

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

De acordo com a exposição dos artigos no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I trazemos as seguintes considerações:

No trabalho intitulado “A Influência da Ética Tomista na Construção da Justiça Social” as autoras abordam o realismo no pensamento do Ser. O Homem limitado e finito. Lei e Direito não se confundem. A Lei antecede ao Direito. Tratam da virtude e da Prudência. O Homem bom é o homem Justo. Tratam da questão da Fé e Razão.

No texto “A Jurisprudência Analítica Desconstruída: Uma Análise da Obra do Conceito de Direito de Herbert Hart” os autores apresentam o conceito de Justiça para aprimorar a solução de conflitos. Os Soberanos criam as leis, mas para os súditos e não para os Soberanos. Lei e Moral são diferentes, mas há influência da Moral nas Leis. A Lei é seguida pelos súditos, mas tem o direito natural preservado. Diferencia os costumes da moralidade e da justiça. Para Hart a Justiça deve tratar todos da mesma maneira.

No trabalho “A Problemática Conceitual do Direito, da Ética e da Questão da Justiça e sua Relação com a Busca pela Felicidade” as autoras tratam da Justiça como a busca pela Felicidade, relacionadas à Ética e à Justiça. Felicidade é um estado de consciência plena. Para Aristóteles, Felicidade é o bem supremo; para Epicuro é um estado de impertubabilidade; para Sêneca é um caminho diferenciado. Há a análise do conceito de Felicidade em diferentes autores/filósofos. Em relação ao conceito de Direito há análise de acordo com o momento histórico e a inserção social. Há análise da Ética condizente com a moral de determinado período histórico.

No texto intitulado “A Relação entre Direito e Moral em Robert Alexy”, o autor discorre sobre as relações entre Direito e Moral e traz a Teoria dos Princípios. Analisa o pensamento de Robert Alexy na relação do Direito e da Moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

No trabalho “A Teoria do Direito em Max Weber : Um olhar para Além da Sociologia” o autor insere o pensamento de Max Weber e sua contribuição para o Direito. Divide o trabalho em três partes. Analisa o Direito como Teoria. Traz o pensamento de Max Weber nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Estado , de Kelsen. Traz o papel da neutralidade axiológica do Impossível. Coloca o Direito como instrumento da Racionalidade.

No texto “ A Teoria do Reconhecimento Enquanto Luta Social de Axel Honneth: Identidade Pessoal e Desrespeito Social” as autoras tratam dos conflitos em relação à identidade pessoal e o desrespeito social. Há um relação intersubjetiva. Tratam do afeto, sentimento do amor nas relações amorosas e em todas as relações primárias. Há análise do reconhecimento no amor, na esfera jurídica (minorias), na esfera social e na auto estima.

No trabalho “Ação Comunicativa e Integração Social Através do Direito”, a autora busca a racionalidade e a verdade. Analisa o fracasso da autonomia humana. Analisa a polarização entre o real e o ideal o ser o dever ser. Há momentos de conciliação, que é a razão compreensiva como ação comunicativa. O artigo faz um giro linguístico. Todo processo de conhecimento é um fato social/racional. O Objetivo é a reconstrução filosófica do agir comunicativo para dizer o Direito.

No texto “De Platão a Nietzsche: Um Panorama dos Princípios Filosóficos Epocais ao Longo da História”, os autores buscam analisar os mais importantes princípios epocais da filosofia, conforme definição de Heidegger, desde Platão e seu eidos até Nietzsche e a vontade de poder. Estes serão analisados cronológica e criticamente, tendo em vista a rejeição de Heidegger a todos eles, uma vez que os forjadores destes princípios desejam reter para si a pretensão de verdade única, de modo absoluto e como último fundamento.

No trabalho intitulado “Democracia, Direitos Humanos, Justiça e Imperativos Globais no Pensamento de Habermas, os autores buscam a explicitação racional de seus nexos internos. Expõe como Habermas, a partir da reconstrução da esfera pública e agir comunicativo aborda a justiça e o direito. A dialética entre facticidade e validade, entrelaça filosofia e sociologia para desenvolver sua abordagem normativa do direito e do Estado, conectando direito e democracia através do paradigma discursivo do direito.

O texto “Dignidade Humana: Uma Perspectiva Histórico-Filosófica de Reconhecimento e Igualdade” aborda o termo dignidade é articulado em relação ao tema da igualdade. O artigo traz noção histórico-filosófica sobre a origem do termo. Em seguida, aborda a reflexão

hegeliana da dignidade enquanto reconhecimento do outro como pessoa dotada de valor. Por fim, enfatiza a relação dignidade e igualdade, considerando o homem como ser dotado de igual dignidade.

O artigo “Direito e Linguagem no Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

O texto “Direito, Desconstrução e Utopia: Um diálogo entre Derrida e Bloch” aborda as ideias filosóficas de Jacques Derrida e Ernst Bloch a respeito da relação entre o Direito e a justiça. Enquanto o primeiro é conhecido como o pensador da desconstrução, o segundo é tido como filósofo da esperança. O texto analisa as divergências entre os dois autores, sem perder de vista um horizonte de diálogo a partir de pontos em comum entre Derrida e Bloch.

O artigo “Direito, Desigualdade, Epistemologia e Gênero: Uma análise do Feminismo Jurídico de Catharine A. Mackinnon” analisa o Estado democrático de direito contemporâneo e por um lado, ele herda a inviolabilidade da propriedade privada e a garantia da liberdade individual, que impedem a injustiça do abuso de poder de governos despóticos e absolutistas sobre os indivíduos. Por outro, herda direitos econômicos e sociais que serviriam para remediar a injustiça da concentração de riquezas gerada pela acumulação de bens privados. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de abolir a injustiça praticada contra as mulheres.

O texto “Direitos e Conceitos Políticos, a partir de Ronald Dworkin” tem como objeto de estudo direitos e conceitos políticos, à luz do filósofo Ronald Dworkin, principalmente, por meio de sua obra Justiça para Ouriços. Analisou os direitos políticos e num segundo momento, estudou os conceitos políticos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de análise propedêutica do tema, à luz do filósofo Ronald Dworkin.

O artigo “Ética e Uso Ilegítimo da Violência Física: O Caso da Instituição Prisional” reflete sobre a questão do “uso ilegítimo” da violência física entre presos. Essa prática faz parte da “ética” dos prisioneiros e constitui uma forma de privatização do monopólio do uso legítimo da violência física, própria do Estado. Reflete-se sobre dois conceitos de legitimidade: como

legalidade e como aceitação e aprovação de uma prática legal ou ilegal por determinada comunidade. O “uso ilegítimo” da violência física, pretensamente “legítima” e monopolizada pelo PCC, possui paradoxos, contradições e aporias.

O texto “H.L.A Hart e o Conceito de Direito” tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart.

No trabalho “Kant entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: A Fundamentação e a Estrutura do Direito” trata da filosofia do direito de Kant, discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta.

O artigo “O Cenário Laboral Brasileiro na Contemporaneidade: Uma Análise à Luz da Teoria Social Crítica Marxista” analisa o âmbito laboral brasileiro. Analisa a contradição valorativa entre a organização social capitalista, pautada na priorização da obtenção de lucratividade, e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como base a Teoria Social Crítica Marxista.

No trabalho intitulado “ O esclarecimento e a desconstrução da pessoa humana: desafios do direito atual” o autor aborda a alienação tecnológica como meio de violação da dignidade da pessoa humana e propõe o retorno à metafísica clássica como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

O texto “O ódio aos direitos humanos” denuncia a natureza polivalente do discurso dos direitos humanos que serve tanto à direita, quanto à esquerda. Nas mãos da direita é discurso amplo e vazio; nas da esquerda é estridente e repetitivo. A autora consegue atingir o objetivo do texto ao explicar a razão do ódio aos direitos humanos, que baseia-se no fato de tal discurso estar vinculado a lutas e resistências, à ações políticas dos excluídos e, por isso, capaz de produzir dissenso e ameaça àqueles que ocupam as estruturas de poder.

No texto “ O passo curto do ornitorrinco: uma análise do sistema jurídico brasileiro em face dos legados do(s) kantismo(s)” os autores usam a metáfora do ornitorrinco para fazer alusão ao ordenamento jurídico brasileiro que tem tradição romana e controle difuso de constitucionalidade e caminha para absorver a tradição anglo-saxônica. Os autores tratam

ainda das diferentes recepções da filosofia kantiana e associam essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico.

O trabalho intitulado “O pensamento de Gustav Radbruch: pressupostos jusfilosóficos e as repercussões da Alemanha do Pós-guerra”, aborda o culturalismo neokantiano de Gustav Radbruch sem negligenciar as suas premissas na filosofia, como também no contexto histórico que influenciou a sua formação jurídica e política. O trabalho ainda aborda o conceito de direito de Radbruch que ressalta dois traços fundamentais: o dualismo metodológico e o relativismo.

O texto “ O projeto filosófico da modernidade e a crise dos atores estatais na era globalizada” aborda o fenômeno da globalização, conceitua os atores estatais enquanto protagonistas do cenário internacional e por fim estuda a crise dos atores estatais na globalização.

O texto “O resgate da validade como elemento estruturante das ações estatais: o pós-positivismo e o direito discursivo em Habermas” baseia-se em um contexto bastante atual: a contestação de ações políticas, administrativas e jurídicas através de manifestações populares em todo o país. A pesquisa parte das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não é suficiente para estruturar o ordenamento jurídico; o pós-positivismo precisa da legitimidade democrática para validar as ações estatais. Ao final do trabalho os autores conseguem corroborar as suas hipóteses.

“Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista” é um texto que investiga a possibilidade de se pensar, científica e filosoficamente, as bases teóricas para um conceito de jurisdição a partir da hipótese comunista. O autor parte das contribuições do método materialista histórico dialético.

No trabalho “Ronald Dworkin e seu conceito de dignidade em “Justiça para ouriços” o autor faz uma análise da referida obra, especialmente da parte em que Dworkin trata do diálogo entre direito e indivíduo e do capítulo da dignidade, objetivando guiar a interpretação das pessoas acerca dos conceitos morais.

Coordenadores

Prof^a Dr^a Ana Luisa Celino Coutinho, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Federal da Paraíba.

Profª Drª Marcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Professora do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

Profº Dr. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, França; Coordenador Executivo do PPG-D da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

KANT ENTRE JUSNATURALISMO E JUSPOSITIVISMO: A FUNDAMENTAÇÃO E A ESTRUTURA DO DIREITO

KANT BETWEEN JUSNATURALISM AND LEGAL POSITIVISM: THE GROUDING AND THE STRUCTURE OF LAW

Gustavo da Encarnação Galvão França ¹

Resumo

O presente trabalho trata, em linhas gerais, da filosofia do direito de Immanuel Kant (1724-1804), discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Para tanto, analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta (negação do direito de resistência).

Palavras-chave: Kant, Filosofia do direito, Estado, Liberdade, Jusnaturalismo, Positivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This work outlines Immanuel Kant's (1724-1804) philosophy of law, discussing its framing within jusnaturalism or legal positivism. Hence, it analyzes the contrast between the grouding of law in Kant, strongly marked by the idea of freedom as legitimizing the state and the legal order, and its structure, characterized by formalism, by logical rigor, by the exaggerated importance of enforcement and by the remaining of the validity of the order even when it goes against the idea of justice that sustains it (denial of right of resistance).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Kant, Philosophy of law, State, Freedom, Jusnaturalism, Legal positivism

¹ Mestrando em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

1 Introdução

O presente artigo traz um estudo da filosofia do direito do pensador prussiano Immanuel Kant (1724-1804), um dos mais notáveis filósofos da modernidade. Ao contrário de sua obra sobre epistemologia ou sobre ética, suas reflexões acerca do fenômeno jurídico e do Estado não recebem, em nossos dias, atenção suficiente. A realidade, porém, é que os princípios do pensamento kantiano, estando na origem da concepção moderna do Estado de direito liberal, influenciam enormemente o modo contemporâneo dominante de trabalhar com as categorias conceituais do mundo jurídico. Eis porque entendemos relevante analisar aspectos essenciais de tal jusfilosofia, mesmo reconhecendo que muitos dos seus aforismos e institutos estão agora relegados ao baú das velharias do século XVIII.

A partir dessa proposta, pretendemos localizar Kant no ponto de inflexão entre o jusnaturalismo racionalista e o juspositivismo e debater seu possível enquadramento naquele ou neste. Nessa tarefa, achamos por bem recorrer primeiro a uma brevíssima análise dos conceitos de liberdade presentes em Kant. Sem qualquer pretensão de esgotar tudo o que há para ser dito sobre o tema, sabemos que a liberdade é o fundamento de toda a sua doutrina da razão prática, seja da moral, seja do direito, motivo pelo qual não é possível explorar sua jusfilosofia sem distinguir e explicitar, ainda que superficialmente, aquilo que ele entende como significado desse termo. Nos pontos seguintes, exporemos os tópicos centrais da teoria jurídica kantiana e as aporias que daí exsurtem.

O objetivo aqui é mostrar que não é fácil classificar o sistema jusfilosófico do pensador de Königsberg nem extrair dele consequências para a ciência jurídica atual. Se Kant permanece como um dos pensadores mais influentes em quase todas as áreas do conhecimento, todo o cuidado é pouco quando se buscam compreender as contribuições desse, para muitos, fascinante, mas inegavelmente complexo filósofo.

Este trabalho é integralmente bibliográfico, valendo-se das próprias obras de Kant, em especial a “Fundamentação da metafísica dos costumes” e “A metafísica dos costumes”, bem como de comentadores. Procuraremos, na medida do possível, estabelecer sempre diálogos e embates entre os intérpretes de modo a bem delimitar as controvérsias que motivam o estudo.

2 As liberdades em Kant

Kant é um liberal apaixonado. Quanto a isso não se pode suscitar qualquer dúvida. É efetivamente bastante sintomático que, conforme exporemos, a liberdade seja o ponto de partida de toda a sua concepção de Ética, Direito, Política, Economia, História, Antropologia. Não é outra a razão que nos leva à necessidade de iniciar nosso estudo com essa ideia basilar.

Como já dito anteriormente, não propomos de forma nenhuma estudar de modo completo tudo o que pode significar a liberdade em Kant visto que tal estudo exigiria uma obra muito mais extensa dedicada só a ele¹. Pretendemos, em primeiro lugar, esclarecer que há mais de um conceito de liberdade nos escritos do filósofo prussiano e que saber as distintas aplicações de cada um deles é o fio condutor de qualquer aventura por entre as dificuldades de seu pensamento jurídico. Em segundo lugar, pois, buscaremos explicar essas diferentes liberdades. A seguir, veremos que Kant distingue entre liberdade interna e externa e que esta última pode ser compreendida de dois modos.

2.1 Liberdade interna e externa

Kant, ao propor a liberdade como fundamento último de sua filosofia prática, torna-a também a chave de interpretação da distinção estrutural entre seus ramos, ao estabelecer uma diferença entre a liberdade moral (interna) e a liberdade jurídica (externa). A liberdade surge na filosofia de Kant no momento máximo de sua interiorização, quando a razão se liberta completamente de seu contato com o mundo empírico e assume sua dimensão prática. Nesse ponto, a liberdade se identifica com a própria razão e se torna o pressuposto da capacidade da consciência individual de criar os princípios do agir humano, em movimento que, então, se dirige para o exterior, o que justifica a conceituação dividida nos dois momentos do pensamento prático (SALGADO, 2012, p. 168-169).

A partir dessa explicação, é possível perceber que Kant nos dá uma ideia de liberdade puramente racional. A liberdade que embasa sua proposta ética não é de modo algum a liberdade em sentido vulgar, como “ausência de obstáculos para que possamos fazer o que quisermos” (SANDEL, 2011, p. 140). Ela é posta aqui como autolegislação moral. Livre é a ação que se submete apenas à nossa vontade autônoma, sem atenção a qualquer impulso externo, que obedece somente a princípios da pura razão prática ao reverenciar a dignidade intrínseca do indivíduo colocando-o como o fim em si mesmo das suas próprias ações, indiferentes a finalidades exógenas (KANT, 2009, p. 261-265).

Nessa esteira, Kant exclui da liberdade interna a ação segundo nossos desejos e sensações empíricas. Para ele, quando buscamos satisfazer nossos instintos e apetites, somos escravos de impulsos alheios à nossa razão, quer originários de dados biológicos, quer oriundos de pressões sociais. Nossa vontade íntima só é livre quando se trata de um querer autônomo, ou seja, derivado da própria razão e de sua capacidade de eleger o indivíduo como

¹ Para uma exposição resumida e didática dos fundamentos e implicações da conceituação que Kant desenvolve ao longo da sua obra, cf. SALGADO, 2012, p. 149 e ss.

único fim e jamais como instrumento de uma motivação externa (SANDEL, 2011, p. 140-141).

A liberdade, portanto, na filosofia kantiana, nasce voltada para a nossa consciência e só se caracteriza quando esta é a única senhora de nossas intenções. Agir livremente é agir de acordo com deveres morais autoimpostos, independentemente de qualquer finalidade. Quando nossa razão se torna a única legisladora de nossa vontade, estamos honrando nossa liberdade moral (SANDEL, 2011, p. 156-157). Nas palavras do filósofo:

Enquanto ser racional, logo, pertencente ao mundo inteligível, o homem jamais pode pensar a causalidade de sua própria vontade de outro modo senão sob a ideia da liberdade; pois independência das causas determinantes do mundo sensível (tal como a razão tem sempre de se conferir sempre) é a liberdade. Ora, à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito da autonomia, a este, porém, o princípio universal da moralidade, o qual subjaz, na ideia, a todas as ações de seres racionais, do mesmo modo que a lei natural a todas as aparências (KANT, 2009, p. 371).

Se, em Kant, a autonomia moral do homem é a sua liberdade, é necessidade da filosofia prática ocupar-se da dimensão externa desse conceito. É certo que o valor moral de um ato está na consciência individual e na sua disposição de agir inclinada apenas pelo dever e não na mera conformidade exterior da ação com a lei universal da razão (SANDEL, 2011, p. 143-144). Por outro lado, Kant igualmente fornece uma concepção de liberdade levando em conta a exteriorização da conduta individual, capaz de nortear também uma filosofia do direito e da política. Ele reconhece que o uso prático de nossa razão comporta uma dimensão coletiva uma vez que os atos que livremente praticamos produzem efeitos no meio social e nas liberdades alheias. Kant chama arbítrio à liberdade de agir no meio social, dentro do qual o indivíduo tem obrigações impostas por leis externas, mas cuja validade depende de que extraiam seu fundamento da liberdade exterior (SALGADO, 2012, p. 171).

2.2 As duas liberdades externas

Contudo, o que é essa liberdade externa? Essa questão não é de fácil solução e comporta algumas controvérsias. Norberto Bobbio, após precisa e consistente análise, propõe uma resposta elegante. Em sua leitura (2000b, p. 105), da obra de Kant se extraem verdadeiramente dois conceitos de liberdade jurídico-política: um explícito e outro implícito.

Todas as vezes em que define a liberdade jurídica, o filósofo de Königsberg torna a rejeitar a noção comum de liberdade como não impedimento. Ao espelhar no meio político seu conceito moral, Kant acaba reproduzindo a célebre definição de Jean-Jacques Rousseau

(1712-1778). Descreve ele ser livre como obedecer a leis autoimpostas, a leis a que o indivíduo pôde dar seu consentimento (BOBBIO, 2000b, p. 105-106).

O cuidado que precisamos ter com essa definição é o de guardar em mente que Kant não era, de forma nenhuma, um democrata. Ao defender que as leis devem tirar seu fundamento do consentimento individual, ele mais uma vez se refere a uma abstração puramente racional da vontade autônoma, não a mecanismos institucionais de efetiva participação popular nas decisões políticas. A lei externa de conformidade com a liberdade individual não é aquela que foi votada pela maioria, mas a que o indivíduo pode racionalmente pretender que seja elevada a legislação para toda a coletividade exatamente porque realiza, no meio social, o ideal da liberdade externa do homem (BOBBIO, 2000, p. 106-108).

Portanto, Kant, explicitamente, transfere para o mundo das relações humanas seu princípio da liberdade racional como autonomia moral. Bobbio (2000b, p. 108), entretanto, enxerga outro conceito, presente implicitamente em todo o seu pensamento. Tal é exatamente a liberdade definida como não impedimento, como a faculdade de fazer tudo aquilo que não haja força externa vedando.

O jusfilósofo italiano oferece três evidências na obra kantiana dessa definição. A primeira é extraída de sua definição do Direito. Como veremos mais detidamente a seguir (item 3), Kant qualifica o Direito como o instrumento que garante a convivência dos arbítrios dos indivíduos, segundo uma lei universal de liberdade. Resulta mais lógico que ele não quer mais aqui proteger a autonomia racional do indivíduo, mas lhe dar real margem de não interferência em suas ações (BOBBIO, 2000b, p. 108-109).

Em outras palavras, podemos dizer que a liberdade que passa a integrar o conceito de Direito, sendo diferente da que o fundamenta (e isto é o ponto nodal da análise que motiva este trabalho), é a de que o indivíduo tem para agir autônoma ou heteronomamente, isto é, de acordo com os princípios morais da pura razão prática ou obedecendo a desejos e impulsos empíricos, desde que, neste último caso, não violem a liberdade alheia. Seria conveniente ainda acrescentar que, se Kant quisesse aqui se referir à autonomia racional, não teria sentido falar na garantia da convivência de liberdades² uma vez que não seria possível uma ação livre atentar contra a liberdade de outro indivíduo. A liberdade racional já traz a coexistência universal em seu próprio conceito.

² “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (KANT, 2008, p. 76).

Retornando a Bobbio (2000b, p. 110-111), a segunda evidência por ele apresentada se encontra nos fins do Estado. Kant repudia o Estado paternalista, que pretende conduzir os homens à felicidade, e repete a fórmula da convivência das liberdades externas como a única missão do Estado. Da mesma forma, não faz sentido pensar a liberdade aqui como aquela de se impor as leis a que se é submetido, devendo-se figurá-la como o direito de afastar a intromissão estatal de tudo o que não envolver violência ao outro.

A terceira prova está na ideia de progresso histórico da espécie humana³. Kant afirma que a humanidade progride à medida que as liberdades vão se ampliando, possibilitando a que os homens desenvolvam seus antagonismos na busca pelo bem-estar (ideia liberal clássica de progresso pela competição, pela concorrência e pelo visar aos interesses individuais, limitados pela necessidade de coexistência com as liberdades alheias). Nessa descrição, salta bem aos olhos a presença da liberdade em sentido vulgar (BOBBIO, 2000b, p. 111-113).

Por tudo isso, na síntese de Joaquim Carlos Salgado (2012, p. 173):

A liberdade negativa como não impedimento ou arbítrio é a que aparece no mundo do direito, considerado como ordem que possibilita a coexistência do arbítrio de cada um em sociedade. A liberdade como autonomia define o momento político da criação do direito e traduz-se em participar o cidadão na elaboração de sua ordem jurídica. O primeiro conceito é de natureza liberal; o segundo, democrática.

Em suma, a análise de Bobbio dá-nos a exata noção das dificuldades sentidas por quem estuda a filosofia kantiana do direito e do Estado. Com efeito, ela nos traz, partindo da liberdade moral, uma liberdade política, de inspiração rousseauiana, e uma liberdade vulgar. Tentaremos mostrar, nos tópicos que seguem, que essa dualidade conceitual, em que cada noção de liberdade encontra seu momento de aplicação, é a chave para uma possível proposta de solução das aporias da jusfilosofia em exame.

3 A filosofia kantiana do Direito

O sistema jusfilosófico kantiano encontra sua principal expressão no primeiro livro (“Princípios metafísicos da doutrina do direito”) da obra “A metafísica dos costumes”, que confere sistematização final ao seu pensamento prático e de que falaremos mais detidamente em 4.2. Certamente, esse escrito, considerado de qualidade inferior, é responsável pelo desprezo que essa área da filosofia de Kant recebe da maioria dos estudiosos. Com efeito, o mestre, ao se entregar à tarefa de comentar miudezas de institutos jurídicos, acaba por tecer algumas considerações que, hoje, só servem para nos informar acerca dos preconceitos típicos da época já despidos de sentido. Tal fato motivou, como dissemos na introdução, uma

³ Para maior aprofundamento na filosofia da história de Kant, ver HÖFFE, 2005, p. 270-278.

desatenção com toda a “Doutrina do direito” (cf. HÖFFE, 2005, p. 229 e ss.), que nos parece inadequada na medida em que muitos dos seus princípios nos trazem problemas atuais da jusfilosofia. Nossa missão, a partir deste momento, será separar para debate alguns desses aspectos essenciais.

3.1 A fundamentação apriorística do Direito e do Estado

Assim como os pensadores de sua época, Kant é um contratualista. Vale-se, como qualquer jusnaturalista tradicional dos primórdios da modernidade, das categorias do Estado de natureza, do contrato social e do Estado civil. É o contrato originário que serve como fundamento de legitimidade do Estado e do ordenamento jurídico.

A marca distintiva da obra kantiana é escapar da caracterização do contrato social como um fato histórico ou mesmo como representação material da evolução das sociedades humanas. O contrato em Kant nada tem de empírico. Trata-se de uma pura ideia da razão (BOBBIO, 2000a, p. 199-200).

Kant reconhece que o Estado é uma necessidade racional para a garantia da liberdade sobre a vida, sobre o corpo e sobre a propriedade, com o afastamento da violência alheia (HÖFFE, 2005, p. 251-252). Sendo o Direito o instrumento racional das relações humanas em sociedade, ele se funda na vontade dos homens que se associam para a criação do poder público, mas não expressa de forma fática, num escrutínio real. A vontade geral, aqui, é a vontade racional, ou seja, aquilo a que todos os indivíduos poderiam, seguindo os princípios da pura razão prática, dar seu consentimento. A atuação do Estado deve ser sempre de acordo com o que qualquer povo, no reto uso da razão, imporá a si próprio. O contrato, segundo essa construção, se presta a uma ideia regulativa, a permitir um critério de controle e de crítica da ação do soberano (HÖFFE, 2005, p. 256).

Ante o exposto, podemos ver em aplicação o conceito de liberdade política como autolegislação. Segundo já assentado, é essa liberdade (a liberdade de somente obedecer às leis do Direito a que posso, racionalmente, dar meu consentimento) que conferirá à ordem estatal uma legitimação metafísica e externa ao próprio direito. Eis aí o primeiro aspecto que destacamos da jusfilosofia de Kant, que orientará nossas observações no item 4.

3.2 A distinção estrutural entre Direito e moral

O segundo ponto que não pode faltar numa dissertação sobre o pensamento jurídico do filósofo prussiano é a distinção por ele traçada entre o direito e a moral. Kant herda os trabalhos de Cristiano Tomásio (1655-1728), primeiro filósofo iluminista a capitanear uma

antítese entre as duas esferas com base na ideia de que a moral se refere ao aspecto interno das ações humanas, e o Direito ao aspecto externo, sendo, por isso, coercível⁴.

Já ficou claro, em tudo o que escrevemos, que a filosofia prática de Kant é fortemente marcada pela dualidade entre o interno e o externo. Como não poderia deixar de ser, a distinção entre Direito e moral nasce numa diferença entre os conceitos de liberdade que cada um leva em conta. A moral é o reino da liberdade interna, e o Direito da liberdade externa.

A liberdade moral é, como explicamos, a independência da vontade individual dos impulsos sensíveis para se impor uma máxima puramente racional. A liberdade que caracteriza o Direito vem aqui não mais como a autonomia política que o fundamenta, mas como não impedimento pelos arbítrios alheios. Ou seja, o dever jurídico é a obrigação de permitir que cada um aja de acordo com seus desejos, desde que, reciprocamente, não impeça a liberdade do outro, enquanto o dever moral é o de eliminar qualquer influência de nossos apetites empiricamente condicionados e agir somente conforme as leis de nossa consciência (BOBBIO, 2000a, p. 95-96).

Exatamente desse ponto se extrai o segundo aspecto da distinção. Os deveres do direito são deveres externos. Para o seu cumprimento não se exige adesão íntima ao conteúdo da norma. Basta a conformidade entre a exterioridade da ação e a lei. Se o que move o ato não é puramente o respeito ao dever, mas qualquer outro fator sensível, o cumprimento da obrigação não fica prejudicado.

Os deveres morais, por seu turno, são deveres internos. A ação moralmente boa só se configura quando há adesão íntima ao conteúdo da norma, mais do que isso, quando o único motor da ação é o próprio dever. Se o ato está de conformidade com a lei moral, mas foi motivado por algum impulso externo (ou seja, deu-se conforme o dever, mas não por dever), não há retidão moral. A moral exige a pureza das intenções, enquanto o Direito a dispensa. Kant revela, assim, a sua filiação à tradição iluminista ao negar ao ordenamento jurídico a possibilidade de perscrutar a consciência individual, conformando seu objetivo estrutural à liberdade vulgar (BOBBIO, 2000a, p. 95-96).

Em análise diligente, Bobbio (2000a, p. 101-103) anota que, além desses dois critérios distintivos explícitos, há ainda duas diferenças entre direito e moral implícitas na obra de Kant. A primeira delas é aquela que se estabelece entre autonomia e heteronomia.

A autonomia, em Kant, é definida como a faculdade de dar leis a si mesmo. Essa definição se encaixa perfeitamente com a liberdade moral. A vontade moral é autônoma

⁴ Cf., para um resumo do pensamento de Tomásio, DEL VECCHIO, 2006, p. 93-94.

porque é aquela que só obedece às leis impostas pela própria razão. A heteronomia, por antítese, é quando a vontade busca sua máxima orientadora fora da consciência individual. A partir daí, Bobbio conclui que os deveres jurídicos são heterônomos porque podem ser cumpridos por motivações diferentes do próprio respeito à lei, ou seja, podem ser impostos externamente por meio da coação, à qual dedicaremos um estudo específico em 4.3.

O outro critério implícito que o autor italiano (2000a, p. 104-105) nos apresenta se refere à diferença entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Kant define os imperativos categóricos como aqueles que enunciam uma ação boa em si mesmo, independentemente de qualquer finalidade (“Deves dizer a verdade”). Já os imperativos hipotéticos prescrevem uma ação voltada para determinado fim (“Se queres ser respeitado, deves dizer a verdade”).

Se a esta altura é redundante mostrar que os deveres morais se enunciam por imperativos categóricos, Bobbio (2000a, p. 106-107) entende que a melhor conclusão é também a de que o Direito contém imperativos hipotéticos. Isso porque da heteronomia da vontade resulta a imposição de uma condição externa como definidora da correção da ação. Portanto, dizer que o Direito é heterônomo é admitir que suas normas se enunciam hipoteticamente.

Em síntese, acabamos de explicitar os quatro aspectos comumente adotados para o estudo da distinção kantiana entre as estruturas do direito e da moral. Voltaremos a tratar desse assunto no ponto 4.2. Em tal ocasião, tentaremos relativizar a intensidade desse dualismo, mostrando a maior complexidade da filosofia de Kant e, em especial, problematizando os dois critérios implícitos que evidenciamos a partir de Bobbio.

Concluindo, não nos sendo possível explorar todos os detalhes da jusfilosofia do iluminista de Königsberg, pinçamos dois que consideramos primordiais para o problema que enfim passamos a enfrentar: a classificação de seu pensamento jurídico no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Em brevíssima retrospectiva, o que vimos foi: i) a fundamentação da legitimidade da ordem jurídica estatal se dá *a priori* a partir de uma ideia da pura razão, notadamente a liberdade como autolegislação racional; ii) Kant traça, em toda a sua doutrina prática, uma distinção estrutural entre o direito e a moral, em que aquele deixa de se preocupar com aspectos internos às consciências individuais.

4 Dilemas de uma concepção

Esclarecidas essas questões fundamentais, chegamos ao ponto de enfrentarmos as dificuldades que nos traz toda a construção do direito em Kant. Se, de partida, vemos que é tarefa ingrata tentar estabelecer uma linha lógica de raciocínio entre os problemas que

desenvolveremos, teremos como objetivo mostrar que: i) de um lado, não é tão óbvia a classificação de Kant como jusracionalista, como alguns autores sugerem, encontrando-se nele vários elementos que caracterizarão o positivismo dos séculos XIX e XX; ii) de outro, também não é precisa a derivação imediata desses elementos (em especial, a separação entre direito e moral) para a tradição juspositivista, às vezes feita por juristas a ela filiados.

De fato, não faltam autores que, dentro dessa polêmica, preferem chamar Kant de positivista seja pelo destaque que concede em sua obra à coação (como é o caso de Miguel Reale (2000, p. 625-626)), seja por não reconhecer em seu conceito de liberdade uma ideia de Direito natural, conforme o exemplo de Michel Villey (apud SALGADO, 2012, p. 2-3, nota de rodapé nº 2). A verdade é que Kant rompe com todas as concepções de direito natural até então visto que não o encontra na natureza (nem como *physis* nem como *kosmos*) ou na ordem divina, tampouco o concebe, na linha da Escola do Direito Natural, como um conjunto de princípios metafísicos racionalmente deduzidos (SALGADO, 2012, p. 187-188).

Tudo isso apimenta a discussão que ora introduzimos. Nos subitens seguintes, delinearemos os parâmetros que nos ajudarão em nossa missão última de encontrar termos para uma possível resposta ao questionamento traçado.

4.1 O enquadramento de Kant como jusnaturalista

É comum, em muitas das leituras da obra de Kant, encontrarmos sua imediata classificação como jusnaturalista tradicional. De fato, tal é a conclusão diretamente derivada de sua localização histórica. Kant está dentro da tradição da Escola do Direito Natural, que, nos séculos XVII e XVIII, visou a abandonar o jusnaturalismo teológico ao tornar a Filosofia do Direito independente da Teologia e tratar o direito natural como um objeto da razão, puramente humano (DEL VECCHIO, 2006, p. 69).

Giorgio Del Vecchio (2006, p. 110) chega mesmo a afirmar, embora reconheça que o filósofo prussiano pode ser considerado o iniciador de uma virada da Escola do Direito Natural para a Escola do Direito Racional, que Kant não traz grandes inovações em relação ao jusnaturalismo de seu tempo, tendo-lhe cabido apenas imprimir ao pensamento vigente um método mais rigoroso.

Não obstante essa afirmação, a realidade é que Kant não busca mais arrolar verdadeiras “codificações” de princípios do direito natural encontrados *a priori* na razão humana, como o fizeram Hugo Grócio (1583-1645) e Christian Wolff (1679-1754) (cf. DEL VECCHIO, 2006, p. 69 e ss.; 95-96), ainda que, na sistemática da “Doutrina do Direito” d’“A metafísica dos costumes”, algumas vezes, encontrem-se definições transcendentais de categorias jurídicas e até mesmo princípios metafísicos reguladores (“Princípios metafísicos

da doutrina do Direito”, inclusive, é o nome completo do tomo)⁵. Kant fundamenta o direito não em regras formadas *a priori*, mas numa pura ideia da razão, a ideia de liberdade, que serve não como legislação suprapositiva, mas como critério de validade das normas (SALGADO, 2012, p. 188-189). Essa diferença, que será esmiuçada no item seguinte, é fundamental para entendermos corretamente o seu sistema.

À parte sua contextualização histórica, Kant não deixa, realmente, de trazer elementos que o ligam ao jusnaturalismo. Em primeiro lugar, podemos retornar à sua própria definição de direito. Kant foge de uma conceituação empírica, tão cara aos positivistas em geral. Além disso, busca sempre ligar esse problema à ideia de justiça e aos valores fundantes do ordenamento⁶. Kant quer uma definição puramente racional (BOBBIO, 2000a, p. 108-109).

Ele nos fornece três elementos constitutivos de sua formulação: i) o direito se refere às relações externas, ou seja, entre os homens em sociedade; ii) mais do que isso, às relações externas entre arbítrios, diferenciando-se estes do mero desejo pela consciência atual da capacidade de alcançar o fim representado pela faculdade de desejar; e iii) não é objeto do direito a determinação dos fins que orientam os arbítrios individuais, mas apenas a prescrição da forma pela qual cada um pode perseguir livremente seus interesses, de modo que não haja contradição entre o exercício do arbítrio de um e o dos demais. Chegamos à definição de direito como o conjunto de condições por meio das quais pode haver a convivência dos arbítrios individuais, segundo uma lei universal de liberdade (BOBBIO, 2000a, p. 109-113).

Outro ponto que aproxima Kant de uma concepção jusnaturalista é a sua defesa da liberdade como direito inato do homem. A liberdade, aqui entendida em seu sentido comum, de ausência de obstáculos ao agir segundo as próprias faculdades, constitui-se, em Kant, no único direito originário, adquirido como consectário da própria natureza humana, independente de qualquer ato jurídico. Embora Kant reduza o rol de direitos intrínsecos à condição humana geralmente propugnado pela tradição jusnaturalista, aqui temos o mestre prussiano reconhecendo a ideia de um direito subjetivo anterior a toda a construção jurídica (BOBBIO, 2000a, p. 119-120).

⁵ Como exemplo, podem-se ver suas observações sobre o direito contratual (KANT, 2008, p. 116-118).

⁶ Nas palavras de Kant: “... a questão ‘o que é o direito?’ poderia certamente embaraçar o jurista, se este não quiser cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis em algum país em alguma época prescrevem. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis num certo lugar num certo tempo disseram. Mas se o que essas leis prescrevem é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele, a menos que abandone esses elementos empíricos por enquanto e busque as fontes desses juízos exclusivamente na razão, visando a estabelecer a base para qualquer produção possível de leis positivas (ainda que as leis positivas possam servir de excelentes diretrizes para isso)” (KANT, 2008, p. 75-76).

O último ponto de conexão que queremos anotar aqui retoma ainda mais diretamente a doutrina do contrato originário de Kant. Como já dissemos em 3.1, o Estado é uma necessidade racional para a garantia da convivência das liberdades individuais. Isso se dá porque o estado de natureza não é capaz de assegurar o exercício dos direitos inatos de liberdade, sendo para isso necessário o estabelecimento formal de condições públicas para a ação livre (BOBBIO, 2000a, p. 192-193).

O estado de natureza é, pois, injusto. Por isso, a adesão ao contrato que cria o Estado se torna um dever moral. Kant não defende o nascedouro da ordem jurídica com argumentos de utilidade, como fizeram outros contratualistas, mas como uma obrigação que se impõe para a possibilidade da realização da liberdade universal, um autêntico imperativo categórico da razão prática pura. Sem esse pacto fundante, não há justiça porque ele é pressuposto de todos os deveres externos, motivo pelo qual ele próprio é uma manifestação da liberdade racional do homem (o indivíduo impõe a si mesmo o dever de aderir a ele pelo uso livre da consciência) (BOBBIO, 2000a, p. 195-196).

4.2 A dita separação entre direito e moral

Passemos agora a uma revisita, desta vez em análise mais profunda, do problema da relação entre direito e moral em Kant. Tentaremos mostrar que, de modo algum, podem-se pretender aqui duas doutrinas incomunicáveis, de objetos inteiramente diversos. Nesse sentido, entendemos que não se pode falar em separação entre direito e moral, mas em distinção estrutural (formal), devendo-se estar sempre atento para o fato de que essa distinção não recai sobre cada elemento de um e de outro, e sim sobre pontos específicos.

O tema não é fácil principalmente porque não faltam autores que não apreciam toda a profundidade do pensamento kantiano nessa construção. Del Vecchio (2006, p. 119) aduz que Kant, em sua diferenciação direito/moral, não faz senão repetir as lições de Tomásio. O próprio Reale (2000, p. 625 e ss.) se insurge contra esse posicionamento, afirmando que a filosofia de Kant encontra termos muito mais aprofundados para essa distinção. Em seu juízo, contudo, a fundamentação da ética kantiana leva a um distanciamento ainda maior e mais rígido, praticamente despindo o direito de toda a moralidade. Se concordamos inteiramente com a justiça que faz à complexidade da obra do mestre de Königsberg, concluiremos que ela aponta para o sentido exatamente oposto, para uma atenuação da separação entre os fenômenos.

O primeiro aspecto que urge destacar é que a distinção entre ambas as esferas jamais se pode considerar como uma distinção de conteúdo. Direito e moral enunciam, materialmente, as mesmas prescrições. A diferenciação kantiana entra em cena apenas no

momento último, em que surge, no âmbito jurídico, a possibilidade de coação externa a obrigar ao cumprimento da prescrição. Em relação a um mesmo dever, podemos dizer que o direito se contenta com a conformidade exterior da ação com ele, enquanto a virtude moral exige que seja eleito pela consciência como fim em si mesmo (KANT, 2008, p. 227).

Direito e moral são formas que podem assumir a legislação universal da razão, cujos princípios são o conteúdo de uma filosofia, por vezes também chamada de ética em sentido amplo, que os têm como ramos. Tal filosofia (prática) é a ciência das leis da liberdade, em contraposição às leis físicas, de base empírica, que formam, pelo processo da filosofia teórica, a metafísica da natureza da “Crítica da razão pura” (KANT, 2009, p. 75).

Numa análise ampla do que já vimos, podemos dizer que todo o pensamento prático de Kant (a resposta à segunda pergunta fundamental da filosofia: o que devo fazer?) se norteia na busca de uma lei fundamental da razão, capaz de tornar cada indivíduo um legislador universal ao expressar, pela vontade pura, um dever-ser bom em si. Os princípios metafísicos que se deduzem dessa lei fundamental podem assumir a forma de direito ou de moral (SALGADO, 2012, p. 96-97).

Seguindo adiante, já estamos no ponto de analisar os critérios implícitos de distinção entre direito e moral, sobre os quais discorreremos em 3.2, para uma mais correta compreensão.

Em primeiro lugar, a diferença conceitual entre autonomia e heteronomia suscita dúvidas quando aplicada aqui. Isso porque já vimos que o fundamento tanto da moral quanto da ordem jurídica é a liberdade, em seus três sentidos. Ocorre que a liberdade externa que justifica o direito não é a liberdade como não impedimento, mas a liberdade como autonomia racional. O direito e o Estado se legitimam porque emanam normas às quais todo o indivíduo pode, racionalmente, dar seu consentimento.

Ou seja, o direito encontra sua origem na autonomia. Embora suas leis possam se impor apenas pela coerção exterior, sem preocupação com a adesão consciente, sua fundamentação é autônoma porque baseada na autolegislação racional do indivíduo.

Em segundo lugar, sobre a questão dos imperativos categóricos e hipotéticos, já deixamos assentado em 4.1 que a própria constituição da ordem jurídica estatal é um dever moral, logo, um imperativo categórico. O direito, em si, não surge por uma necessidade pragmática, mas se impõe racionalmente como uma lei universal de justiça. Embora suas normas internas contenham imperativos hipotéticos, ele é um imperativo categórico da liberdade humana.

Mais do que isso, todavia, quando lemos atentamente a “Doutrina do direito”, percebemos que alguns dos princípios jurídicos que Kant deduz a partir do método da razão

prática que propõe são verdadeiros imperativos categóricos, inseridos no próprio direito. Salgado (2012, p. 75) esclarece que os imperativos categóricos aparecem sempre como critério de validade das máximas, seja do direito, seja da moral, havendo um encontro não só na fundamentação de cada estrutura, mas na de suas normas singulares⁷.

Com essa lição, ele tenta resolver a questão concluindo que as normas jurídicas não trazem em si sua fundamentação absoluta. As prescrições do direito podem ser formalmente imperativos categóricos na medida em que enunciam uma obrigação sem lhe contrapor qualquer hipótese, mas, materialmente, elas se reportam não a si próprias, mas a um fundamento de validade externo, estes sim imperativos categóricos. Em síntese, na interpretação do professor mineiro (2012, p. 114-116), as normas jurídicas em espécie jamais são imperativos categóricos porque não contêm em si sua própria medida de validade, indo buscá-la em postulados alheios.

4.3 *Influências para o positivismo*

O que estudamos até agora veio reforçar os traços jusnaturalistas de Kant. Inobstante, os autores ligados à tradição positivista que o veem como influência significativa não o fazem, de modo algum, por incompetência ou por esquizofrenia. Muito ao contrário, o pensamento jurídico de Kant possui muitos elementos que marcarão o positivismo dos séculos posteriores, aos quais dedicaremos este tópico.

Primeiramente, faz-se necessário revisitar uma das categorias que expusemos na definição kantiana de direito. Vimos que o ordenamento jurídico não se preocupa com os fins individuais de cada um, apenas com a forma de que os homens se valem para perseguir tais fins.

Aqui, surge a característica do formalismo, que inspirará várias doutrinas dali para frente. O direito, em Kant, não prescreve propriamente o que se deve fazer, mas como se deve fazer. Em sua missão de garantir a liberdade como não impedimento, a ordem jurídica se vê reduzida a um conjunto de procedimentos, que deixa de se questionar acerca da correção das finalidades eleitas por cada cidadão em seu agir, para apenas se preocupar com o modo adequado de se buscarem esses objetivos de forma a não interferir na liberdade de outrem. Enfim, o acento no caráter procedimental do direito, como nota Bobbio (2000a, p. 112-113),

⁷ Podemos tomar como exemplo suas reflexões acerca do direito contratual, em que o filósofo baseia os institutos dessa seara no dever apriorístico de cumprir as promessas (*pacta sunt servanda*) (KANT, 2008, p. 117-118) e sua teoria da pena, em que a punição pública é um imperativo categórico, um postulado absoluto de justiça (KANT, 2008, p. 174-175).

agora aproxima Kant de Rudolf Stammler (1856-1938), de Hans Kelsen (1881-1973) e de Del Vecchio (1878-1970)^{8 9}.

Reportarmos-nos a outra característica marcante da obra do famoso iluminista: a necessidade da coerção para a definição do direito. Em tudo o que vimos sobre a distinção entre o jurídico e o ético, a possibilidade de constrangimento externo sempre surgia como ponto fundamental para se caracterizar o primeiro. Um dever, em Kant, só é jurídico quando vem acoplado a uma faculdade de obrigar o outro a respeitá-lo em suas ações.

Kant justifica a necessidade da coação afirmando que um ato que impede a liberdade do outro cria uma situação de não liberdade. A violência necessária para repelir a não liberdade é, em verdade, um ato a serviço da liberdade, portanto, um ato de justiça, que pode ser querido por todos segundo leis universais da razão. Se o direito são as condições por meio das quais pode existir a convivência das liberdades externas, Kant não o imagina desvinculado da coerção (BOBBIO, 2000a, p. 123-125).

Não é à-toa que, como já dissemos nas primeiras linhas do item 4, esse ponto é que faz os positivistas reclamarem Kant como um seu inspirador. De fato, aqui Kant parece negar tudo o que construímos no tópico anterior sobre a relativização da separação entre direito e moral. Ele chega a defender o que chama de “direito estrito”, um direito inteiramente apartado da virtude e definido apenas pelo elemento da faculdade de coagir¹⁰.

Deixando-se levar por isso, Reale (2000, p. 625-626) entende que, em Kant, não há mera coercibilidade (possibilidade de coagir), mas coercitividade, exatamente por ser a força

⁸ Sobre isso, Kant explica que ninguém pode ser constrangido a um fim, apenas a agir de acordo com determinados meios para atingir os fins que escolher. Por isso, o dever jurídico é sempre um dever de meio. A finalidade que se impõe como dever sempre o faz pela autolegislação da razão pura, configurando-se, pois, como um dever moral (KANT, 2008, p. 225). Isso corrobora a tese de que as normas jurídicas não são imperativos categóricos, e estes se inserem no mundo jurídico como critério de validade do ordenamento como um todo e de cada norma, que, em sua estrutura interna, reporta-se a eles como meio.

⁹ Um exemplo do formalismo kantiano se encontra em suas considerações sobre a equidade, em que Kant rejeita veementemente a sua caracterização como direito e sua aplicação pelos juízes. Para ele, embora a solução segundo a equidade seja, nesses casos, a mais conforme com as virtudes, ela deve ser encarada somente como uma faculdade moral, incoercível pela força. A coação jurídica só pode ser acionada em nome de prescrições gerais e abstratas, desprezando a casuística e reforçando sua defesa do rigor lógico na aplicação formal dos procedimentos que constituem o direito (BOBBIO, 2000a, p. 128-129).

¹⁰ Nesse sentido, são contundentes as palavras do filósofo: “Esta proposição exprime, efetivamente, que o direito não deveria ser concebido como constituído por dois elementos, a saber, uma obrigação de acordo com uma lei e uma competência de quem, por meio de sua escolha, submete outrem à obrigação para coagi-lo a cumpri-la. Ao contrário, pode-se localizar o conceito do direito diretamente na possibilidade de vincular coerção recíproca universal com a liberdade de todos, isto é, tal como o direito geralmente tem como seu objeto somente o que é externo nas ações, o direito estrito – a saber, aquele que não está combinado com nada ético – requer apenas fundamentos externos para determinar a escolha, pois somente então é ele puro e não mesclado a quaisquer preceitos de virtude. Somente um direito completamente externo pode assim ser chamado de estrito (direito em sentido restrito). Este realmente se baseia na consciência da obrigação de todos de acordo com uma lei; mas, se for para permanecer puro, não é permissível e nem se pode recorrer a essa consciência como um motivo para determinar a própria escolha de acordo com essa lei” (KANT, 2008, p. 78).

intrínseca ao ordenamento e indissociável das suas manifestações. A coerção não seria um instrumento do direito, mas aquilo que leva à sua identificação.

Salgado (2012, p. 196-197) apresenta proposta de mediação nesse particular, lembrando que, como acabamos de explicar, a coação kantiana se legitima porque o ato de força que impede alguém de perseguir livremente suas finalidades é intrinsecamente injusto, motivo pelo qual o constrangimento jurídico que o afasta é justo (a negação da negação da liberdade é uma afirmação desta). Por conseguinte, apesar das afirmações exageradas de Kant quando fala desse tópico, sua inteira teorização permite concluir que não se trata de uma exclusão do direito dos domínios da ética, mas de uma inclusão da coação nestes. A coação, estando embutida no direito, já faz parte do contrato social, sendo um postulado da razão prática pura e a adesão a ela um dever moral. Tal obrigação advém exatamente do fato de que os homens são influenciados por seus apetites sensíveis e, ao se desviar dos ditames puros da consciência, podem pôr em risco a liberdade inata de outrem, motivo pelo qual o direito, nos termos da definição proposta por Kant, não pode, racionalmente, abrir mão da faculdade de coagir.

Para encerrar este item, chegamos à mais difícil e mais importante das aporias da jusfilosofia kantiana no que diz respeito à tentativa de classificá-la. Referimo-nos ao fato de que Kant, depois de apresentar toda a sua fundamentação do direito na liberdade, defende a não descaracterização da ordem jurídica pelo afastar-se de tal fundamentação. Ou seja, Kant não admite que as normas jurídicas percam a sua obrigatoriedade por se desvincularem do imperativo de justiça de que se originam (BOBBIO, 2000a, p. 235).

Essa construção é um consectário de sua teoria do contrato originário. Como dissertamos em 3.1, o contrato social em Kant não tem dimensão histórica, mas racional. Por isso, ele gera um dever moral de respeito que independe das circunstâncias fáticas. Kant invalida-o como fundamento de luta política contra o Estado visto que ele não tem conteúdo positivo nem uma dimensão prática atual (BOBBIO, 2000a, p. 206).

Kant, por essa via, nega francamente o direito de resistência contra o poder soberano já que se insurgir contra ele seria retornar ao estado de natureza e, conseqüentemente, cometer um ato de injustiça. Em seu raciocínio, se o contrato social está inscrito na consciência de todos como um dever de submissão ao soberano, pela formação do Estado e do direito, revoltar-se contra a ordem constituída é pretender-se acima do governante e, assim, anular logicamente a submissão, incorrendo em grave injustiça (KANT, 2008, p. 162-163).

Para Kant, não há compatibilidade entre a soberania estatal, nascida do contrato originário, e a possibilidade de revolução, bem como ao povo não pode ser dado direito de

decidir sobre um conflito entre si e o soberano uma vez que isso seria julgar em causa própria, observações que o levam a concluir pela irracionalidade de se afirmar uma faculdade de desobedecer ao governante. Um direito de resistência seria a destruição do próprio direito (BOBBIO, 2000a, p. 237).

Apesar de, a princípio, ficarmos tentados a julgar configurado um paradoxo entre essa argumentação e a fundamentação do direito antes construída, é importante estarmos atentos à observação sintética de Otfried Höffe (2005, p. 259-260), que nota argutamente que o posicionamento de Kant segue coerente com sua proposta de falar do direito sempre em termos racionais, desconsiderando argumentos circunstanciais ou de prudência. Se a conclusão não nos é aprazível, a lógica interna segue consistente quando ele analisa que: i) uma Constituição que traz em si a possibilidade de ser desobedecida não enuncia mais a formação de um poder soberano; ii) se não há poder soberano, o contrato social não está sendo aplicado, caracterizando desprezo por um imperativo da razão; e iii) se cada cidadão pode ser juiz da ordem jurídica, já não existe uma única ordem pública suprema, e se está no estado de natureza (injusto).

Inobstante isso, se não podemos acusar Kant de fugir de seu rigor habitual, segue inegável que é de difícil conciliação a ideia de direito por ele proposta (fundada racionalmente na liberdade) e a insistência em afirmar como aquilo que foge completamente a essa ideia. Com efeito, depois de definir o direito com remissão a postulados de justiça, ele parece assumir a postura positivista de que o distanciamento das normas com esses postulados não interferem em sua validade (aceitando, com sua argumentação racional, uma inversão do que afirmara na fundamentação, em que aduzira nascer o ordenamento da justiça, deduzindo agora que a justiça deriva da ordem, transfigurando-se o “ordenado porque justo” em “justo porque ordenado”).

Eis aí, enfim, o último problema de nossa exposição, que acreditamos sintetizar as tensões que encontramos nos outros pontos investigados. No derradeiro momento de nossa análise, buscaremos identificar o fio condutor de tudo o que foi dito até agora, para então explicitar nossa proposta de interpretação da jusfilosofia kantiana.

4.4. Esboço de uma solução: a fundamentação e a estrutura do direito

Nos pontos que preferimos destacar ao longo deste artigo, surge sempre ao fundo uma ideia essencial: há uma tensão entre dois momentos da obra jurídica kantiana, a criação política do direito (e essa ideia não se confunde estritamente com o momento da atuação material de um órgão legislador, incluindo também a legitimação racional da ordem

constituída) e as características lógicas do sistema criado. Nos termos que propomos, entre a fundamentação e a estrutura do direito.

Se o conceito de direito e a inserção nele ou não de elementos de moral podem-se considerar como os fatores-chave no enquadramento de uma teoria jurídica na corrente jusnaturalista ou positivista, a dificuldade encontrada em Kant se deve, em grande parte, ao fato de não haver, em seu pensamento, como bem observa Bobbio (2000a, p. 115), propriamente um conceito de direito e sim uma ideia de direito. Kant, em sua definição, responde não como o direito é, mas como ele deve ser. Como vimos, ele enuncia ali o problema da justiça.

Eis aí a aparente contradição. Kant embasa o direito na justiça, mas não permite que ele perca suas características por ter se afastado de sua ideia. O direito em Kant é jusnaturalista na fundamentação, mas juspositivista na estrutura. Assim, a nosso ver, devemos entender o raciocínio que ordena todas as questões que expusemos.

Como não é difícil perceber, tudo o que afirmamos se refere ao ponto basilar que inicia o estudo: as distintas concepções de liberdade presentes na obra do iluminista prussiano. O direito se funda numa liberdade externa que é, em verdade, uma transposição da liberdade interna ou moral para o campo político, a liberdade como a submissão apenas a leis às quais o indivíduo pode, racionalmente, dar seu consentimento. O ordenamento pode se impor externamente porque é baseado em leis com que qualquer cidadão, no uso da razão prática pura, concorda (e aí está delimitada a noção de contrato originário como fato da razão).

Porém, ao definir que leis são essas, Kant as orienta pelo princípio da liberdade como não impedimento. O direito se origina na autonomia racional, mas suas normas visam a garantir que cada um possa agir autônoma ou heteronomamente, isto é, elegendo para si os fins que bem entender (sejam os da pura consciência, sejam os que se impõem exteriormente pelas circunstâncias empíricas e sensitivas), desde que não firam a faculdade equivalente do outro. Ao diferenciar a liberdade que fundamenta o direito da que o estrutura e lhe dita o objetivo, Kant já mostra um caminhar para o afastamento em relação à moral, fortemente presente no primeiro momento.

Nesse primeiro passo, ainda vemos a ordem jurídica estreitamente ligada, no mínimo, a uma teleologia fundamental. Ao ser definida a sua finalidade (de garantir a liberdade negativa), de qualquer forma, já está preparado o terreno para uma estrutura heterônoma, apesar de a fundamentação ser autônoma.

Observamos em 4.2 que os imperativos categóricos não aparecem na “Doutrina do direito” apenas para fornecer a liberdade como grande ideia ordenadora. Eles adentram a estrutura interna do direito para justificar também as normas singulares. As normas jurídicas são obrigações de meio porque se reportam sempre a um fim externo. Esse fim é o dever imposto pelos imperativos categóricos da razão.

Só então é que entra realmente em cena a distinção estrutural entre o jurídico e o moral. Somente deveres de virtude podem se confundir com a sua finalidade. Deveres legais derivam, em sua criação, de um fim, mas se tornam alheios a ele na medida em que impõem tão-somente um meio. Em outras palavras, embora a norma de direito, para cumprir sua racionalidade, deva fazer remissão a um dever-fim, é juridicamente inexigível que se aja motivado unicamente pela autoimposição desse dever, bastando ao direito a conformidade entre a ação e a prescrição normativa (que pode, pois, ser usada como meio para fins externos à moralidade, sem que isso caracterize ilícito jurídico) (KANT, 2008, p. 225).

Numa palavra, a máxima que a liberdade como autonomia confere ao direito, a de proteger a liberdade em sentido vulgar, não pode ser exigida como um fim em si mesmo. A exigibilidade da norma jurídica surge como elemento já mais distante da sua fundamentação. Cabe citar aqui a síntese kantiana:

não se pode requerer que esse princípio de todas as máximas seja ele próprio, por sua vez, minha máxima, isto é, não pode ser exigido que eu dele faça a máxima de minha ação, pois qualquer um pode ser livre enquanto eu não prejudicar sua liberdade mediante minha ação externa, ainda que eu seja inteiramente indiferente à sua liberdade ou quisesse de coração violá-la (KANT, 2008, p. 77).

É, enfim, nesse momento da aplicação que o elemento da coerção ganha dimensão exagerada no pensamento de Kant. Embora, como vimos, também ela se encontre fundada na autonomia racional que matricula o direito no campo da ética em sentido amplo, o fato de que o instante último da construção jurídica, nomeadamente a possibilidade de acionamento da força, é também aquele em que o discurso do filósofo adquire um tom mais radical contra a inserção da moral no ordenamento é emblemático do raciocínio que vimos adotando.

Chegamos ao ponto de inflexão, em que Kant acrescenta gradativamente à estrutura interna de sua proposta jurídica elementos marcantes do juspositivismo, consoante discorreremos em 4.3, distanciando-se mais da fundamentação autônoma quanto mais aprofunda sua análise da lógica interna do direito.

Até aqui, Kant apresentou um aprofundamento e uma sofisticação da doutrina racionalista, enunciando um rompimento mais radical do que o proposto pela Escola do

direito Natural com o jusnaturalismo teológico. A verdadeira tensão entre a estrutura do direito e sua fundamentação vem se revelar no termo da trilha, quando percebemos a diferença de postura entre o início e o fim da construção kantiana.

Como dissemos também em 4.3, o elemento que fecha o nosso estudo é a negação do direito de resistência, que parte da não descaracterização do direito pelo desvio da fundamentação racional. Aqui, a conclusão de Kant inverte a lógica produzida na legitimação autônoma do ordenamento. Partindo da definição de direito centrada na ideia de justiça, ele encerra incluindo no conceito jurídico tudo o que se afasta dessa ideia. Kant não nega que o direito do opressor seja um direito injusto, mas a injustiça não lhe tira a obrigatoriedade como um dever, permitindo a afirmação de que o direito injusto ainda é algum direito, e essa situação ainda é mais justa do que a ausência do Estado.

Nesse ponto sim, em que se completa o caminho percorrido na teorização do direito, é possível ver inequívoca manifestação de uma postura positivista. Não queremos dizer, sempre é bom frisar, que, ao final, a jusfilosofia kantiana entre em colapso por suas contradições. Ao contrário, a construção, vista agora por inteiro, em momento algum perde a sua consistência. Ela simplesmente não permite uma classificação simples.

A nosso ver, não é possível ir além da observação de que Kant apresenta uma dualidade de posições conforme o momento da teoria jurídica. Kant tem, repetimos, uma fundamentação jusnaturalista e uma estrutura juspositivista, sem que isso constitua uma esquizofrenia ou uma separação radical entre um momento e outro (ambos estão ligados pelo caminho lógico que buscamos expor ao longo do artigo, cheio sim de complexidades, mas não de inconsistências). Sempre que quisermos enquadrar o filósofo alemão numa escola de pensamento, teremos que nos indagar qual ponto da jusfilosofia queremos discutir. Se nos interessa mais o fundamento de legitimidade da constituição do ordenamento e do Estado, devemos olhar para a sua inserção, como irmão da moralidade, na doutrina maior da razão prática. Se desejamos investigar a lógica interna dos institutos jurídicos, voltaremos nossa atenção à primazia dos elementos da exterioridade, da coação, do rigor lógico, do formalismo e da manutenção da ordem mesmo com a perda da ligação com a justiça.

5 Conclusão

Concluindo nosso breve estudo, não é demais lembrar que o presente trabalho não carrega em absoluto a pretensão de esgotar tudo o que há para ser dito sobre a filosofia do direito de Kant. Trata-se aqui de humilde contribuição a uma controvérsia que divide intérpretes. O fato de tantos autores competentes enquadrarem Kant como jusnaturalista e

outros de igual brilho o considerarem positivista merece nossa atenção e empenho na compreensão desse dilema.

As conclusões apresentadas no item anterior não são mais do que um resumo da difícil lógica do pensamento jurídico kantiano. Aventurar-se por entre suas dificuldades é imperativo porque seu método filosófico ainda é a base de todo o pensamento dominante, inclusive na seara do direito. Entender a tensão entre a fundamentação e a estrutura do direito pode ser a chave para deslindar os impasses do pensamento jurídico moderno, em várias das vicissitudes que cotidianamente identificamos. Sem dúvida, só faria bem se mantivéssemos sempre em mente que essa dualidade está incorporada em nosso modo de pensar o direito, mesmo que na maioria das vezes não o notemos.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. – 2ª ed. Trad. Alfredo Fait. – São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **Kant e as duas liberdades**. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Org. por Michelangelo Bovero; trad. por Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 101-113.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Trad. João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2006.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm, Valério Rohden. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. – Bauru, SP: EDIPRO, 2ª ed. rev., 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad., int. e notas Guido Antônio de Almeida. – São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 625-631.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 3ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p 133-174.