei esse método.

Na página dedicada por Kant ao estado de necessidade, em sua *Doutrina do Direito*, geralmente são lembrados os seguintes pontos:

- (a) Esse alegado direito [estado de necessidade] é supostamente uma autorização para tirar a vida de alguém que não me causa dano, quando corro risco de perder a minha própria vida. É evidente que se existisse tal direito a doutrina do direito estaria em conflito consigo mesma [...].
- (b) [...] não pode existir lei penal que determine a pena de morte para alguém que, em um naufrágio, para salvar a sua própria vida,

empurra outra pessoa, cuja vida se encontra igualmente em perigo, de uma tábua de salvação que tenha guardado para si, porque a punição determinada pela lei não poderia ser superior à perda de sua própria vida. Uma lei penal dessa natureza não poderia ter o efeito desejado, uma vez que a ameaça de um mau ainda incerto (morte em razão de uma decisão judicial) não pode superar o medo de um mal certo (afogamento). Por isso, a ação de salvar a própria vida com o uso de violência não deve ser julgada *inculpável* (*inculpabile*), mas somente *impunível* (*impunibile*) [...]. (KANT, 1996a, 391 et seq.; RL, AA 06: 235 et seq.).

Alguém pode se sentir tentado a sintetizar esses dois pontos da seguinte maneira:

- (a) Não há estado de necessidade quanto dois sobreviventes se salvam de um desastre de navio em uma tábua de salvação que somente pode suportar uma pessoa, o que significa que nenhum deles está autorizado a jogar a outra na água, onde esta pessoa afogaria.

(b) A violação dessa proibição merece a pena de morte, mas tais violações não podem ser punidas, pois a punição não pode evitá-las.

Mas há muito mais a ser dito sobre as teses e argumentos de Kant nessa curta página. Lon Fuller escreveu um interessante ensaio intitulado “O caso dos exploradores de caverna” (FULLER, 1949), que lida com o estado de necessidade. Fuller era um professor de Filosofia do Direito em Harvard que defendia uma teoria do Direito Natural contra o positivismo jurídico de H. L. A. Hart e que exerceu uma influência significativa em Ronald Dworkin, que foi seu aluno e que depois também notadamente criticou o positivismo jurídico de Hart. O ensaio de Fuller não menciona qualquer filósofo, mas, como tentarei mostrar, contém muitos pontos que são relevantes como uma crítica aos argumentos de Kant sobre o estado de necessidade. De fato o próprio Fuller declara que “[...] o caso (dos exploradores de caverna) foi construído com a intenção exclusiva de colocar em um foco comum as divergentes filosofias do Direito e do governo.” (FULLER, 1949, p. 47).

Ora, ambos, Kant e Fuller referem-se a uma longa tradição que é mais antiga do que mesmo a sua mais famosa formulação, elaborada por Cícero, a saber, o experimento mental da tábua de Carnéades, que Cícero apresenta da seguinte maneira:

O sexto livro dos “Deveres Morais” de Hecaton está cheio de questões como a seguinte:

[...] “Suponhamos que um tolo agarrou-se a uma tábua de um navio que está afundando; deve um homem sábio tirar essa tábua dele se puder?”

“Não,” diz Hecaton; “pois isso seria injusto.”

“Mas e o dono do navio? Pode ele tomar a tábua porque o navio é dele?”

“De forma alguma; não mais do que ele estaria disposto, quando em alto mar, a jogar um passageiro ao mar em virtude de o navio ser dele, pois até alcançarem o lugar de destino do

navio, a embarcação pertence aos passageiros e não ao seu dono.”

“Novamente; suponhamos que havia duas pessoas a serem salvas do navio naufragando – ambos homens sábios – e somente uma tábua; devem ambos tentar pegar a placa para salvarem-se? Ou deve um dar lugar ao outro?”

“Por qual motivo? Um deveria dar lugar ao outro, mas o outro deve ser aquele cuja vida é mais valiosa para seu próprio bem ou para o de seu país.”

“Mas e se essas considerações tiverem o mesmo peso em ambos?”

“Então não haverá uma disputa, mas um dará lugar ao outro, como se a questão fosse resolvida em uma aposta ou em uma disputa de par ou ímpar.” (CÍCERO, 1913, p. 89 et seq.).

Diferentemente de Cícero, ambos, Kant e Fuller, ligam a questão da existência de um estado de necessidade à questão da punição da ação realizada por necessidade no caso em que não há um estado de necessidade válido. Entretanto, enquanto Kant e Fuller referem-se ao experimento mental de Cícero, somente Fuller, e não Kant, realmente realiza um experimento próprio, e esse experimento mental conecta, de uma forma mais adequada do que a de Kant, essas duas questões a uma outra. Na verdade, a reflexão de Fuller desenvolve-se em dois níveis.

No *primeiro nível* há a variação da tábua de Carnéades. Por causa de um desmoronamento, um grupo de exploradores é aprisionado dentro de uma caverna com escassas provisões. A operação de resgate atrasa-se muitas vezes em seus trabalhos de remover a obstrução causada pelos desmoronamentos novos. Graças a uma máquina sem fio portátil, os exploradores aprisionados são informados, depois de vinte dias que, por um lado, ao menos mais dez dias seriam necessários para que o grupo de resgate os alcançasse e, por outro lado, que nenhum deles poderia sobreviver mais dez dias. Eles decidiram tirar a sorte para determinar qual

deles deveria ser comido para permitir a sobrevivência dos demais. Quando eles são finalmente libertados da caverna, parece que um deles, Roger Whetmore, foi morto e comido por seus companheiros. Há muito mais detalhes e circunstâncias na apresentação do caso de Fuller, as quais eu não posso apresentar in extenso, e aquelas que eu deixo de lado não são interessantes, em particular, porque elas por fim não são relevantes para a resposta da questão apresentada por Kant.

No *segundo nível*, há a imaginária “Suprema Corte de Newgarth”, composta por cinco juízes (Truepenny, Foster, Tatting, Keen e Handy), que devem julgar, no ano 4300, um petição alegando erro, apresentada pelos exploradores, que tinham antes disso sido condenados à morte nas jurisdições inferiores. Contudo, o júri e o procedimento de julgamento dessas jurisdições requereram expressamente a clemência quanto à execução, isto é, perdão concedido pela autoridade executiva. O ensaio de Fuller consiste, em sua maioria, na transcrição imaginária da opinião dos cinco juízes. Um dos juízes se abstém. Dois outros juízes consideram os exploradores inocentes. Dois são a favor da confirmação da pena de morte prolatada pelas jurisdições inferiores. Em razão de não existir maioria para reverter a pena de morte, ela é confirmada, embora nenhum dos juízes deseje a sua execução; cada um deles deseja que seja concedido o perdão pela autoridade executiva. Em outras palavras, esse segundo nível do experimento mental (i) proporciona interpretações do primeiro nível de experimento mental, e, ao mesmo tempo, (ii) é um experimento mental sobre a segunda questão mencionada acima, ou seja, a questão da punição. A seguir eu tentarei mostrar que o experimento mental de Fuller oferece todos os elementos para uma refutação crítica dos argumentos de Kant.

A PRIMEIRA TESE DE KANT

Vamos começar lendo o primeiro argumento de Kant em defesa de sua primeira tese:

Esse alegado direito [estado de necessidade] é supostamente uma autorização para tirar a vida de outra pessoa que não me causa dano, quando corro risco de perder a minha própria vida. É evidente que se existisse tal direito a doutrina do direito estaria em conflito consigo mesma, pois aqui não se trata de um agressor injusto à minha vida, do qual eu me defendo privando-o de sua vida (*ius inculpatæ tutelæ*), caso em que a recomendação de moderação (*moderamen*) pertence não ao direito, mas à ética. Ela é, ao contrário, a questão de a violência ser permitida contra alguém que não se valeu de violência contra mim. (KANT, 1996 a, p. 391 et seq; RL, AA 06: 235 et seq.).

Kant deixa de lado muitas circunstâncias mencionadas por Cícero (propriedade do navio, e, conseqüentemente, da tábua de salvação, sabedoria e valor de cada um dos agentes), e mantém somente o seguinte elemento: “Suponhamos que um [...] homem tenha agarrado uma tábua de um o navio que está afundando, deve [um outro] homem tomá-la dele se puder?” (CÍCERO, 1913, p. 89 et seq.) A segunda pessoa é o ofensor, a primeira o ofendido. No caso dos exploradores não há uma distinção relevante entre ofensores e ofendidos, uma vez que todos eles decidem tirar a sorte para determinar qual deles deve morrer (não é realmente relevante que, em um momento posterior, o ofendido desiste do acordo). O caso de Fuller consiste basicamente no fato de que dois sobreviventes encontram uma tábua de salvação que não oferece espaço suficiente para que ambos sobrevivam. Desde o começo, Fuller claramente distingue a questão envolvida no seu caso de questões relativas à legítima defesa. Essa diferença entre Kant e Fuller não é fortuita, como veremos. Na verdade, no ensaio de Fuller, como

antes em Pufendorf³ não importa se uma das duas pessoas chegou à tábua de salvação antes da outra ou se ambas a alcançaram simultaneamente.

Qual é a “doutrina do direito” à qual Kant se refere? Não pode ser outra coisa além do seu conceito de Direito, que ele definiu algumas páginas antes: “O direito é [...] a soma das condições sob as quais a escolha [*Willkür*, que significa liberdade externa ou liberdade de ação] de um pode ser unida com a escolha de outro de acordo com uma lei universal da liberdade.” (KANT, 1996, p. 387; RL, AA 06: 230). Já que o conceito de direito de Kant é a soma das condições para a coexistência de pessoas livres, e já que “a autorização para tirar a vida de outra pessoa” (KANT, 1996a, p. 391; RL, AA 06: 235) destrói a coexistência entre ambas as pessoas, o alegado estado de necessidade não é compatível com o conceito de direito; portanto, não é um direito. Entretanto, deve-se observar que não primeiramente o uso do alegado direito de necessidade (*jus necessitatis*), mas já o caso de necessidade (*casus necessitatis*) faz a coexistência impossível e assim contradiz o conceito de direito. No ensaio de Fuller, o juiz Foster faz uma observação crucial: os exploradores não estavam em um “estado de sociedade civil”, mas em um “estado de natureza”, isto é, em um estado sem direito. Desde que em um estado sem direito ninguém possui algum *direito* – nem deveres correlatos – não pode existir qualquer “estado (*direito*) de necessidade”. Aqui se chega à mesma conclusão de Kant, mas a partir uma outra premissa: é primeiramente o caso de necessidade (*casus necessitatis*) – não o (*direito*) estado de necessidade (*jus necessitatis*) – que contradiz o conceito de direito. Por causa dessa premissa divergente, precisamos deduzir uma outra conclusão: em tais casos

de necessidade como o da tábua de Carnéades e o da caverna dos exploradores não há um direito à vida, por não haver qualquer direito. Assim, o direito à vida da pessoa ofendida em Kant e o direito à vida de Whetmore em Fuller não foram violados. Disso devemos extrair quatro conclusões. Em *primeiro lugar*, a negação de um estado de necessidade, isto é, de uma licença para matar, não equivale a uma proibição de matar em caso de necessidade. Em *segundo lugar*, em virtude de não haver no estado de necessidade uma proibição de, também não há crime. Em *terceiro lugar*, sem um crime, não há motivo para processo ou punição, de modo que, de acordo com o juiz Foster, a pena de morte deveria ser repudiada. Em *quarto lugar*, em estado de necessidade não há mais direito de defesa do que direito de agressão. Isso contradiz a perspectiva de Kant que o ofendido possa privar “[...] um agressor injusto à [sua] vida [...], caso em que a recomendação de moderação (*moderamen*) pertence não ao direito, mas à ética.” (KANT, 1996, p. 391; RL, AA 06: 235). Realizar um experimento mental tem a virtude de desenvolver todos os aspectos da punição que é abordada na segunda tese de Kant. Entre todos esses aspectos que pertencem a um processo judicial estão os seguintes: é o juízo competente? O juiz Foster responde que a corte não tem competência em tal estado de necessidade. Para um juiz, a consequência deve ser a absolvição.

É notório que Foster é somente um de cinco juízes, e seria abusivo afirmar sem qualquer outro argumento que o seu argumento acima mencionado expressa a visão de Fuller. Portanto voltarei mais tarde a esse ponto, afim de oferecer demais argumentos necessários.

A SEGUNDA TESE DE KANT

É importante ler in extenso o argumento de Kant sobre a punição do assassino em caso de estado de necessidade:

Está claro que essa assertiva [da existência do estado de necessidade] não deve ser entendida objetivamente, em termos do que a lei prescreve, mas somente subjetivamente, como o veredito que seria dado por um juízo. Em outras palavras, não pode existir lei penal que determine a pena de morte para alguém que, em um naufrágio, para salvar a sua própria vida, empurra outra pessoa, cuja vida se encontra igualmente em perigo, de uma tábua de salvação que tenha guardado para si, porque a punição determinada pela lei não poderia ser superior à perda de sua própria vida. Uma lei penal dessa natureza não poderia ter o efeito desejado, uma vez que a ameaça de um mau ainda incerto (morte em razão de uma decisão judicial) não pode superar o medo de um mal certo (afogamento). Por isso, a ação de salvar a própria vida com o uso de violência não deve ser julgada *inculpável* (*inculpabile*), mas somente *impunitível* (*impunibile*), e por uma estranha confusão juristas tomam a impunidade subjetiva como imunidade objetiva (conformidade com a lei). (KANT 1996, p. 391 et seq; RL, AA 06: 235 et seq.).

Neste ponto eu discordo de Joaquim Hruschka, que refere-se à distinção feita por Friedrich Gentz, aluno de Kant, entre justificar uma ação ilegal e desculpá-la:

A decisão de empurrar ao mar, após um desastre de navio, um inimigo com quem alguém ocupa uma estreita tábua, ao invés de simplesmente afogar-se, de fato não é nunca *justificável*, mas será provavelmente *desculpada* (já que em perigo extremo alguém teria que ser heroico para atender ao chamado dos deveres). (GENTZ⁴, 1793 apud HRUSCHKA, 1994, p. 338).

Hruschka também distingue desculpa legal de justificação⁵ (*exculpation*). Hruschka acredita que, de acordo com Kant, o ofensor tem uma desculpa legal, mas não uma justificação. Entretanto, Kant rejeita qualquer desculpa em sua Doutrina do Direito: “A lei penal [*Strafgesetz*] é um imperativo categórico

e infeliz aquele [...] que descobre algo que libera o criminoso da punição ou reduz a sua pena [...]” (KANT, 1996, p. 473; RL, AA 06: 331). Portanto, o veredito de absolvição em conformidade com a lei positiva não pode se basear em uma desculpa exclusivamente legal, mas na ausência de qualquer lei penal punindo o exercício do alegado direito de necessidade. E, de fato, isso é o que Kant escreve explicitamente e que contradiz a interpretação de Hruschka: “[...] não pode existir lei penal que determine a pena de morte para alguém que, em um naufrágio”, exerça o alegado estado de necessidade. (KANT, 1996, p. 392; RL, AA 06: 235).

Há mais uma objeção contra a tese da desculpa de Hruschka. Desculpas estão relacionadas ao dolo (*mens rea*), e aplicam-se quando é particularmente difícil ou impossível para a pessoa que cometeu o ato proibido (*actus reus*) evitar cometê-lo. Esse argumento é frequentemente levantado para sustentar o estado de necessidade. Christian Garve o menciona em seus comentários ao *De Officiis*, de Cícero, que Kant tinha lido:

Como? No instante em que a morte está flutuando perante os olhos de alguém e afastando todos os outros pensamentos, deve ele primeiramente questionar se ele é mais valioso para a nação do que a outra pessoa, que a contingência trouxe ao desastre da mesma embarcação? Todas as normas morais são válidas somente nas circunstâncias em que alguém pode lembrar ou pensar naquilo que alguém pensou. No instante em que o primeiro de todos os desejos, isto é, a vontade de viver, ocupa toda a mente, o primeiro de todos os motivos, isto é, o instinto, recobra todos os seus velhos direitos. Então alguém está sob o império da contingência ou dos movimentos mecânicos e involuntários. (GARVE, 1792, p. 179)⁶.

Entretanto, Garve finalmente rejeita este argumento pela razão seguinte: “Contudo o caráter, a formação da mente que já ocorreu e a experiência de vida inteira de alguém podem

exercer sua influência neste momento.” (GARVE, 1792, p. 179)⁷. Além disso Kant precisa rejeitar esse argumento, mas por duas outras razões. Em *primeiro* lugar, não somente evitar a morte pode nos motivar, mas outros sentimentos, como a honra:

O *casus necessitatis* não é um direito, mas uma impossibilidade física (subjetivamente prática) de proceder de acordo com a determinação do direito, porque isso faria alguém completamente infeliz. Mas é impossível demonstrar em que consistiria essa completa infelicidade. Ela não pode consistir na morte. (KANT, Refl., AA 19: 397)⁸.

Em *segundo* lugar, de acordo com a famosa filosofia moral de Kant, é sempre possível para qualquer ser racional resistir às mais fortes inclinações e obedecer à lei.

Diferentemente do que a maioria dos intérpretes assume, Kant não defende, de modo algum, a impunidade (ou qualquer outra punição mais clemente do que a morte) nesse caso. Ao contrário, ele pretende explicar porque tantos juristas e especialistas em direito erroneamente afirmam a existência do estado de necessidade: A asserção de um estado de necessidade deve “[...] ser entendida [...] somente subjetivamente, como o veredito que seria dado por uma corte.” (KANT, 1996a et seq., 391; RL, AA 06: 235 et sq.). Ora, de acordo como Kant, tal veredito, bem como a lei penal na qual ele se baseia, não pode ser fundamentado em nada mais que uma combinação de (a) uma teoria penal da prevenção e (b) a afirmação empírica de que nenhuma dissuasão é possível contra o uso do alegado direito de necessidade, isto é, contra ações realizadas em razão da necessidade. O argumento empírico (b) dificilmente pode ser defendido. É falso que “a ameaça de um mal que ainda é incerto (morte por um veredito judicial) não pode superar o medo de um mal que é certo (afogamento)”. Será que de fato não há alguém que prefira o afogamento e ser glorificado por

sua morte trágica ao invés de ser desonrado por uma sentença judicial que possivelmente ou provavelmente o levará à morte?⁹ No que diz respeito a (a), isto é, à teoria da prevenção, os comentaristas que veem elementos de prevenção na teoria penal de Kant referem-se à esse pequeno texto e nada mais (ver, por exemplo, Byrd 1989: 189). O próprio Kant diretamente contradiz essa visão e adota o retributivismo estrito: “[A pena] deve sempre ser-lhe infligida somente porque ele cometeu um crime.” (KANT, 1996, p. 473; RL, AA 06: 331).

Ora, vamos examinar o que o experimento mental de Fuller tem a dizer sobre as razões que motivam o veredito. Somente três juízes de cinco mencionam a prevenção como o objetivo da punição. Um deles é o juiz Keen, mas ele a menciona para rejeitá-la:

Meu irmão [Foster] acredita saber exatamente o que era desejado quando os seres humanos tornaram o homicídio um crime, e isso é algo que ele denomina “prevenção”. Eu duvido muito que o nosso estatuto, ao tornar o homicídio um crime, realmente tenha um “propósito” em qualquer sentido ordinário do termo. (FULLER, 1949, p. 30).

De acordo com Keen “nenhum estatuto em cem tem propósito único desse tipo.” (FULLER, 1949, p. 30). O experimento mental de Fuller proporciona uma evidência empírica forte a favor da visão de Keen: entre os cinco juízes não há nem um acordo sobre a finalidade da punição nem uma tentativa de alcançar um consenso sobre essa questão. De fato, não somente nesse experimento mental, mas também em numerosas decisões de cortes supremas, por exemplo, a Suprema Corte Norte-americana, não há referência alguma a um *único* objetivo da pena¹⁰. O juiz Tatting expressa a mesma visão e menciona retribuição e reabilitação como outros possíveis propósitos da pena (FULLER, 1949). Paradoxalmente, o único membro da corte que aceitaria a

prevenção como uma explicação auxiliar para impunidade e que oferece a prevenção como um argumento alternativo caso o seu primeiro argumento seja rejeitado pelos outros juízes é o juiz Foster. Contudo, ele enfatiza que o mesmo argumento da prevenção implica impunidade da legítima defesa como uma exceção à punição do homicídio¹¹ (FULLER 1949), o que contradiz o privilégio dado por Kant no caso de estado de necessidade do ofendido contra o ofensor.

Ora, como eu mencionei, a impunidade do alegado estado de necessidade não poderia estar localizada em uma desculpa legal, seja ela de origem judiciária ou legislativa, mas no escopo da lei que pune o homicídio (KÜPER, 1999) não considera a possibilidade de desculpas que tenham origem legislativa; se ele considerasse, ele teria adotado a mesma posição de Hruschka. A lei diria: matar intencionalmente um ser humano, se não ocorre em estado de necessidade, deve ser punido com a morte. Os juízes Truepenny e Keen, que confirmam a pena de morte, invocam principalmente o legalismo e enfatizam que o caminho certo de se alcançar a impunidade, à qual eles são simpáticos, seria uma revisão legislativa (FULLER, 1949). Também Tatting, que se abstém, menciona isso (FULLER, 1949), assim como Foster, que vota pela absolvição (FULLER, 1949) e Handy se refere à vontade soberana do povo. Handy expressa a opinião que seres humanos “[...] são bem governados quando os seus governantes entendem os sentimentos e concepções das massas” (FULLER, 1949, p. 35), que, ele acredita, decorrem do senso comum. Handy relata:

Uma das grandes cadeias de jornais fez uma pesquisa de opinião pública sobre a questão: “o que você acha que a Suprema Corte deveria fazer com os exploradores?” Cerca de noventa por cento expressou a crença que os acusados deveriam ser perdoados ou liberados com uma pena simbólica [...] Nos poderíamos

saber isso sem a pesquisa, claro, com base no senso comum, ou observando que nesta corte há aparentemente quatro homens e meio, ou noventa por cento, que compartilham da mesma opinião. (FULLER, 1949, p. 38).

Ora, em relação à opinião pública, nem Handy ou nenhum dos juízes menciona:

- a) as razões pelas quais a opinião pública é majoritariamente a favor da impunidade;
- b) qualquer objetivo da punição que a opinião pública poderia ter (portanto podemos supor que a opinião pública é tão dividida quanto os juristas sobre a questão do objetivo da pena);
- c) o estado de necessidade;
- d) qualquer proibição legal de agir por necessidade.

Se compararmos o experimento mental de Fuller com as suposições de Kant, observamos as seguintes diferenças:

Quadro 1 – Comparação entre Kant e Fuller sobre o estado de necessidade

	Kant	Fuller
(1) Veredito da corte	Absolvição	Pena de Morte
(2) Relação entre o veredito da corte e a questão se existe um estado de necessidade	Juristas confundem impunidade com a existência do estado de necessidade	Nenhum dos juízes trata da questão do estado de necessidade. Assim, não há relação.
(3) Relação entre o a opinião da Corte e a opinião pública.	A decisão da corte influencia a opinião pública: em virtude de a corte decidir pela impunidade, a opinião pública acredita que a ação é inculpável	Os juízes (com exceção de Handy) decidem desconsiderar a opinião pública, embora eles compartilhem seu ponto de vista, e requerem ao poder executivo que perdoe os condenados.
(4) Opinião Pública sobre a impunidade	Impunidade	Impunidade
(5) Opinião Pública sobre a existência do estado de necessidade.	Estado de necessidade	Não mencionado. Assim não existe.
(6) Opinião pública sobre a proibição de agir em razão de necessidade.	Não há proibição, pois há um estado de necessidade.	Não mencionado. Assim não existe.

Fonte: Elaborado pelo autor.

Se a vontade do povo é em última análise o lugar onde a questão se pune-se ou não é resolvida por meio do direito positivo através da revisão da legislação penal e se a opinião pública não fornece nenhuma razão para sua decisão em favor da impunidade nem um objetivo consensual sobre os objetivos da pena, alguém pode imaginar como é possível que o público decida com tão esmagadora maioria em favor da impunidade. Fuller não oferece qualquer resposta: “O caso foi construído com o único propósito de trazer a uma perspectiva comum certas filosofias divergentes do direito e do governo.” (FULLER, 1949, p. 47). Contudo, há elementos claros para responder à questão: de acordo com a opinião pública, do ponto de vista jurídico, não há:

- i) estado de necessidade;
- ii) proibição de agir em razão da necessidade;
- iii) nenhuma obrigação de agir por necessidade.

A conclusão a ser extraída de (i)-(iii) é que o direito não pretende dizer qualquer coisa sobre a necessidade. E a única explicação possível é que casos de necessidade não pertencem ao domínio do direito.

A PREMISA OCULTA DE KANT

A falácia central de Kant é formulada em sua conclusão: “O lema do estado de necessidade diz: ‘Necessidade carece de lei’ (*necessitas non habet legem*). Contudo, não poderia haver necessidade que fizesse o que é injusto conformar-se à lei.” (KANT, 1996, p. 392; RL, AA 06: 236).

Trata-se de uma falácia pela seguinte razão: se (um caso de) necessidade não tem lei, então neste caso de necessidade nada pode estar errado (ou certo), de modo que a segunda frase não faz sentido.

Anteriormente, eu admiti que Foster, cujo argumento pela impunidade é a incompetência do juízo e do direito em geral em casos de necessidade, é somente um dos juízes, e que seria abusivo afirmar sem qualquer outro argumento que seu argumento anteriormente mencionado expressa a visão de Fuller. Após o legalismo, a referência à soberania da vontade popular e a análise de como Fuller caracteriza a vontade popular nessa matéria, agora nós chegamos ao ponto no qual descobrimos por fim que todos os outros quatro juízes compartilham esse argumento, embora eles não o expressem e embora eles possam não estar conscientes dele. Alguém pode objetar que ao menos Tating rejeita a referência de Foster a um estado de natureza:

quando analiso a opinião apresentada pelo meu irmão Foster, eu acho que ela se encontra permeada por contradições e falácias. Começemos com a sua primeira proposição: esses homens não estavam sujeitos à nossa lei pois eles não se encontravam em um “estado de sociedade civil”, mas em um ‘estado de natureza’ [...] o Sr. Juiz Foster e eu somos juízes indicados da corte do Comunidade de Newgarth, jurados e empossados para administrar as leis da comunidade. Com que autoridade nós decidimos entrar em uma Corte da Natureza? Se esses homens estavam realmente sob a lei da natureza, de onde vem a nossa autoridade para expor e aplicar a lei? Certamente nós não estamos em um estado de natureza. (FULLER, 1949, p. 17 et seq.).

Contudo, Tating comete uma típica falácia *post hoc ergo propter hoc*. De fato, a razão pela qual a corte deve decidir esse caso não é o fato de ela ser competente, mas, na verdade, o fato de o caso ter sido levado a ela. Uma corte pode se declarar incompetente, e pode fazer isso sem declarar qual corte seria competente. A Suprema Corte pode também considerar que todas as juízes inferiores que decidiram a questão também eram incompetentes.

Ora, quando uma corte criminal se declara incompetente ou é declarada incompetente por uma corte superior, a absolvição é a única solução possível. Um outro aspecto enigmático é o comportamento de Tatting. Um juiz só pode se abster em caso de um conflito de interesses ou de incapacidade (por exemplo, insanidade). Contudo, Tatting se abstém somente por comodidade, em razão do caso parecer a ele muito complexo, o que é surpreendente para um membro de uma Suprema Corte.

Diante de tudo isso vemos que o experimento mental de uma deliberação legal real levando a um veredito contradiz a explanação de Kant sobre a razão pela qual muitas pessoas acreditam que existe um estado de necessidade, assim como isso contradiz a visão dele que a ação por necessidade é culpável por causa da Doutrina do Direito (isto é, um conceito de direito) que contenha um estado de necessidade é autocontraditória. A tese da culpabilidade deriva de outra premissa que não o conceito de direito. A premissa oculta é que a pessoa que ataca primeiro está juridicamente errada e é culpável, (“agressor injusto”) *somente* porque ela ataca primeiro. Em *Sobre o provérbio: isso pode ser correto na teoria, mas não vale na prática* (1793), Kant explica a sua visão sobre o estado de necessidade da seguinte maneira:

Pois preservar a minha vida é somente um dever condicional (se pode ser realizado sem um crime); mas não tirar a vida de outrem que não está cometendo nenhuma ofensa contra mim e nem mesmo me coloca em perigo de perder minha vida é um dever incondicional. (KANT, 1996, p. 299; RL, AA 08: 300 nota 3).¹²

Dessa premissa resulta *tanto* a refutação de um estado de necessidade (não pode haver qualquer estado de necessidade, pois agir por necessidade é proibido) *quanto* a culpabilidade

da pessoa que age por necessidade (pois ela viola uma proibição).¹³ Mas então a referência ao conceito de direito é ao menos supérflua. E também é pelo menos enganadora, porque também essa solução, que leva à morte da pessoa que se abstém de agir por necessidade, é incompatível com o conceito de direito, definido como “[...] a soma das condições sob as quais a escolha de um pode ser unida com a escolha de outro, de acordo com uma lei universal de liberdade.” (KANT, 1996, p. 387; RL, AA 06: 230).

É claro que também os advogados do estado de necessidade podem cometer tais falácias e de fato as cometem. Aqui está um exemplo:

Que direito e deveres são correlatos é geralmente válido. Não obstante, como já mostramos, há uma obrigação interna à qual não corresponde nenhum direito. Assim, há um direito irregular ao qual não corresponde nenhuma obrigação. Ele é um direito irregular de tal natureza que alguém está legitimado a preservar sua vida em caso de um iminente perigo mortal quando, em um desastre, uma tábua não pode suportar duas pessoas, e ambas possuem o direito de afastar a outro sem qualquer obrigação correspondente. (THOMASIVS, 2003, p. 187).¹⁴

Porém, alguns autores clássicos já advogavam a inexistência *tanto* de um estado de necessidade *quanto* da culpabilidade daqueles que agem por necessidade, como no caso de Pufendorf: “Nós percebemos isso simplesmente como uma ofensa dessa natureza não está relacionada a qualquer pecado, então aquele que a experimenta deve recebê-la e considerá-la como um infortúnio trazido pelas circunstâncias.” (PUFENDORF, 1964, p. 299).

Seis meses depois da publicação da Doutrina do Direito de Kant, Fichte deriva do mesmo conceito de direito de Kant a conclusão correta:

O principal problema de uma doutrina do direito é: como podem muitos seres livres coexistir como tais? Ao se perguntar sobre a maneira dessa coexistência supõe-se ser ela, de modo geral, possível. [...] Aqui não há um direito positivo de sacrificar a vida de outrem para salvar a minha própria vida, mas também não é uma violação do direito fazer isso; isto é, eu não violo o direito positivo do outro se eu sacrifico a vida dele para salvar a minha, isto é, eu não violo qualquer direito positivo do outro se eu sacrifico sua vida para salvar a minha, pois o que está em jogo aqui não é mais, de modo algum, uma questão de direito. *Para nós dois* a natureza rescindiu o direito à vida [...]. (FICHTE, 2000, p. 221).

O curto experimento mental da tábua de salvação de Carneades pode ser realizado de forma correta, se é levada à sério, mas o segundo experimento mental (a deliberação da Suprema Corte) apresentado por Fuller, ajuda a separar a tábua de Carneades, considerada como um experimento mental sobre o *estado* de necessidade *stricto sensu*, de outras questões das quais ele não depende, mas que dele resultam. Aqui temos um caso claro de um experimento mental que proporciona uma abordagem heurística crítica para uma tese filosófica sobre um problema da Filosofia do Direito.

RESUMO: Na muito breve parte do Apêndice da Doutrina do Direito consagrada ao direito de necessidade (*ius necessitatis*), Kant formula duas teses relativas a duas experiências de pensamento, ou, melhor, a um duplo nível de experiência de pensamento. O presente artigo analisa e submete essas duas teses a um exame crítico, à luz da experiência de pensamento dos espeleólogos de Lon Fuller, que contém o análogo dessas duas experiências de pensamento kantianas. A primeira tese de Kant refere-se à prancha de Carneades: Kant nega a existência de um direito de necessidade. Mas, de fato, Kant vai mais longe: em lugar de somente afirmar que uma tal situação de necessidade não pertence ao conceito de direito (afirmação que decorre logicamente de seu conceito de direito), Kant acrescenta uma interdição jurídica que faz da ação em questão uma violação do direito. A segunda tese de Kant refere-se à maneira pela qual um tribunal julgaria aquele que cometesse um tal ato de necessidade. Segundo Kant, o tribunal o declararia culpado, mas lhe concederia a impunidade. A partir de uma análise da argumentação de Kant, esse artigo rejeita suas duas teses.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de necessidade. Prancha de Carneades. Impunidade. Conceito de direito. Experiência de pensamento.

ABSTRACT: In the very short “Appendix to the introduction to the Doctrine of Right” devoted to the so-called right of necessity (*ius necessitates*), Kant formulates two theses about a two-tiered thought experiment. This paper analyzes and criticizes these two theses in light of Lon Fuller’s thought experiment of the Speluceans, which presents for a counterpart to Kant’s two-tiered thought experiment of the shipwrecked. Kant’s first thesis refers to Carneades’ plank: Kant denies that there can be any right of necessity. But, in reality, Kant goes further. Instead of merely stating that such law is not competent for such a situation of “necessity”, since – as one must logically conclude from his concept of right – there can be neither law nor rights in such a situation, Kant also asserts a legal prohibition, which makes such an action out of necessity a violation of the law. Kant’s second thesis concerns the sentence that a court of justice would pronounce against the perpetrator of such an action out of necessity. According to Kant, the court of justice would find him guilty, but it would not punish him. On the basis of a close analysis of Kant’s argumentation, this paper will eventually reject both of Kant’s theses.

KEYWORDS: Right of necessity. Plank of Carneades. Impunity. Concept of right. Thought experiment.

REFERÊNCIAS

BYRD, B. S. Kant’s Theory of Punishment: deterrence in its threat, retribution in its execution. *Law and Philosophy*, Dordrecht, v. 8, n. 2, p. 153-200, 1989.

CÍCERO, M. T. *De officiis*. Translated by Walter Miller. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1913.

- FICHTE, J. G. *Foundations of natural right*. Translated by Michael Baur. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000.
- FULLER, L. L. The case of the speluncean explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., v. 2, n. 4, p. 616-645, 1949.
- GARVE, C. *Philosophische Anmerkungen und Abhandlungen zu Cicero's Büchern von den Pflichten*. 4. Aufl. Breslau: Wilhelm Gottlieb Korn, 1792. v. 3.
- HUFELAND, G. *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften zu Vorlesungen*. 2. gänzlich umgearb. Ausg. Jena: Christ. Heinr. Cuno's Erben, 1795.
- HRUSCHKA, J. On the history of justification and excuse in cases of necessity. In: KRAWIETZ, W., MACCORMICK, N.; WRIGHT, G. H. von (Org.). *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems: Festschrift für Robert S. Summers*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. p. 337-349.
- KANT, I. The metaphysics of morals. Translated by Mary J. Gregor. In: _____. *Practical philosophy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996a. 353-603.
- _____. On the common saying: That may be correct in theory, but it is of no use in practice. Translated by Mary J. Gregor. In: _____. *Practical philosophy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1996b. p. 273-309.
- _____. *Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie*. Kant's handschriftlicher Nachlaß, Band VI, Kant's gesammelte Schriften, Band XIX, Hrsg. Preußische Akademie der Wissenschaften. Berlin: Walter de Gruyter, 1934.
- KÜPER, W. *Immanuel Kant und das Brett des Karneades*. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- MERLE, J.-C. *Germany idealism and the Concept of Punishment*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.
- PUFENDORF, S. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octo*. Translated by C. H. Oldfather, W.A. Oldfather. New York: Oceana; London: Wildy & Sons, 1964.
- THOMASIU, C. *Grundlehren des Natur- und Völkerrechts*. Hildesheim: Georg Olms, 2003.

NOTAS

* Traduzido do original em inglês por Hugo Schayer Sabino. Revisão da tradução por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

1 Agradeço aos tradutores pela excelente tradução, bem como por seus valiosos comentários.

2 Jean-Christophe Merle is Professor of philosophy at the University of Lorraine (Nancy) and honorary professor of philosophy at the University of Saarland (Saarbrücken). He has published *Justice et Progrès* (1997), *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde* (2007; English : *German Idealism and the Concept of Punishment*, 2009), edited Fichte. *Grundlage des Naturrechts* (2001), *Globale Gerechtigkeit* (2005), *Die Legitimität von supranationalen Institutionen der EU* (2012), and co-edited *Weltrepublik* (2002), *Modelle politischer Philosophie* (2003), *Direito e Legitimidade* (2003), *L'amitié* (2005), *Leviathan between the wars* (2005), *Figures du communautarisme* (2006), *A Moral e o Direito em Kant* (2006), *Staat und Religion in Frankreich und Deutschland* (2008), *Spheres of Global Justice* (2013).

3 Cf. Pufendorf (1964, p. 299 et seq.).

4 GENTZ, F. Nachtrag zu dem Raisonement des Hrn Professor Kant über das Verhältniß zwischen Theorie und Praxis. *Berlinische Monatsschrift*, Berlin, v. 2, p. 518-554, 1793.

5 Cf. Hruschka (1994, p. 348).

6 "Wie? In diesen Augenblicken wo der vor Augen schwebenden Tod, alle anderen Gedanken verscheucht, soll ein Mensch erst untersuchen, ob er seinem Vaterlande nützlicher sey, als der andre, welchen der Zufall auf denselben Trümmern des Schiffes mit ihm zusammengebracht hat? – Alle Regeln der Moral sind nur für die Zeiten gegeben, wo der Mensch denken, oder sich doch des Gedachten wieder erinnern kann. In den Augenblicken, wo die erste aller Begierden, die Liebe zum Leben, die ganze Seele einnimmt, tritt auch die erste aller Triebfedern, der Instinct, in seine alten Rechte. Der Mensch istalsdann in der Gewalt des Zufalls, oder mechanischer, unwillkührlicher Bewegungen."

7 "Doch kann der Charakter, die schon gebildete Denkungsart, die vorhergegangene Uebung des ganzen Lebens, auch auf diese Augenblicke Einfluß haben."

8 "Der casus necessitatis ist kein Recht, sondern eine physische (subjektiv practische) Unmöglichkeit nach der Regel des Rechts zu verfahren, weil man dadurch ganz unglücklich werden würde. Es ist aber unmöglich anzuzeigen, worin das gänzliche Unglück bestehen könne. Der Tod ist es nicht."

9 Cf. Merle (1999, p. 47) e Fuller (1949, p. 23), onde o juiz Tatting enfatiza o mesmo.

10 Alguém pode se opor ao meu argumento, alegando que ele supõe (i) a existência de uma pluralidade de instâncias (primeira instância, segunda instância e corte suprema), (ii) a presença de mais de um juiz, a saber, cinco juízes, e (iii) a existência de uma lei penal ou pelo menos de algum tipo de jurisprudência. Entretanto o meu argumento se mantém válido mesmo se nenhuma dessas condições for atendida. Para ser válido, o meu argumento somente necessita da suposição de que o juiz ou os juízes não estão necessariamente comprometidos, tanto pelo

direito penal, pela jurisprudência ou pela sua consciência, com algum tipo de teoria da pena como prevenção.

11 O juiz Tatting faz a mesma observação.

12 Hufeland refere-se a esse ponto e o aprova, mas ele troca o seu significado: “É um dever incondicional não agredir alguém, que portanto suprime todos os deveres incondicionais e respectivos direitos. [...] Assim não há estado de necessidade” (*Es ist eine unbedingte Pflicht, keines Menschen Rechte zu kränken, die folglich alle bedingte Pflichten, und damit zusammenhängende Rechte aufhebt. [...] Diesem zufolge giebt es kein Nothrecht*). (HUFELAND, 1795, p. 111, §200) Ao mencionar os direitos (Rechte) de outra pessoa (o que Kant não faz), Hufeland supõe que no estado de natureza já há direitos, o que contradiz o próprio conceito de estado de natureza.

13 A tese de Kant que a pessoa que ataca primeiro é legalmente errada e culpável (“agressor injusto”) somente porque ela ataca primeiro é de grande importância na obra *À Paz Perpétua* (1795), como um meio para estabelecer a ordem jurídica internacional em contraposição ao estado de natureza. Porém, no caso da tábua de salvação de Carnéades ela não pode desempenhar esse papel, porque, ao contrário do caso de estados em um estado de natureza, não há solução para o caso de duas pessoas lutando pela sobrevivência.

14 “[...] *daß das Recht und Verpflichtung correlata seyn, solches gehet zwar insgemein an. Allein gleichwie wir schon [...] gezeigt haben, daß eine innerliche Verpflichtung sey, womit das Recht nicht überein kommet; also giebt es auch ein irregulaires Recht, womit die Verpflichtung nicht übereinkommet wie dasjenige ist, [...] daß es uns bey Ereignung der gegenwärtigen Gefahr das Leben zu erhalten zustehe, wenn ein Bret bey dem Schiffbruche beyde nicht erhalten kan, allwo beyde das Recht haben einander herunter zu werffen, ohne eine übereinstimmende Verpflichtung.*”

Recebido em: 3 de junho de 2012

Aprovado em: 22 julho de 2012