

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

**DIREITO E MORAL EM KANT:
Sobre sua relação e seus pressupostos básicos**

Dissertação de mestrado

Evandro Barbosa

**Porto Alegre,
Agosto de 2006**

**DIREITO E MORAL EM KANT:
Sobre sua relação e seus pressupostos básicos**

EVANDRO BARBOSA

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovado em _____ de _____ de _____

Banca examinadora:

Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza– PUCRS (orientador)

Prof. Dr. Urbano Zilles – PUCRS

Prof. Dr. Denis Coitinho Silveira– UCPEL

(...) os geômetras (...) administram excelentemente a sua área: tudo quanto diz respeito à utilidade para a vida do homem, seja em virtude da observação dos astros, da descrição dos países ou da divisão do tempo, ou de longas viagens pelos mares, bem como tudo que há de belo nas edificações, toda solidez das fortalezas, tudo que existe de admirável nas máquinas, tudo, enfim, que distingue a nossa época da barbárie dos séculos transatos, deve-se quase só à geometria. Se os filósofos morais tivessem cumprido a sua tarefa com igual habilidade, eu não saberia contribuir ainda para a felicidade dos homens nesta vida. Pois, se a natureza das ações humanas fosse conhecida com certeza idêntica como acontece com as relações de grandeza das figuras, então a avareza e a ambição deixariam de ser perigosas, visto que o seu poder é sustentado pelas errôneas opiniões do vulgo quanto à natureza do que é certo ou errado; e o gênero humano gozaria de paz sem fim (...) Se, pelo contrário, a guerra com as espadas e a guerra com os calamos não tem fim; se o conhecimento do direito e das leis naturais hoje não é maior do que em tempos idos; se cada partido fundamenta seu direito em afirmações dos filósofos, se a mesmíssima ação por uns é verberada, e por outros exaltada (...), tudo isso são sinais claros de que aquilo que foi escrito, até hoje, pelos filósofos morais em nada contribuiu para o conhecimento da verdade.

Thomas Hobbes

Agradecimentos

Nesse momento tão importante, gostaria de agradecer:

Ao professor Draiton Gonzaga de Souza, pela grande amizade e pelo acompanhamento prestados para a realização desse trabalho. Suas contribuições foram de grande importância para a elaboração e compreensão do tema proposto.

Agradeço, também, ao CNPq, pela bolsa de estudos concedida, através da qual essa pesquisa foi possível.

Ao Programa de Pós-Graduação da PUCRS, pela estrutura e pelo acompanhamento. Aos professores que ajudaram no meu crescimento e conseguiram extrair o melhor de mim. Aos secretários, Denise e Marcelo, pela dedicação e disponibilidade que tornaram esses dois anos mais proveitosos.

A todos os meus colegas e amigos com quem pude compartilhar saberes e que, direta ou indiretamente, contribuíram para minha realização. Em especial, aos amigos Leno e Jason, pelas conversas e observações tão proveitosas.

É um agradecimento especial a toda minha família, pelo apoio incondicional que me deram ao longo dessa jornada de estudos. Meus pais, Paulo e Ignes, que sempre cuidaram de mim com muito amor e carinho, não medindo esforços para que meus projetos se realizassem. Minha irmã, Ketli, pelo afeto e admiração que temos um pelo outro. É a vocês que dedico essa conquista.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	3
ABREVIATURAS.....	6
RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
1. LIBERDADE E VONTADE.....	12
1.1 Desejo e arbítrio.....	12
1.2 O agir segundo a representação de leis.....	15
1.3 Boa vontade.....	19
1.4 Liberdade como postulado (<i>Faktum der Vernunft</i>).....	23
1.4.1 Liberdade e autonomia	25
1.5 Liberdade e faculdade de coagir.....	28
2. DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL.....	32
2.1 Da <i>Fundamentação à Metafísica dos costumes</i>	32
2.2 Metafísica da natureza e metafísica dos costumes: o que as duas têm em comum?.....	34
2.3 A instituição de um Estado legal.....	37
2.4 Direito natural	39
2.5 Direito jurídico	44
2.6 Direito e moral	52
2.6.1 A humanidade como fim em si mesma	59
3. A RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL NO ESTADO DE DIREITO EM HABERMAS E A CONCEPÇÃO KANTIANA DE DIREITO.....	62

3.1 Direito e moral	63
3.1.1 Como a legalidade obtém sua legitimidade?.....	63
3.1.2 Direito e moral.....	74
3.1.3 O Estado de direito	76
3.1.4 Direito sistêmico.....	77
3.1.5 Escola crítica do direito (tese de indeterminação)	79
3.1.6 A tripartição direito, política e moral.....	80
3.1.7 A substituição do direito natural pela idéia do Estado de direito.....	86
3.2 Kant e Habermas.....	89
3.2.1 A legitimidade das leis para Habermas	89
3.2.2 Tese da independência em Kant.....	95
CONCLUSÃO.....	100
BIBLIOGRAFIA.....	105

ABREVIATURAS

As seguintes obras atenderão por suas respectivas abreviaturas:

CRPu: *Crítica da razão pura*

CRPr: *Crítica da razão prática*

FMC: *Fundamentação da metafísica dos costumes*

MC: *Metafísica dos costumes*

DD: *Doutrina do direito*

DV: *Doutrina da virtude*

RESUMO

Este trabalho pretende investigar a obra *Metafísica dos costumes* de Kant, e avaliar a distinção que ele faz entre ação moral e ação jurídica dentro de sua filosofia prática. Para isso, fez-se uma primeira abordagem acerca do problema da vontade, esclarecendo seus usos na FMC e na MC. Ao mesmo tempo, foi sistematizada a questão da liberdade enquanto *Faktum* na obra CRPr.

Feito isso, avaliou-se a aplicação do modelo kantiano para elaboração de normas nas esferas morais, tanto do direito quanto da ética. A pergunta que coube responder era saber qual a relação que se estabelece entre *Doutrina do direito* e *Doutrina da virtude*, bem como entender se existe uma concordância entre as mesmas. Além disso, a fim de dar clareza ao assunto, Kant e Habermas foram comparados e avaliados em suas respostas ao problema da concordância entre ética e direito.

Acredito que a partir dessa proposta seja possível compreender melhor a filosofia prática kantiana no que diz respeito a sua aplicação às esferas legislativas, e reforçar sua necessidade permanente para os diálogos atuais, bem como para a fundamentação das teorias do Estado de direito.

INTRODUÇÃO

O pensamento kantiano se apresenta muito atual. Depois das apropriações feitas por filósofos contemporâneos, como, por exemplo, Habermas, Apel e Rawls, seu pensamento continua permanente nas discussões sobre ética e filosofia política.

Não é à toa que a pergunta *que devo fazer?*, que nos remete à *Segunda* crítica de Kant, contempla em si um dos maiores sistemas filosóficos de teoria prática enquanto tentativa de elaborar um sistema moral suficiente. Ao adentrar nesse “mundo prático kantiano”, corre-se o risco de nos tornamos superficiais nas abordagens, como alguém que contempla o horizonte e busca mais do que é permitido sua vista alcançar. Por isso, para não interpretá-lo erroneamente, o objetivo desse trabalho parte de uma análise de sua obra *Metafísicas dos costumes*, a partir da qual se dão os desdobramentos da temática em questão.

O problema a ser abordado, qual seja, como se estabelece a relação entre *doutrina do direito e doutrina da virtude*, e quais são as suas conseqüências para a filosofia prática kantiana, será dividido em três partes.

Antes de entrar no cerne da questão, o primeiro capítulo *Liberdade e vontade*, apresentará como a vontade determina o sujeito racional. Para isso, há que se distinguir entre desejo e arbítrio, ambos dispostos na faculdade de desejar, enquanto vontade boa

(*Wille*), imediatamente determinada pela razão pura, e arbítrio (*Willkür*). O sujeito é capaz de agir segundo a representação de leis e, ao mesmo tempo, a vontade desse indivíduo se encontra permeada de elementos empíricos. Logo, como estabelecer princípios *a priori*? Evidentemente, qualquer tipo de fundamentação voluntarista no nível empírico é rechaçada pela concepção kantiana de razão prática, uma vez que vontade pura (*Wille*) é diametralmente oposta ao arbítrio ou vontade (*Willkür*) no sentido fraco de inclinação, desejo ou qualquer ato condicionado psicologicamente.

Ocorre, então, que em Kant o princípio de autonomia da razão prática deve ajustar-se à vontade enquanto vontade geral por meio do imperativo categórico, quer dizer, capaz de realizar a liberdade dos membros da sociedade civil e assegurar a igualdade de todos enquanto sujeitos políticos.

Nesse ínterim, a liberdade será apresentada como postulado (*Faktum der Vernunft*) para que o ser racional – no caso, o ser humano –, agindo segundo a representação de leis, possa ser considerado livre. Como se verá, se essa autonomia é a garantia que o sujeito tem de sua liberdade, logo toda coação que a garanta será tida como legítima. Por se tratar de um liberalismo político, essa liberdade é basicamente política e regrada por uma constituição.

O segundo capítulo se concentra na problemática acerca das duas esferas legislativas, *Direito e Moral*, isto é, trata-se da divisão do sistema prático kantiano em leis éticas e leis jurídicas. Observa-se, ainda, a necessidade de uma ‘metafísica dos costumes’ – a qual é correlata a uma metafísica da natureza, uma vez que ambas expressam princípios que servem à ordem – que se efetiva no desenvolvimento de conceitos práticos básicos, obtidos através do exercício crítico. Isso quer dizer, então, que a liberdade do sujeito se afirma, agora, na possibilidade de este estabelecer leis justas para seu ordenamento.

Dá-se, então, a instituição de um Estado legal como “manudotor” de um direito jurídico, cuja base é o direito natural (que Höffe afirma que deveria se chamar, na verdade, de um “direito de liberdade”), que visa salvaguardar o direito inalienável dos indivíduos à sua liberdade. Kant argumenta que o *contratus originarius* não pode ser tomado com fato histórico, mas, sim, como uma *idéia da razão* que sirva de teste de validade para o direito público. Além disso, o vínculo contratual estabelecido por Kant não visa a um agir estratégico, mas um ordenamento jurídico de base moral e procedimentado pelo princípio universal do *Recht* (direito/justiça). É necessário, pois, uma análise mais acurada do desdobramento, na esfera moral, do direito como um todo, enquanto condição *sine qua non* para a instituição de um estado legal e justo, simultâneo a sua diferenciação da esfera ética de deveres.

O texto procurará mostrar, ainda, que Kant apresenta a *Metafísica* como uma doutrina dos direitos e dos deveres e que, por isso, tem diferentes modos de legislação que ligam um ou outro móbil à lei. No caso de uma legislação jurídica, essa diferença formal, aplicada ao âmbito deontológico, se reporta ao fato de o móbil ser distinto da idéia de dever. *Pari passu*, para a legislação moral, o móbil é essa mesma idéia de dever. Nesse sentido, a primeira forma de legislação é exterior e, por consequência, requer apenas sua adesão exterior (relação entre arbítrios), enquanto que a segunda é interna e pressupõe uma adesão íntima.

Por fim, far-se-á uma comparação entre as filosofias práticas de Kant e Habermas. Não se trata propriamente de um confronto; antes, sim, de análise da perspectiva que o autor contemporâneo deu à concepção de legitimidade da filosofia prática kantiana. Duas aulas de Habermas em Harvard, reunidas sob o título *Direito e moral*, revelam a preocupação deste filósofo em elaborar um conceito de direito. Como o próprio título sugere, sua preocupação se dá em *como uma legalidade obtém sua legitimidade*. Res-

pondida esta pergunta, acredita ele ter resolvido o problema de fundamentação de um Estado de direito. Para tanto, a visão habermasiana inicia uma análise do que até agora foi feito em termos de teoria do direito para, a partir daí, conceber uma base legitimadora para este. Como sua filosofia prática contém traços eminentemente kantianos, o intuito é contrastar a solução de Habermas, que propõe na obra em questão uma dependência do direito em relação à moral como fonte legitimadora, com a filosofia prática kantiana em sua relação moral-direito-política. Resta, por fim, demonstrar que Kant pode conceber um construtivismo em sua filosofia prática e, nesse caso, o direito não seria necessariamente consequência da moral ou de leis consuetudinários (tese da independência), pois ele teria condições suficientes, a partir de sua própria estrutura, para seu autoengendramento mediado por um conceito de justiça.

Cap. 1 – LIBERDADE E VONTADE

O problema da moral kantiana, que será tratado neste primeiro capítulo, perpassa por um esclarecimento acerca da liberdade como *Faktum der Vernunft*, enquanto condição para um agir moral. Kant irá diferenciar desejo e arbítrio e a boa vontade será indispensável ao indivíduo para que este possa agir segundo a representação de leis. Além disso, a liberdade será apresentada como a condição transcendental para que a autonomia do sujeito se realize, uma vez que a distinção feita entre *Wille* e *Willkür* permite a Kant estabelecer um princípio formal como dever-ser para toda ação moral.

1.1) Desejo e arbítrio

Para sua posterior elaboração do conceito de sujeito livre, fruto de uma boa vontade, Kant afirma que a relação das faculdades do ânimo humano com as leis morais (*Sittliche Gezetze*) implica em diferenciar desejo e arbítrio, os quais estão dispostos pela faculdade de desejar. “Faculdade de desejar é a faculdade de ser, através de suas representações, causa dos objetos dessas representações”¹. Kant difere arbítrio humano de desejo da seguinte forma: “Na medida em que acompanha a consciência da faculdade de

¹ DD, p. 3.

sua ação para a produção do objeto, ela se chama *arbitrio*; mas, se dela não vem acompanhada, seu ato se chama *mero desejo*”².

No mais,

(...) a capacidade de ter prazer ou desprazer com uma representação é chamada de sentimento, porque ambos contêm o meramente subjetivo na relação da nossa representação e nenhuma relação ao objeto para o conhecimento possível do mesmo³.

Quanto ao prazer, este pode ser prático (desejo sensível), ligado ao desejo do objeto, ou mera complacência inativa (juízo de gosto), ligado ao desejo da representação. Ao prazer prático está ligado o desejo sensível, bem como o habitual desejo sensível de inclinação, o que, por sua vez, gera *interesse*.

Assim,

(...) o prazer prático terá de ser chamado neste caso um interesse da inclinação, enquanto que se o prazer pode somente seguir-se a uma determinação precedente da faculdade de desejar, ele terá de ser chamado de prazer intelectual, e o interesse no objeto, um interesse racional⁴.

O arbitrio humano, como visto, é livre para agir determinado pela razão mediante o uso da faculdade de desejar. Ele será tido por livre quando esta razão determinar imediatamente a vontade, de modo que desejos e fins subjetivos ficam inviabilizados para tal. Se estes elementos adentrarem, então tal arbitrio constituir-se-á como arbitrio não livre em sentido pleno.

Há que se observar que o agir segundo a representação de leis é racional; porém, nem todo agir é já racional pelo simples fato de operar segundo regras ou conceitos. Aqui se encontra a distinção entre arbitrio bruto (*Willkür*) e arbitrio puro (*Wille*). “O arbitrio que pode ser determinado pela razão pura chama-se o arbitrio livre. Aquele que é determinável por inclinação (estímulo sensível, *stimulus*) seria o arbitrio bruto (*arbi-*

² DD, p. 4.

³ *Idem*, p. 3. Kant distingue também a *concupiscência* enquanto estímulo para a determinação do próprio desejo. “Ela é sempre uma determinação sensível do ânimo, mas que ainda não resultou em um ato da faculdade de desejar”. *Idem*, p.4.

⁴ *Idem*, *ibidem*.

trium brutum)”⁵. Um se deixa levar pela razão (somente este adota leis racionais como princípios); outro, por uma vontade guiada por desejos e paixões, respectivamente.

Se assim for, o arbítrio humano pode ser afetado por inclinações sensíveis. Todavia, ele pode, também, praticar ações por vontade pura, uma vez que “(...) a liberdade do arbítrio é esta independência de sua determinação por estímulos sensíveis, sendo esse seu conceito negativo. O positivo é: a faculdade da razão pura de ser prática por si mesma”⁶.

Por isso, o livre arbítrio só será racional enquanto *ratio cognoscendi* da liberdade de ação, posto que ao ser humano seja dada a capacidade de fazer ou não o que quer. Nesse sentido, “a liberdade do arbítrio é o fundamento objetivo da possibilidade da liberdade, ou é já liberdade em pleno sentido”⁷. Para evitar, então, qualquer resquício empírico que venha sacrificar tal capacidade, o livre arbítrio encontra seus limites morais no imperativo categórico – fórmula da lei positiva –, na medida em que a lei moral pode ser invocada pelos demais como uma lei universal – fórmula da liberdade negativa.

No que diz respeito à determinação do agir moral, a MC apresenta uma evolução em relação à FMC e a segunda *Crítica*. Nela, a *Willkür* (arbítrio) assume como apenas sua a capacidade de ser livre, de modo que, na sua distinção em relação à vontade (*Wille*), o arbítrio tem em seu favor a capacidade de efetivação de uma boa vontade.

Como bem observa Heck,

(...) o *novum* deve-se ao destaque dado à *Willkür* (arbítrio), à faculdade humana de fazer ou deixar de fazer algo a bel-prazer, desde que li-

⁵ DD, p. 5.

⁶ *Idem, ibidem*.

⁷ ROHDEN, Valério. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981, p. 154. Na mesma obra, Rohden expõe, na p. 160, acerca da necessidade de uma razão prática: “A libertação envolve a liberdade de todos os outros homens, cuja universalidade não pode ser fundamentada sobre uma razão pragmática, mas somente sobre uma razão prática”.

gado à consciência de ser capaz por sua ação de originar objeto e não apenas ativar um desejo ou reagir a um impulso.⁸

Como se verá, a relação que se estabelece no âmbito do direito se dá entre arbítrios. Tomando a *Metafísica* por base, é possível observar que o arbítrio humano tem duas imbricações: primeiro, agir segundo máximas; segundo, capacidade de ser obrigado. Para tanto, a liberdade do arbítrio só será factível à medida que as máximas possam tornar-se leis universais, ou seja, é a capacidade do indivíduo dar leis a si mesmo e estas, por sua vez, alcançarem o patamar de universalidade de abrangência que o torna apto à liberdade. Afirma Kant: “Estas leis da liberdade chamam-se *morais*, à diferença de leis naturais. Na medida em que incidem apenas sobre ações meramente externas e sua legalidade, elas se chamam jurídicas; mas se exigem também que elas (as leis) sejam mesmo os fundamentos de determinação das ações, elas são éticas”⁹. Desse modo, aquele que é obrigado a partir da razão, é obrigado sem contradizer a liberdade.

1.2) O agir segundo a representação de leis

Ante a razão, a primeira determinação da vontade – por aquela – é caracterizada por um agir segundo a representação de leis. Isso só é possível porque o homem é livre e pode obedecer tão somente sua razão na elaboração de tais leis. Assim, a vontade encontra-se determinada pela razão quanto à pureza de sua intenção. Kant a define da seguinte maneira:

A faculdade de desejar cujo fundamento de determinação interno, portanto até mesmo o bel-prazer, encontra-se na razão do sujeito chama-se *vontade*. A vontade é, portanto, a faculdade de desejar, não tanto em relação à ação (como o arbítrio), mas antes em relação ao fundamento de determinação do arbítrio para a ação, e não é precedida propriamente por nenhum fundamento de determinação, mas é a própria razão prática, na medida em que ela pode determinar o arbítrio¹⁰.

⁸ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 182.

⁹ DD, p. 5.

¹⁰ *Idem*, p. 5. A vontade entendida em sua fórmula geral contempla tanto o arbítrio quanto o desejo. Acerca da vontade, continua Kant na mesma página: “a vontade pode conter o arbítrio, mas também o mero desejo, na medida em que a razão pode determinar em geral a faculdade de desejar.”

Nesse sentido, enquanto seres irracionais atuam de forma mecânica (determinados pelo mecanismo das leis naturais) o sujeito racional age representando-se leis ou princípios de ação (determinados por leis de liberdade). Ao mesmo tempo, pelo conceito de vontade boa, Kant afirma a necessidade de uma liberdade transcendental para o seu sistema moral, eliminando a possibilidade de uma fundamentação a partir de elementos sensíveis.

Diz Ferraz,

O ponto basilar das digressões de Kant no campo moral concerne ao caráter *sui generis* do homem, quer dizer, somente este possui *condições* de prática moral, uma vez que ele é a única criatura na natureza dotada de razão (*Vernunft*) e vontade (*Wille*), ou seja, somente ele tem uma razão prática e, portanto, acesso à liberdade¹¹.

Essa sua exclusividade permite ao homem fugir dos ditames da natureza com suas leis causais e fazer preponderar seu agir autônomo. A única lei à qual deve seguir provém da razão, imbricada em seu âmago, e que atende pelo nome de lei moral (*Moralisches Gesetz*).

Nesse sentido,

(...) o termo lei designa o elemento legislador básico pelo qual a ação é representada como dever, o que perfaz um simples conhecimento teórico da possível determinação do arbítrio, vale dizer, de regras práticas.¹²

Tal lei vale tanto para o âmbito ético quanto jurídico. Para Kant, o ponto nevrálgico da “*Aufklärung* moral” do homem perpassa pela consciência dessa lei moral, a fim de que ele não seja um mero apêndice vivo cujas leis lhes sejam outorgadas independentemente de sua vontade sob a forma de uma heteronomia. Ao contrário, dessa sua consciência resulta a possibilidade de erigir leis segundo representações, fugindo ao mecanismo das

¹¹ FERRAZ, Carlos Adriano. *Do juízo teleológico como propedêutica à teologia moral em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 63.

¹² HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 181.

leis naturais, mesmo porque, se o homem age segundo sua boa vontade, este se encontra livre de qualquer determinação que lhe seja externa.

Outra distinção importante diz respeito aos princípios (regras) pelos quais o ser humano age. Seriam eles princípios prático-técnicos (como as prescrições da prudência e da felicidade), de ordem meramente natural, ou então princípios prático-morais (como as leis morais da vontade, referentes aos princípios de uma ‘teoria da moral’/ *Sittenlehre*), conceito este embasado na liberdade? A princípio, todas as prescrições técnicas chamam-se regras de habilidade, de modo que somente as prescrições que se fundam sobre o conceito de liberdade chamam-se leis práticas. Logo, em Kant, o ser humano age a partir de princípios prescritivos e não descritivos, tendo em vista que a razão da qual o indivíduo dispõe para agir é razão prática pura.

Kant distingue regras técnico-práticas, assim como as prescrições de prudência e da felicidade, das regras moral-práticas. Do mesmo modo, existem as leis morais da vontade referentes aos princípios de uma teoria moral. Isso denota a recusa kantiana pelo “finalismo técnico”, cuja aplicação a âmbito moral conduziria ao sacrifício do direito¹³.

(...) as prescrições prático-morais, que se fundam totalmente sobre o conceito de liberdade, com inteira exclusão dos fundamentos determinantes da vontade de origem natural, constituem uma espécie totalmente peculiar de prescrições, as quais, de modo análogo às regras a que a natureza obedece, chamam-se também pura e simplesmente leis, mas sem repousarem, como estas, sobre condições empíricas e sim sobre um princípio supra-sensível. Como tais, requerem, ao lado da parte teórica da Filosofia, uma outra parte sob o nome de filosofia prática¹⁴.

Outra distinção kantiana importante diz respeito aos conceitos de autonomia e heteronomia. Para Kant, um sujeito será livre quando não se encontrar determinado por

¹³ Cf. OLIVEIRA, N. “Moralidade, Eticidade e a fundamentação da ética”. In: *Reflexão*. PUCCAMP, nº 63, 1995, p. 101.

¹⁴ KANT, I. “*Kritik der Urteilskraft*”, 1997 (v.VII). *apud* ROHDEN, Valério. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981, p. 129.

leis da natureza para a ação, o que não implica numa indeterminação. A princípio, isso desponta como um paradoxo: como uma vontade pode, ao mesmo tempo, ser livre e submetida a leis? A resposta de Kant seria de que a liberdade é a independência de uma determinação exterior, isto é, heterônoma. Nessa medida, pode-se pensar em liberdade da vontade se essa estiver submetida apenas às leis que a razão impõe a si mesma. A autonomia da vontade é, então, essa capacidade da vontade de ser determinada imediatamente pela razão, a qual é o princípio da razão prática. Já a heteronomia será a determinação dessa mesma vontade por motivos externos de sua razão, sem sua adesão racional. Sendo assim, toda vontade de um ser racional, enquanto vontade autônoma, é informada pela razão prática pura.

A vontade não pode ser designada livre ou não livre, no sentido de fazer ou deixar de fazer, mas é por definição autônoma e heterônoma. Ela não se volta para as ações, mas diretamente à legislação para a máxima das ações. Ao legislar sobre o agir que se propõe, ela é incapaz de ser constrangida pelas máximas desta ou daquela ação¹⁵.

A partir disso será possível demonstrar que a vontade é capaz de agir segundo conceitos, muito embora isto seja ainda insuficiente para uma vontade livre. Para que esta prevaleça, fazem-se necessários princípios ou regras extraídos da razão e não simplesmente dos conceitos do entendimento, os quais pertencem ao âmbito da filosofia teórica, isto é, são simples descrições.

Uma tal vontade é pensada, por um lado, como uma faculdade inteligível, e, por outro, como uma faculdade afetada por apetites sensíveis. A vontade humana possui a capacidade de agir conformemente à razão, porque é afetada, mas não necessariamente determinada por apetites sensíveis ou por interesses. A vontade de um ente finito é pura, mas se distingue de uma vontade santa, na medida em que somente aquela é afetada por carências e motivações sensíveis¹⁶.

Quer dizer, o homem é um ser que, apesar de estar submetido à razão, é influenciado também por impulsos sensíveis. Seu arbítrio poderá, dessa maneira, ser determi-

¹⁵ HECK, José N. *Direito e moral: duas lições sobre Kant*. Goiânia: Editora UFG, 2000, p. 45.

¹⁶ ROHDEN, Valério. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981, p. 129.

nado por outro motivo, porém a determinação da vontade pode continuar isenta dessas determinações, haja vista que o agir moral oscila entre as paixões que lhe agregam o ser e a vontade pura de um agir moral imediatamente determinado pela razão.

Como afirma Oliveira, antes mesmo da consciência de uma liberdade, trata-se de reconhecer tal lei moral fundamental como proposição sintética *a priori*, cuja consciência da mesma Kant denomina “fato da razão” [*Faktum der Vernunft*] ¹⁷. Desse modo, seu caráter de necessidade e universalidade, que a constitui enquanto princípio de moralidade, atende como lei válida para todos os seres racionais providos de vontade. Kant assim o faz, pois, do contrário, não lhe seria possível definir a autonomia da vontade como princípio único para a moralidade, isto é, válido para todas as leis morais.

Na *Reflexão 7 199* é possível entender pela primeira vez o que Kant quer dizer com um agir verdadeiramente livre. Diz ele: “não porque o homem age mediante conceitos ele é livre, mas que, ao contrário, porque ele é livre, age mediante conceitos” ¹⁸. Sua liberdade é um *a priori* que lhe permite agir autonomamente.

1.3) A boa vontade

Juntamente com os “princípios metafísicos da ciência natural”, que dizem respeito ao ordenamento do mundo sensível, os princípios expostos na *Metafísica dos Costumes*, com seus desdobramentos em *doutrina do direito* e *doutrina da virtude*, constituem o sistema metafísico moral.

Os princípios metafísicos iniciais ou primeiros (*Metaphysische Anfangsgründe*) diferem os predicáveis dos objetos da razão, isto é, levam em consideração o elemento empírico em geral e constroem, na articulação com os predicamentos criticamente expostos, um sistema doutrinário¹⁹.

¹⁷ Cf. OLIVEIRA, N. *Moralidade, Eticidade e a fundamentação da ética*. In: *Reflexão*. PUCCAMP, nº 63, 1995, p. 100.

¹⁸ KANT *apud* ROHDEN, Valério. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981, p. 129.

¹⁹ Cf. KANT, I. *Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência*. São Paulo: Nacional, 1959, § 39.

Nesse sentido, na mesma medida em que um princípio da natureza representa *a priori* a condição sob a qual o objeto é objeto de uma experiência possível, o princípio metafísico representa *a priori* as condições sob as quais os sujeitos, os quais têm na razão seu fundamento, podem construir uma ordem moral capaz de ordená-los sem lhes subtrair a autonomia.

Para que isso se dê, entretanto, faz-se necessário perceber a legitimidade dessa forma moral, não por uma simples disposição; antes, sim, por seu fundamento na razão. Vale lembrar que tais princípios são metafísicos e que se trata, em última análise, de perceber como uma vontade racional finita – e, por isso, afetada – pode ascender ao patamar de uma vontade racional pura, pois, como bem escreve Zingano, “(...) uma coisa é descrever as condições de uma vontade racional; outra coisa é descrever de que modo uma vontade racional é finita”²⁰.

Os primeiros princípios metafísicos preparam, por conseguinte, o caminho para uma determinação propriamente metafísica do homem, isto é, do que ele faz a partir do que pode fazer de si, ou, dito de outro modo, qual é o estatuto próprio desse além-físico que impregna segundo seus efeitos o mundo físico²¹.

Será da idéia de moralidade como valor incondicional que Kant identifica a boa vontade (*Guter Wille*) como única forma possível dessa incondicionalidade. Talentos do espírito (discernimento, argúcia,...) ou dons da fortuna (poder, riqueza, honra,...) de nada valem se conduzidos por uma vontade depravada. Se assim for, a idéia de boa vontade servirá como pressuposto necessário e único para a moralidade.

Para isso, a *Fundamentação* é bem clara ao afirmar a necessidade dessa boa vontade estar em cópula ao *Sollen* (dever-ser). Essa vontade, apesar de ser própria “do bom senso natural e que mais precisa ser esclarecida do que ensinada”²², encontra-se intrínseca ao conceito de dever, tendo em vista que limites ou obstáculos subjetivos não sub-

²⁰ ZINGANO, Marco Antônio. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Edito brasiliense, 1989, p. 188.

²¹ *Idem*, p. 189.

²² Cf. FMC, BA 8, p. 26.

traem seu valor de vontade boa; antes sim, “a fazem ressaltar por contraste e brilhar com luz mais clara”²³.

Isso leva Kant ao afamado imperativo categórico, ao mesmo tempo em que relega à felicidade a possibilidade de ser o determinante da vontade (*Wille*), haja vista que ela resulta da satisfação das inclinações provenientes da sensibilidade, o que não lhe possibilita oferecer um caráter apodíctico. Ou seja, “ela atende às necessidades particulares, ficando excluída de uma fundamentação que pretenda encontrar o princípio supremo da moralidade”²⁴.

Na MC, Kant leva em conta a vontade afetada pelas inclinações. Cabe, agora, identificar como essa vontade é afetada e, daí, observar o que é preciso para que esta aja moralmente, ou seja, quais os princípios primeiros capazes de guiá-la.

Nesse caso,

(...) a lei moral não significa outra coisa do que a instituição de uma comunidade racional de agentes, isto é, de um lugar comum em que o variegado do desejo é subsumido a uma forma universal do querer como humanidade dos agentes²⁵.

Mas o que significa dizer realmente que o homem tem vontade? Para responder a essa questão faz-se necessário explicitar dois pontos: a dualidade da natureza humana e o que Kant entende por autonomia e heteronomia.

Primeiro, o homem dual kantiano perfila o conceito de ser sensível dotado de razão. É possível, então, explicar a relação entre os diversos sujeitos da filosofia kantiana

²³ FMC, BA 8, p. 26.

²⁴ FERRAZ, Carlos Adriano. *Do juízo teleológico como propedêutica à teologia moral em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 41. O imperativo categórico terá o caráter apodíctico necessário para a constituição do critério formal de moralidade, justamente à medida que a vontade se encontrar conforme à razão, ou, como já foi supracitado, em sua relação com o puro dever. Retoma-se, aqui, as duas formas como a vontade pode ser entendida. A saber, o *arbitrium brutum* e o *arbitrium liberum* (Cf. CRPu, A 802, B, 830, 637). Por sua vez, na FMC essa distinção assumirá a forma de *Wille* e *Willkür*, isto é, boa vontade/vontade pura e arbítrio, respectivamente. Nesse sentido, o *Willkür* será empiricamente condicionado, de modo que a vontade, cujas máximas não são plenamente conformes à razão, atende muito mais às necessidades da sensibilidade. Por sua vez, o *Wille* se dá, ou seja, é determinado independentemente dos impulsos sensíveis. É a vontade absolutamente incondicionada, sendo que suas máximas são necessariamente conformes à razão (valor necessário e universal).

²⁵ ZINGANO, Marco Antônio. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Edito brasiliense, 1989, p. 188.

(o teórico, o prático e o transcendental)? Se na espontaneidade da filosofia teórica é o “eu puro” da apercepção transcendental que conta, a filosofia prática trata do sujeito moral, o qual (enquanto vontade) é livre como pura auto-atividade que se determina apenas por si.

Desse modo, a filosofia moral concede ao sujeito prático uma função julgadora e dominante, tendo em vista que ela deve impedir que a razão empiricamente condicionada forneça exclusivamente o princípio de determinação da vontade.

Na verdade, tanto sujeito empírico quanto sujeito prático estão conectados ao caráter inteligível, o que, por sua vez, obedece à relação entre *mundus intelligibilis* e *mundus sensibilis*. Em suma, trata-se da relação entre natureza e liberdade, sendo que esta última, como consciência conectada ao imperativo categórico, possibilita ao homem saber de si como ser racional e pensar a sua própria liberdade.

Nessa relação, é possível deduzir que, tanto o sujeito sensível com seu autocohecimento empírico como o sujeito moral com sua *poiésis* (prática) estão inseridos, isto é, são partes integrantes de um projeto de razão, o qual se esclarece por meio da faculdade cognitiva e reflexiva humanas²⁶.

É em meio a essa dualidade que Kant busca o princípio supremo da moralidade. Tal princípio não pode surgir, entretanto, das condições empíricas de existência, haja vista que, embora o empírico seja o “laboratório”, com o perdão de expressão, em que se realizam as ações, ele não é capaz de oferecer um princípio supremo seguro, cuja apatidão perpassa por suas condições universal-necessárias de validade.

²⁶ O sujeito kantiano possui três faces, as quais o constituem em sua totalidade. Uma face é o sujeito empírico (sensível), o único que é possível conhecer. A outra é o sujeito moral, um ser racional cuja liberdade se dá sob leis morais. Este sujeito se encontra no mundo prático, e, com suas leis e intenções, constitui o “eu legislador” referido ao “Reino dos fins”. Por fim, há o sujeito transcendental que não é propriamente sujeito, mas funciona muito mais como “apercepção transcendental”, permitindo o pensar sobre o “eu” e o mundo inteligível.

Isso é o que permitirá a Kant pensar a liberdade sem olvidar a essencial distinção dos modos de representação sensível e inteligível. O fato é que a liberdade se erige como idéia transcendental dispondo de duas acepções distintas, mas que mantêm em si a coerência para seu princípio formal. Quando a liberdade se encontra arraigada às condições sensíveis, aí está seu sentido negativo; ademais, ao determinar a ação sem nenhuma inclinação ou desejo sensível, eis o sentido positivo dessa mesma liberdade.

Resta, ainda, esclarecer os conceitos de autonomia e heteronomia. “Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer)”²⁷. Eis o princípio da autonomia, cujo querer, imbuído a uma máxima, porta-se como lei universal, na mesma medida em que se encontra mediada pelas máximas para que a ação possa ser considerada moral. Não obstante, quando a vontade se apresenta para “(...) além de si mesma, ou seja, busca-se essa lei na natureza de qualquer dos seus objetos, o resultado é então sempre heteronomia”²⁸.

Com isso, é possível compreender melhor o que significa vontade pura, uma vez que o homem, por meio de sua razão, é capaz de se lhe oferecer uma liberdade. Essa liberdade perpassa a autonomia desse sujeito, que é sujeito racional, e confirma a necessidade de uma vontade boa para a moralidade da ação.

1.4) Liberdade como postulado (Faktum der Vernunft)

Para se ter uma idéia da grandeza desse conceito para o sistema moral kantiano, tome-se a afirmação exposta por Kant na CRPr:

O conceito de liberdade, na medida em que a sua realidade é demonstrada por uma lei apodíctica da razão prática, constitui a *pedra angular* de todo o edifício de um sistema da razão pura, mesmo da ra-

²⁷ FMC, BA 87, 88, 89, p. 85-86 Quanto a isso, afirma Ferraz: “Nesse sentido, a autonomia se identifica plenamente com a legislação da liberdade, mantendo uma rigorosa obediência às prescrições morais imediatas (*unmittelbare sittliche vordriften*)”. FERRAZ, 2005, p. 46.

²⁸ FMC, p. 85-86.

ção especulativa, e todos os outros conceitos (os de Deus e imortalidade) que, enquanto simples ideais, permanecem nesta sem apoio, conectam-se com este [conceito] e adquirem com ele e através dele consistência e realidade objetiva, isto é, a sua *possibilidade é provada* pelo fato da liberdade ser efetiva; com efeito, esta idéia revela-se mediante a lei moral²⁹.

Da própria impossibilidade de uma dedução do princípio da moralidade provém o “fato da razão” (*Faktum der Vernunft*), o qual se apresenta como a consciência da lei destituída de realidade objetiva, haja vista que a vontade pura, incólume a experiência sensível, não pode ser uma dedução transcendental. Se o fosse não seria lei, mas preceito prático.

Por isso, Kant é enfático ao afirmar:

À consciência desta lei fundamental pode chamar-se um facto (Faktum) da razão, porque não se pode deduzi-la com sutileza de dados anteriores da razão, por exemplo, da consciência da liberdade (porque esta não nos é dada previamente), mas porque ele se nos impõe por si mesma como proposição sintética *a priori* que não está fundada em nenhuma intuição, nem pura, nem empírica³⁰.

A importância do conceito de liberdade, em Kant, se revela também na autonomia da vontade do indivíduo concernente ao campo prático. Apesar de o homem ser racional e, por isso, deter em si uma vontade pura, ele é também ser de paixões e necessidades. Através destas, ele será condicionado também a leis naturais que interferem constantemente quanto à determinação de sua vontade. Por isso, mesmo sendo uma boa vontade, não é, contudo, uma vontade santa, estando sujeita aos maiores vícios. Não à toa, é, pois, indispensável uma lei cujo alcance necessário e universal incite o homem à ação moral³¹.

²⁹ CRPr, A4, p. 12.

³⁰ *Idem*, A4, p. 43. Como afirma Ferraz, “a lei moral nos é dada de tal forma que dela somos conscientes ‘a priori’... E pela consciência desta lei nos tornamos também conscientes de nossa própria liberdade”. Mais, “para Kant a autoconsciência da razão prática subsiste em todo ser dotado de razão e vontade (*Willle*), mesmo que ele aja consoante máximas não-morais”. FERRAZ, 2005, p. 49.

³¹ A necessidade do imperativo categórico se dá justamente para seres finitos racionais, como é o caso do homem, que nem sempre age consoante à lei moral. Apenas uma vontade santa estaria isenta deste regimento, já que nela “dever e querer coincidem: ‘ela quer o que deve’ ” Cf. FERRAZ, 2005, p. 49.

Como o postulado da liberdade não pode ser explicitado teoricamente, ele deve ser entendido como um princípio aceito, pois só a partir dessa “idéia” de liberdade será possível dar realidade objetiva às demais idéias de moralidade em Kant.

Nesse sentido, a liberdade é a condição da lei moral, ou seja, é sua *ratio essendi* – em outras palavras, isso significa dizer que sem liberdade não existiriam leis práticas –, enquanto que esta (lei moral) é a condição por meio da qual os indivíduo têm consciência dessa liberdade. É sua *ratio cognoscendi*³².

1.4.1) Liberdade e autonomia

Em Kant, o ser humano é livre, o que não significa dizer que não age segundo leis. Leis essas, contrariamente às leis naturais, entendidas enquanto leis da liberdade, através das quais é possível ao homem agir.

Assim, a liberdade pode ser expressa em Kant como condição para a moralidade. “Ele [Kant] justifica a necessidade da universalidade da liberdade (universalidade coletiva) porque só neste caso a moralidade pode valer como uma lei para todos os entes racionais (universalidade de validade)”³³. *A latere*, uma liberdade coletiva no âmbito do legal proporciona uma relação exequível entre os sujeitos. Ou seja, é a máxima expressão sensível de liberdade, a fim de que o indivíduo possa se realizar por meio da esfera do direito.

A liberdade é, pois, dita ser o conceito-chave da autonomia, porque unicamente ela contém a condição pela qual um ente que age racionalmente pode tornar as leis morais determinações da própria vontade³⁴.

Kant define que uma liberdade perfeita não possui vínculo e é objetivamente ilimitada. Isso significa que a liberdade sem lei alguma é por si mesma boa e universal, e

³² A relevância dessa relação é expressa por Beck: “A mais importante descoberta de Kant é que a lei não é uma mera restrição da liberdade, mas é em si mesma um produto da liberdade [...] Esta é a revolução copernicana na filosofia moral”. BECK *apud* FERRAZ, 2005, p. 51.

³³ FERRAZ, Carlos Adriano. *Do juízo teleológico como propedêutica à teologia moral em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 131.

³⁴ ROHDEN, Valério. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981, p. 131.

a lei não pertence, pois, à sua definição. Positivamente, a objetividade da liberdade consiste em que ela forma uma unidade com a universalidade do querer. Logo, quando liberdade e vontade andam juntas, o sujeito é autônomo.

Por sua vez, a liberdade sem leis é contingente, pois mantém sempre implícitas outras possibilidades. Por isso, a liberdade humana é condicionada, quer dizer, objetivamente ela é limitada e possui obrigações, a saber, as leis morais, pois só assim ações consideradas moralmente boas podem ser executadas.

As ações morais não podem ser determinadas por seus objetos, dada sua enorme variedade e variabilidade, mas por seus motivos e princípios. A única possibilidade para não cair num relativismo total é a obediência a uma lei que é a mesma para todos. Ou seja, o que pode determinar a vontade é a parte formal da lei [...] e não a parte material³⁵.

Qual o motivo, então, de a razão determinar leis que imponham limites à liberdade que por natureza não os tem? Ao que parece, a determinação legal da liberdade não provém simplesmente de sua essência; antes, sim, das circunstâncias que se lhe impõem. Por isso, é possível identificar em Kant duas justificações acerca da determinação da liberdade por parte da lei, uma de argumento exterior e outro de argumento interior, como bem observa Rohden³⁶.

O argumento exterior indica que a subordinação da liberdade às leis da razão se dá por necessidade, haja vista que, em sendo desregrada, assim como pode ser a possibilidade para uma ação boa, essa mesma liberdade pode ser a origem de todo o mal e de toda a desordem. Já o argumento interno indica que, pelo fato de a liberdade ser também nociva ao homem, e este se encontrar numa situação de menoridade, faz-se necessário o uso de sanções contra a mesma.

A lei não pode contradizer a liberdade, antes tem que poder ser um produto dela, tanto que, ao agirmos de forma racional, '(...) pos-

³⁵ WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 55.

³⁶ Cf. ROHDEN, 1981, p. 134.

samos considerar, ao mesmo tempo, tal lei como lei da nossa autodeterminação objetiva³⁷.

Nesse sentido, a liberdade apresentar-se-ia como lei para si mesma, uma vez que vontade autônoma supõe capacidade de autolegislar. Pois, então, liberdade implica autonomia, sendo tal relação da vontade consigo mesma, mediante a razão, liberdade em sentido positivo.

Em suma,

(...) a conformidade com regras é considerada uma necessidade da razão, para que a vontade não se contradiga a si mesma e a liberdade tenha unidade. A necessidade da razão explica-se, pois, como uma necessidade de universalidade da liberdade. Esta universalidade é a determinação propriamente essencial de uma razão prática³⁸.

Bobbio, por sua vez, trata de estabelecer uma distinção entre dois sentidos básicos da palavra liberdade em Kant. Segundo ele,

(...) liberdade significa ora a faculdade de realizar ou não certas ações, não sendo impedido por outros que convivem comigo, ou pela sociedade como um complexo orgânico ou simplesmente pelo poder estatal; ora o poder de não obedecer a outra norma senão aquela que eu mesmo me imponho³⁹.

A primeira noção é liberal, tendo por defensor Montesquieu, enquanto que a segunda é uma concepção democrática, defendida por Rousseau. Segundo Bobbio, as duas concepções se encontram em Kant, sendo a definição democrática de liberdade a que se encontra explícita, restando à liberdade de cunho liberal a orientação de sua teoria. Agora, quanto ao direito (assim como na concepção do Estado e na filosofia da história) predomina a concepção liberal de liberdade.

A problemática acerca da relação entre liberdade e lei terá um desfecho, segundo Rousseau, de que “(...) a liberdade moral é a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, pois o impulso apenas do apetite é escravatura e a obediência à lei que o

³⁷ ROHDEN, Valério. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981, p. 135.

³⁸ Cf. ROHDEN, 1981, p. 136.

³⁹ BOBBIO *apud* TERRA, R. *A política tensa*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 86.

homem prescreveu a si mesmo é liberdade”⁴⁰. É esta revolução rousseauiana, como é chamada por Beck⁴¹, que permitirá a conexão da lei à liberdade, não simplesmente como restrição, de modo que a obediência à lei e a espontaneidade da liberdade poderão ser pensadas juntas. Note-se que o conceito de autonomia kantiana não é algo extraído repentinamente, mas uma construção, da qual a concepção de vontade geral rousseauiana faz parte.

Se assim for, liberdade implica a consciência da lei moral; porém, essa só é possível aos seres dotados de razão e vontade, em que a primeira determina a segunda. Como vimos, a liberdade se posta como *ratio essendi* da lei moral, enquanto que esta lhe será sua *ratio cognoscendi*. Em suma,

(...) isso significa dizer que é pela consciência da lei moral (que se nos apresenta como um fato, ainda que um *Faktum der Vernunft*) que nos tornamos conscientes de nossa própria liberdade, ou seja, unicamente ao submeter-nos à lei moral somos livres⁴².

1.5) Liberdade e faculdade de coagir

A diferença que se apresenta entre autonomia da vontade, a qual é empiricamente incondicionada, e a heteronomia da mesma se encontra à mercê de seu objeto, isto é, de seu móbil. Por seu turno, a autonomia da vontade tem por móbil único a razão, de modo que o homem possa se intitular autolegisador, ao passo que a heteronomia tem no objeto empírico seu motivador.

Tomando por base essa comunidade de arbítrios (liberdades externas), sob quais condições racionais torna-se possível sua existência? Para que isso se dê, devem primar por uma validade rigorosamente universal, isto é, para que tal liberdade seja possível sem contradição, é necessário que ela se restrinja às condições da sua concordância uni-

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. [S.l.]: Europa-América, 1981, L.I., C. VIII, 365, p.26.

⁴¹ BECK, L.W. *A commentary on Kant's critique of practical reason*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960, p.179.

⁴² FERRAZ, Carlos Adriano. *Do juízo teleológico como propedêutica à teologia moral em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 65.

versal com a liberdade externa de todos os demais, pois, do contrário, a coação tornar-se-ia necessária.

Para Kant, a autorização para coagir se encontra imbricada no direito, não constituindo, assim, uma forma ilegítima de pretensão moral de um ordenamento jurídico positivo. Com sua validade *a priori* em todo direito, tal faculdade é a garantia da convivência de liberdade, tendo em vista que só por meio desta é possível resolver justamente (no sentido legal) um conflito de liberdades externas.

Se minha ação, portanto, ou em geral meu estado, pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, então aquele que me impede nisto é injusto para comigo, pois este impedimento (esta resistência) não pode coexistir com a liberdade segundo leis universais⁴³.

A ação injusta é aquela que se constitui como um obstáculo à coexistência universal dos arbítrios livres. Quando uma ação que vise destruir essa ação injusta for cometida, deve ela ser considerada justa, pois defende o princípio universal da liberdade dos indivíduos.

Logo,

(...) se um certo uso da liberdade é ele mesmo um impedimento da liberdade segundo leis universais (i. é, injusto), então a coação que lhe é oposta é, enquanto ‘impedimento’ de um ‘impedimento de liberdade’, concordante com a liberdade segundo leis universais, i. é, justa⁴⁴.

A coação é, pois, tida como válida (legítima) quando instaurada sobre a ação ilegítima, com o intento de possibilitar a liberdade de ação em âmbito universal. Todavia, Kant alerta que, ao justificar o caráter coercitivo do direito, não se está permitindo

⁴³ DD, § D, p. 14. Na tradução espanhola da *Metafísica dos Costumes*, é apontado a justiça da coação a partir da impossibilidade do sistema de direito kantiano subsistir sem a liberdade por fundamento. Diz ela: “(...) si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales, es decir, contrario al derecho (*Unrecht*), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo* frente a *lo que ostaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, es conforme al derecho (*Recht*): por consiguiente, al derecho está unida a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”. MC, p. 40.

⁴⁴ DD, § D, p. 5.

qualquer tipo de coação. “Legítima é só aquela coação que impede uma injustiça; toda coação que passa deste limite é, por sua vez, uma injustiça”⁴⁵.

É mister observar que o direito vem acompanhado pela faculdade de coagir pelo fato de que só assim a liberdade em âmbito universalíssimo pode ser mantida.

Portanto, se um determinado uso da liberdade mesmo é um obstáculo à liberdade segundo leis universais (quer dizer, contrário ao direito (*Unrecht*)), então a coação que se lhe opõe, fazendo frente ao que se coloca como obstáculo da liberdade, concorda com a liberdade segundo leis universais; quer dizer, é conforme o direito (*Recht*): por conseguinte, ao direito está unida a faculdade de coacionar quem o viola, segundo o princípio de contradição⁴⁶.

Tomando a *Doutrina do Direito* por base, será possível esclarecer de forma detalhada como a faculdade de coagir se apresenta na ciência do direito kantiana. No caso de não haver moralidade sem autocoação para a esfera da ética, a questão por decidir acerca da coerção na *Metafísica dos Costumes* limita-se a determinar quais leis morais podem ser ligadas a motivos externos, e quais não toleram tal tipo de coercibilidade. Como se verá, a coerção física se posta, em Kant, como o marco distintivo entre legislação ética e legislação jurídica. Nessa última, o sujeito moral seria levado, uma vez afetado por inclinações, a observar o dever por meio de móveis sensíveis externos (coerção física). Já aquela (legislação ética) indicará a própria razão como providência sensível à execução do dever moral (remorso, v. g.).

A coerção externa assume papel relevante no que diz respeito à consecução das ações concernentes à esfera do direito, a saber, assim como a autocoação das leis morais visa salvaguardar a eticidade de sua esfera, tendo em vista a observância de seus parâmetros de ação, também a coerção externa seria como que um suplemento, cuja pretensão é possibilitar o justo uso da esfera legislativa do direito. Nesse caso, a coerção deve

⁴⁵ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986, p. 143.

⁴⁶ MC, § D, 231, p. 40.

ser qualificada como um motivo de obediência à lei jurídica, a qual é implementada a título de garantia do seu cumprimento.

Há, todavia, que se intercalar: como Kant explica tal coerção na esfera do direito? O direito racional, como o sabemos, trata justamente do ordenamento externo dos humanos entre si, ou seja, ele zela pela possibilidade de co-relação entre os arbítrios.

Ora, toda liberdade está dada enquanto condição, localizada no mundo *noumênico*, sendo o indivíduo livre de modo *a priori*. Logo, toda coerção aplica-se apenas à liberdade moralmente condicionada pelo imperativo categórico do direito. Se certo uso da própria liberdade é um obstáculo à liberdade segundo leis universais, então a coerção, que é contraposta a ele enquanto impedimento de um obstáculo à liberdade, concorda com a liberdade segundo leis universais, quer dizer, é justa.

Desse modo, Kant compreende o direito e a faculdade de coagir como uma co-relação necessária, pois que é mais viável garantir a liberdade a âmbito universal, mesmo que se tenha de sacrificar uma liberdade externa, do que deixar esta predominar sobre aquela. Isso seria uma contradição que implodiria o próprio sistema de liberdade.

É isso que permitirá a Kant, na *Doutrina do Direito*, aliar coerção e leis jurídicas, numa espécie de simbiose pela qual se estabelecerá o controle das ações individuais de cada ser, haja vista que estes se encontram livres, nesse âmbito, em relação à autolegislação imposta na DV. “O dever de virtude difere do dever jurídico essencialmente no seguinte: para este último é possível moralmente uma coação externa, enquanto que aquele se baseia somente em uma autocoação livre”⁴⁷.

O fato é que o conceito de dever possui inerente um conceito de coerção, o qual, todavia, difere segundo seu modo de atuação, ou seja, pode ser exterior ou, então, se expressar como uma autocoação. Essa última forma de dever diz respeito à esfera ética

⁴⁷ MC, p. 233.

de ação, tendo no imperativo sua forma mais refinada de sentença categórica através da qual o homem, enquanto ser naturalmente racional, se encontra coagido. Por sua vez, o direito tem a coação como instrumento regularizador, quando se fizer necessário, para ações que comprometam a liberdade em âmbito universal.

Cap. 2 – DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Se, no primeiro capítulo, tratou-se de apresentar alguns conceitos básicos para a teoria kantiana da moral, nesse segundo capítulo, será feita uma análise das duas esferas legislativas kantianas, *Doutrina do direito* e *Doutrina da virtude*, na tentativa de demonstrar as implicações, dentro do sistema moral, da aplicação desse princípio formal proposto, bem como suas variações em cada esfera.

2.1) Da *Fundamentação à Metafísica dos costumes*

A FMC é o texto no qual Kant apresenta sua pretensão de alcançar princípios universalíssimos. Para tanto, o imperativo categórico tem a função regulativa de dar condições para examinar uma ação moral. Nesse sentido, “a bifurcação dos deveres, em um *a priori* formal e um *a priori* material, não corresponde à distinção feita por Kant entre fim subjetivo e fim objetivo na *Fundamentação da metafísica dos costumes*”⁴⁸. Isso se explica pelo fato de que fins subjetivos se originam de um incentivo natural presente no sujeito racional, entendido enquanto fundamento subjetivo do desejo, ao passo que o fim objetivo toma por referência um fim que incentiva por si mesmo a vontade, permanecendo como uma concepção meramente negativa, uma vez que jamais poderá ser transgredida (boa vontade).

⁴⁸ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 191.

Para que seja possível estabelecer um princípio do dever material *a priori*, pressupõe-se a validade do princípio formal, de modo que o primeiro se coadune com o segundo, por ele posto.

Na *Fundamentação*, a lei moral elaborada não prova sua validade objetiva. Por isso, na medida em que o imperativo categórico não consegue ordenar para-além do contrário prático daquilo que proíbe, torna-se inviável à razão prática uma postulação afirmativa, haja vista que “(...) a dedução do mandamento que incide sobre ações destruidoras de liberdade não equivale a um mandamento que comanda os incentivos da liberdade”⁴⁹.

Cabe à *Segunda Crítica* apresentar a atividade imanente da razão, pois um *Fatum*, “(...) causador nos humanos de uma experiência sensível não imediata volitiva”⁵⁰, concebido subjetivamente de maneira *a priori* sem intuições, parece ir além de uma mera concepção normatizante em que a razão prática se apresenta como legisladora para seres vinculados por obrigatoriedade moral.

O fato é que

(...) o enunciado sintético prático do ‘fato da razão’ tem por referência algo que, porquanto real, combina com a consciência de que a lei moral vigora, urge, coage, se impõe por uma sensação a priori, mas não submetida às formas da sensibilidade ou à tábua das categorias – a liberdade. Ambas, *ratio cognoscendi* e *ratio essendi* definem a vontade do homem.⁵¹

Resta, ainda, compreender como é possível ao sujeito agir pela capacidade da faculdade de a razão pura ser prática para si mesma. Ou seja, se antes o “tu deves” imperava no agir do sujeito, agora, na MC, acrescenta-se o “tu podes” como pertencente ao conceito de arbítrio humano, o único, segundo Kant, que pode ser designado verdadeiramente livre. Dessa forma, sua independência frente aos impulsos sensíveis – que a

⁴⁹ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 191.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Idem*, p. 193.

torna liberdade negativa do arbítrio – faz com que a faculdade da razão pura seja prática apenas para si mesma, na medida em que o sujeito toma as máximas para si enquanto parâmetro para a lei universal. Para a liberdade ser entendida em seu sentido positivo, faz-se necessário que as leis oriundas da vontade subjuguem as máximas oriundas do arbítrio⁵².

2.2) Metafísica da natureza e metafísica dos costumes: o que as duas têm em comum?

Loparic entende que o projeto kantiano de uma filosofia do direito perpassa três pontos. Primeiro, “(...) achar o ou os princípios fundamentais da *Metafísica dos costumes*”⁵³. Segundo, “(...) submeter esses princípios a exame crítico, perguntando pelas condições em que eles podem ser ditos ou terem uma realidade objetiva prática e serem decidíveis”⁵⁴.

Por fim,

(...) elaborar um sistema completo da liberdade cujos princípios permitiriam legislar *a priori* não apenas sobre a moralidade de nossas ações, mas também sobre outros aspectos essenciais da *práxis* humana – da atividade humana atribuível à liberdade – tais como o direito, a política e a educação.⁵⁵

Segundo ele, o primeiro e o segundo ponto são explicitados na FMC (1785) e na CRPr (1788), respectivamente. O terceiro se desenvolveu em *Teoria e Prática* (1793), *Paz perpétua* (1795) e MC (1797). Disso resulta que existe um único princípio supremo do sistema de liberdade, expresso na fórmula do imperativo categórico da moralidade. Esse mesmo princípio se dá como “fato da razão” e não pode ser deduzido por meio de argumentos, sendo que vários outros princípios práticos *a priori* podem ser explicitados

⁵² Cf. HECK, 2003, p. 194.

⁵³ LOPARIC, Z. “As duas metafísicas em Kant”. In: *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Nythamar Fernandes de Oliveira, Draiton Gonzaga de Souza (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 306.

⁵⁴ *Idem, ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

e afirmados como válidos a partir deste, constituindo os fundamentos das diferentes doutrinas da razão pura prática⁵⁶.

Na MC, Kant diferencia filosofia prática de antropologia. Aqui, o termo “antropologia” é usado no sentido de teoria científica empírica, enfatizando a tese de que a antropologia empírica não pode contribuir para resolver o problema do fundamento da moral: este tem de ser puro e *a priori*. É possível também fazer uma analogia dessa obra com a metafísica da natureza.

O objetivo principal da metafísica da natureza não é o de simplesmente expor a estrutura a priori da natureza, mas o de permitir a elaboração de regras de resolução dos problemas empíricos da ciência da natureza à luz de enunciados que caracterizam a estrutura desse objeto de estudo.⁵⁷

Com a metafísica dos costumes acontece algo análogo ao acima mencionado.

Sendo assim, a metafísica dos costumes depara-se com um problema análogo ao da metafísica da natureza – determinar a priori as regras de interpretação dos princípios práticos no domínio de fatos antropológicos produzidos de acordo com esses mesmos princípios.⁵⁸

Para isso, todavia, devem existir princípios de aplicação daquelas leis supremas universais, de modo que, por vezes, seja preciso recorrer à “natureza” como objeto, conhecidos através da experiência⁵⁹.

Quanto ao âmbito de aplicação dessa metafísica dos costumes à *práxis* jurídica, Kant afirma o seguinte:

Portanto, também aqui, como nos princípios anteriores da metafísica da natureza, procederemos do seguinte modo: ofereceremos, no texto, o direito pertencente ao sistema dado *a priori*, mas também os direitos referidos a casos particulares da experiência, nas observações colhidas; porque, em caso oposto, não se poderia distinguir bem o que aqui é metafísica do que seja prática jurídica empírica.⁶⁰

⁵⁶ Cf., LOPARIC, 2003, p. 307.

⁵⁷ *Idem*, p. 312.

⁵⁸ LOPARIC, Z. “As duas metafísicas em Kant”. In: *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Nythamar Fernandes de Oliveira, Draiton Gonzaga de Souza (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 306.

⁵⁹ Cf. MC, 384, p. 236.

⁶⁰ MC, 205, p. 6.

Este é um correlato entre metafísica da natureza e metafísica dos costumes. Cabe ressaltar, entretanto, que a metafísica dos costumes não tem por intento permitir uma exposição conceitual bem como uma pesquisa empírica da mesma; antes sim, “(...) juízos a priori moral-práticos que derivam, direta ou indiretamente, da lei moral”⁶¹.

O âmbito prático é determinado pela consciência dessa lei moral, ao mesmo tempo em que gera o sentimento moral para a execução de ações por sua vontade. Dito de outra forma, a lei moral é o primeiro elemento deste campo de domínio prático,

(...) sendo que todos os elementos restantes são gerados, direta ou indiretamente, a partir deste, a começar por ações morais, modos de vida morais, grupos e sociedades moralizadas e governadas por instituições racionais, fatos da *práxis* humana que, tomados em conjunto, remetem a uma humanidade racionalizada ao longo da história.⁶²

Loparic, ao apresentar as semelhanças e diferenças entre as metafísicas da natureza e dos costumes em Kant, apresenta três pontos que parecem esclarecer o propósito da última. Primeiro, além da lei moral, existem princípios práticos adicionais, principalmente os juízos sintéticos *a priori* tanto para a *doutrina do direito* quanto para a *doutrina da virtude*, os quais “têm realidade objetiva e mesmo validade no domínio prático”⁶³. Segundo, existem outros conceitos (idéias) da razão prática, como os de ação legal e não legal que também têm realidade objetiva prática⁶⁴. Por fim, tais conceitos e princípios são passíveis de aplicação na práxis jurídica e concreta.

Note-se que Loparic faz uma abordagem semântica de tais elementos práticos, e visa a todo o momento expor a necessidade e validade dos juízos sintéticos *a priori* para que a filosofia prática kantiana se dê. Trata-se, numa palavra, de “(...) uma semântica a

⁶¹ LOPARIC, Z. “As duas metafísicas em Kant”. In: *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Nythamar Fernandes de Oliveira, Draiton Gonzaga de Souza (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 313.

⁶² *Idem, ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Cf. LOPARIC, 2003, p. 314.

priori que trata da referência e do significado dos conceitos jurídicos e éticos, bem como da aplicabilidade e da vigência das leis que empregam esses conceitos”⁶⁵.

Se a metafísica da natureza apresenta princípios pelos quais é possível uma pesquisa científica, a metafísica dos costumes é, por assim dizer, uma ancila para que se possa “(...) legislar a priori sobre a práxis humana e, desta feita, possibilitar *a priori* a resolução de todos os problemas – jurídicos e outros – que surgem do uso externo de nossa liberdade (das relações entre os livres arbítrios dos agentes humanos)”⁶⁶.

Porquanto

(...) as leis descobertas pela pesquisa empírica independente da metafísica dos costumes não podem ser usadas como ‘guia de ajuizamento [moral] e mesmo da disciplina do ânimo do cumprimento do dever’... as normas prescritivas das atividades moral-práticas ‘devem ser dadas a priori tão somente pela razão pura’.⁶⁷

2.3) A instituição de um estado legal

A história humana é vista, por Kant, como uma história de progresso, o qual ocorreria concomitante ao processo de esclarecimento. Essa *Aufklärung* pressupõe uma aceção moral, sendo que o desenvolvimento desta pelo homem perpassa a constituição de um estado de direito, cujo intuito final seria um estado em paz perpétua⁶⁸. O problema com o qual nos deparamos é o de entender como o estado legal se relaciona com o estado moral, o qual, aliás, não é realizável empiricamente enquanto puro dever-ser.

Disso surge uma indagação: como a legalidade (*Legalität*) se apresenta como parte integrante da moralidade? Para responder a essa pergunta de forma mais sistemática, Lacroix observa dois fins aos quais o homem está predisposto: um de ordem pessoal e outro de ordem social (comum).

⁶⁵ LOPARIC, Z. “As duas metafísicas em Kant”. In: *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Nythamar Fernandes de Oliveira, Draiton Gonzaga de Souza (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 314.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Idem*, p. 316.

⁶⁸ Cf. Kant, 1940, Suplemento I, p. 90.

Para dar uma idéia geral e esquemática, poder-se-ia dizer que Kant propõe ao homem dois fins: um fim pessoal, moral, que postula um outro mundo onde virtude e felicidade serão reconciliadas – um fim da espécie, fim terrestre, realizável e que consiste no estabelecimento da paz universal aqui embaixo⁶⁹.

O direito público é outro ponto seminal na argumentação kantiana, uma vez que será a partir dele que o direito privado sairá de seu *status* provisório, quer dizer, não é senão no estado civil que pode haver o meu e o teu exteriores (direitos e de deveres)⁷⁰. Além disso, será o Estado, em seu caráter formal de estado civil, que possibilitará um direito cosmopolita para a possível realização universal do bem soberano. Nesse sentido, será ele

(...) o princípio que ordena todo o movimento jurídico e o que assevera a necessidade ‘de sair do estado de natureza’ (*M.C.*, §44) e constitui um estado civil, onde unicamente a possessão deixa de ser provisória e a dimensão cosmopolita torna-se irrecusável⁷¹.

O Estado ao qual Kant se refere disporia de uma tripartição de poderes, a saber: legislativo (poder que nada mais é que a vontade unificada do povo·), executivo e judiciário. Só assim a república se manteria saudável e evitaria mais facilmente a manutenção de um governo despótico.

Na visão de Kant, “(...) a natureza, em seu sentido mais geral, é a existência de coisas sob leis”, e parece revelar sua disposição por leis que possam ordenar sistematicamente os sujeitos. Todavia, continua ele, “a natureza sensível dos seres racionais em geral é a existência dos mesmos sob leis empiricamente condicionadas, portanto, uma ‘heteronomia’ para a razão. Faz-se necessária, então, uma natureza supra-sensível que podemos chamar de arquétipo (*natura archetypa*) conhecido pela razão. Já a reprodução deste mundo, no qual se encontra o princípio de determinação da vontade, é chamado

⁶⁹ LACROIX, M. *História e mistério*. São Paulo: Duas cidades, 1967, p. 70.

⁷⁰ Cf., MC, § 8.

⁷¹ ZINGANO, Marco Antônio. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Editio brasiliense, 1989, p. 191.

por Kant de *natura ectypa*⁷². Assim, dá-se a passagem da esfera da moralidade para a legalidade, esta servindo de consecução para os princípios que aquela lhe dispõe.

Höffe apresenta o espaço legal como um segundo nível da moral, no qual se sobressai o conceito de justiça, qual seja, da universalização da lei aplicada às pessoas, hajam vista leis da moral terem aplicação ao nível do sujeito (subjektivamente).

Nesse sentido, a liberdade que figura no âmbito do direito deve ser comum entre os cidadãos, tendo em vista que tais leis jurídicas não se deixam perverter pelas condições empíricas. “Para tanto, importa que o direito não seja um conjunto de leis arbitrárias, criadas para a satisfação do *Selbstliebe*. Tais leis devem ser prescrições que tornem compatíveis as liberdades individuais (a transgressão dos deveres jurídicos ocasiona a impossibilidade de uma convivência social)”⁷³.

Isso denota, mais uma vez, a intenção necessária para a moralidade enquanto que à legalidade importa apenas uma conformidade à lei e não sua adesão íntima. Será essa juridicidade da liberdade que dará o aval para uma relação de direitos e deveres possível apenas para os seres humanos⁷⁴.

2.4) Direito natural

O direito kantiano inato é único. Reza ele:

Liberdade (independência do arbítrio coercitivo de um outro), na medida em que pode subsistir com a liberdade de qualquer um outro de acordo com uma lei universal, é este direito único, originário, pertencente a cada homem por força de sua humanidade⁷⁵.

Este consiste na faculdade por parte do indivíduo de comprometer alguém a fazer ou não determinada ação segundo a legislação exterior da razão. Quer dizer, o ho-

⁷² Cf. MC, A74-75, p. 55-56.

⁷³ FERRAZ, Carlos Adriano. *Do juízo teleológico como propedêutica à teologia moral em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005, p. 81.

⁷⁴ Lembre-se das quatro espécies de relações entre os seres: 1) entre homens e animais; 2) entre homens livres; 3) entre homens e escravos; 4) entre homens e Deus. Por isso, “(...) solo en el nº 2 encontremos una relación *real* entre derecho e deber”. MC, III, 241, p. 52.

⁷⁵ DD, p. 18.

mem, por sua razão, é portador de um direito natural que o torna apto a usufruir de sua liberdade, desde que a mesma, tendo limites racionalmente invioláveis pelos demais, não constranja a liberdade alheia (de outrem). Além disso, do mesmo modo que o direito objetivo, tal direito de cada indivíduo – subjetivo – não se baseia em atributos antropológicos; antes, como correlato subjetivo da lei pura do direito, pela exclusiva imposição da razão pura prática.

Como é evidente que Kant mantém alguns conceitos do século XVII e XVIII, como, v.g., estado de natureza, contrato originário, também no que diz respeito ao conceito de direito natural. “A idéia de uma constituição de acordo com o direito natural dos homens, ou seja, que aqueles que obedecem às leis devam, reunidos, legislar, se encontra na base de todas as formas de Estado”⁷⁶. Segue-se, assim, que um legislador jamais poderá promulgar leis positivas que o povo não pode promulgar para si mesmo e aceitar autonomamente.

O direito natural é o direito não estatutário, por isso é encontrado *a priori* pela razão de todos os homens – sistema de leis racionais *a priori*. Há que se diferenciar, pois, direito natural de direito no estado de natureza.

Além disso, visto que a expressão *Natürlich Recht* é empregada de maneira ambígua, devemos servir-nos de uma sutileza, para evitar esta ambigüidade. Distinguir *Naturrecht* do *Natürliches Recht*. Na *Doutrina do Direito*, Kant afirma:

A divisão suprema do direito natural não pode ser a divisão em *direito natural* e *social* (como sucede às vezes), senão a divisão em direito natural e civil: o primeiro deles se denomina *direito privado* e o segundo *direito público*. Porque ao estado de natureza não se contrapõe o estado social senão o civil: já que, naquele, pode muito bem haver sociedade, só que não civil (que assegura o meu e o teu mediante leis públicas), daí que o direito no primeiro caso se chame direito privado⁷⁷.

⁷⁶ TERRA, R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 94.

⁷⁷ MC, III, 242, p. 54.

Segundo Heck, este direito é

(...) único porque rechaça, como descabida, toda limitação de liberdade que não possa ser concebida como juridicamente correlata... O direito de humanidade kantiano mantém-se neutro perante a valoração das éticas materiais. Trata-se, a rigor, do direito à fruição desimpedida da liberdade de iniciativa, correlato ao direito de resistir às injunções abusivas dos livres-arbítrios alheios⁷⁸.

Assim como acontece no imperativo categórico, também no direito há um apriorismo jurídico⁷⁹, ou seja, um direito subjetivo do homem como sujeito da legislação externa da razão.

A doutrina do direito de humanidade tem por objeto o poder do indivíduo de repelir toda e qualquer imposição constrangedora do semelhante. Os homens são livres, em Kant, não somente para honrarem deveres e zelarem por uma conduta ética responsável, mas no sentido de terem à disposição o maior raio de ação possível e imaginável de liberdade⁸⁰.

Jamais tal direito será reduzido a princípios de todo morais, nem será prescrito como meras normas externas a serem seguidas, tendo em vista ser a base e, como esta, não pode encerrar em si nenhum conteúdo empírico, pois é um direito universal e, desse modo, encontra-se isento de elementos empíricos de caráter valorativo-factual artificial.

Por isso, o direito de humanidade não só origina a habitual normatização das relações entre portadores de direito, mas desenvolve igualmente uma normatividade interna que incide sobre o arbítrio do sujeito jurídico e disciplina sua ação externa. Seria uma independência do agir humano na sua inter-relação mediada pela humanidade do mes-

⁷⁸ HECK, J.N. “Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant”. In: *Revista Veritas*, Porto Alegre, v. 48, 2003, p. 59-75, p. 66.

⁷⁹ “Aquela limitação *a priori* da razão torna as leis jurídicas *ipso facto* aptas a uma incorporação às exigências éticas...O que só não leva a uma apagamento da fronteira entre os dois domínios, porque a legislação jurídica da razão conta com um móbil determinante do arbítrio distinto do próprio dever, ou seja, conta com um móbil não ético de acordo com as distinções introduzidas com base nesta diferença dos móveis”. BECKENKAMP, J. “O direito como exterioridade da Legislação Prática de Kant”. In: *Revista Ética*, Dez. 2003, v. 2, nº 2.

⁸⁰ HECK, J.N. “Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant”. In: *Revista Veritas*, Porto Alegre, v. 48, 2003, p. 59-75, p. 67.

mo, ou seja, a liberdade para o convívio com os demais seres é proporcionada pelo direito de liberdade inato a todo ser humano⁸¹.

Como se verá, no direito legal, o agir se dá perante outros indivíduos, os quais, por sua vez, também são dotados de razão, tendo a capacidade de realizar ações racionais assentes sobre máximas, sendo, por isso, livres. Note-se que aqui se fala exclusivamente do agir externo. Todavia, muito embora o direito seja externo, as máximas das ações continuam sendo reguladas de maneira *a priori*, a saber, pelo princípio do direito inato.

No âmago de tais leis externas (*leges externae*), em que se encontram as leis obrigatórias para as quais é possível uma legislação externa, estão presentes tanto leis naturais quanto leis positivas, como afirma Kant.

Dentre elas, se chamam leis externas, porém *naturais*, aquelas às quais se reconhece uma obrigação *a priori* mediante uso da razão, inclusive na legislação exterior; ao contrário, as que não obrigam de modo algum sem uma legislação externa efetiva (sem a qual, portanto, não seriam leis), se chamam leis *positivas*. Pode, pois, pensar-se uma legislação exterior que contivesse somente leis positivas; mas, então, dever-se-ia proceder de uma lei natural, que fundamentara a autoridade do legislador (quer dizer, a faculdade de obrigar os outros simplesmente mediante seu arbítrio).⁸²

Muito embora as leis jurídicas naturais sejam exteriores, fundam-se *a priori* na razão, assim como acontece com as leis éticas. Segundo Dulckeit, o direito natural prescreve (prescreve) um valor ideal (regulativo) e um valor real (obrigatório)⁸³. Quer dizer, o direito natural é o padrão de medida para o legislador, simultaneamente à obrigação imposta aos indivíduos⁸⁴.

⁸¹ Logo, a esse direito subjetivo corresponde o dever ético perante si mesmo de o homem não se tornar mero servo de outrem.

⁸² MC, IV, 224, p. 31.

⁸³ Cf. TERRA, 1995, p. 95.

⁸⁴ É, aqui, possível identificar uma aproximação entre leis jurídicas e éticas como ressalta d'Entrèves: "A noção do direito natural participa ao mesmo tempo do caráter legal e do moral. Talvez a melhor descrição do direito natural é que ele proporciona uma norma para o ponto de interesse entre o direito e a moral". d'Entrèves *apud* TERRA, *A Política Tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 95). Apesar de o homem apresentar-se como legislador de seus próprios deveres, por que o direito e a ética se distinguem? Ora, lei moral vale para todos os seres racionais. O homem é um ser racional, contudo esse não é seu único determinante, pois que suas inclinações sensíveis o tornam suscetível à não-conformidade com a lei por parte de sua vontade. Logo, faz-se necessária a determinação da

Dessa forma, observa-se que no sistema de Kant existe a necessidade de uma lei natural, cujo fundamento *a priori*, ou seja, da própria razão, possibilita instaurar uma legislação positiva. Essa, por sua vez, provém da vontade de um legislador, não sendo, necessariamente, contingente e arbitrária. Conta-se para isso, *a limine*, com um Estado que legitima o poder legislativo e tem o poder de fazer uso de meios coercitivos para que sua legislação efetiva seja obedecida.

Outro texto importante que denota a posição de Kant acerca disso se encontra em sua carta à Jung-Stilling na qual afirma:

A legislação civil tem como seu princípio supremo essencial realizar o direito natural do homem, o qual no *status natural* (antes da união civil) é uma simples idéia, ou seja, submeter as prescrições públicas universais acompanhadas da coerção apropriada, conforme às quais a cada um pode ser assegurado ou proporcionado seu direito⁸⁵.

Se assim for, o direito inato de humanidade consistirá na liberdade da qual o indivíduo faz uso para suas relações externas, mediadas pela razão prática. Tal direito é o fundamento no qual se sustenta todo direito adquirido, seja ele qual for.

2.5) Direito jurídico⁸⁶

vontade pela razão através de leis jurídicas. Essas são obrigações necessárias; do contrário, não seria possível existir a liberdade exterior. Além disso, a vontade humana não pode ser considerada santa, porque, se o fosse, a lei que se lhe impõe não seria obrigação, mas simples vontade a ser cumprida; e a lei não seria mais lei no sentido de obrigação. Além disso, a necessidade de cumprir a lei por parte do indivíduo faz parte da própria constituição do homem, o qual “(...) enquanto sensível, tem inclinações naturais; ao mesmo tempo, enquanto inteligência, pertence ao mundo inteligível, é autônomo. É legislador enquanto pertence ao mundo inteligível, mas, como pertence também ao mundo sensível e está sujeito a inclinações que o podem afastar da lei racional, esta é considerada como um imperativo” (*Idem*, p. 93). Sabe-se, assim, que a legislação diz respeito à razão pura – todos os homens são co-legisladores, pois são racionais – e que tanto as leis jurídicas como as éticas ocorrem pela razão prática. Não obstante, tais leis serão aplicadas no plano empírico e, para tal, dar-se-ão como imperativos; do mesmo modo serão considerados deveres as ações conforme as leis.

⁸⁵ *Idem*, p. 95.

⁸⁶ Apesar de aqui não ser tratado, existe ainda o problema relacionado ao direito estrito, quer dizer, o direito livre de prescrições relativas à virtude. A questão que se levanta é saber se essa esfera de exterioridade da razão em leis pode fazer surgir, de qualquer modo que seja, a decisão interna que efetiva subjetivamente a moralidade. Eis a questão: “(...) cabe saber se a legalidade, cuja esfera exterior está maximamente distanciada da virtude, ainda que sob a égide do agir racional, é capaz de engendrará-lá, de modo a dar assim consistência ao bem soberano, de cuja possibilidade depende a realidade ou o caráter quimérico da prescrição moral”. ZINGANO, Marco Antônio. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Editora brasiliense, 1989, p. 194, p. 191.

No §A da *Doutrina do Direito*, Kant alerta para a necessidade de sua doutrina, ou melhor, do direito enquanto “(...) conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa”⁸⁷. Quer dizer, não se trata de leis tautológicas provenientes de determinada legislação positivada, pois, para ele, “(...) uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro), uma cabeça que pode ser bela, mas infelizmente não tem cérebro”⁸⁸.

Agora, quanto ao conceito específico do direito, Kant afirma: “O direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reunido com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade”⁸⁹.

Ao se fazer esta definição, não se trata propriamente de dizer o *que é o direito*, mas o *que o direito deve ser*. Disso deriva que o problema do direito para Kant remete ao problema da justiça, haja vista ser dela possível estabelecer o que se entende por justo e injusto na esfera legal. Ao afirmar a lei universal do direito, qual seja, Kant confere ao conceito do direito uma formalidade que lhe permite fugir a simples atribuições históricas do que seja entendendo como direito vigente e estabelecer uma visão racional de direito. Como afirma Bobbio, “o que Kant visa é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa”⁹⁰. A justiça deve, pois, ser parte integrante do sistema jurídico, de modo que, por meio dela, seja possível realizar o princípio supremo da moral na existência histórico-política dos seres humanos enquanto liberdade. Com isso, será possível aos sujeitos viverem com suas diferenças, ou seja, a liberdade externa atribuída é uma condição através da qual a pluralidade pode ser contemplada num projeto jurídico-político.

⁸⁷ DD, p. 14.

⁸⁸ *Idem*, § B, p.13.

⁸⁹ *Idem*, § B, p. 14.

⁹⁰ BOBBIO, N. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Brasília: Edunb, 1969, p. 71.

O uso do direito visa possibilitar a boa convivência entre os arbítrios humanos. Ao contrário do positivismo jurídico estrito ou um decisionismo político, não é permitida a formulação do direito de maneira arbitrária. Ele está arraigado a princípios de direito supra-positivos como base para sua legitimidade. O fato é que o conceito racional de direito é um conceito positivo, no qual estão expostas as condições sob as quais o arbítrio de um pode ser unido ao arbítrio de outrem, segundo a lei universal de liberdade.

O direito concerne à liberdade exterior, independentemente do necessário arbítrio de fazer ou deixar de fazer algo a um outro, não à liberdade interna ou moral, à independência da vontade de impulsos, necessidades e paixões⁹¹.

No âmbito do direito em sentido legal, as leis serão externalizadas por meio de leis estatutárias provenientes e garantidas por um legislador constituído externamente. “Dos direitos, como preceitos (*Lehren*) sistemáticos: *direito natural*, que somente se baseia em princípios *a priori*, e *direito positivo* (estatutário), que procede da vontade de um legislador”⁹². O direito natural é, pois, o fio condutor de toda legislação positiva, ou seja, é-lhe o fundamento necessário e imutável.

Só assim, ao implementar os princípios que devem nortear a implementação da exterioridade do direito, a doutrina do direito natural consegue garantir as exigências da legislação prática da razão.

Procedendo a partir da própria razão, a doutrina do direito natural permite estipular, em primeiro lugar, princípios racionais para a interação com outros arbítrios no estado de natureza e, em segundo lugar, princípios de constituição do estado civil, dividindo-se, assim, em duas partes essenciais⁹³.

⁹¹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986, p. 140.

⁹² MC, AA VI, 237, p. 48.

⁹³ Assim, “A divisão suprema do direito natural não pode ser a divisão em direito *natural* e social, senão a divisão em direito *natural* e *civil*, dos quais o primeiro é chamado o *direito privado* e o segundo *direito público*”. *Idem*, AA VI, 242.

Ao se falar em sistema do direito em Kant, há que se observar o direito jurídico, instaurado em uma comunidade jurídica, cuja liberdade se dá entre sujeitos responsáveis. Só que tal direito não leva em consideração a atitude interna, uma vez que este não tem relevância jurídica para ele. “O conceito de direito exclui todo direito baseado em disposições morais e toda fiscalização de atitudes internas”⁹⁴.

Entrementes, existe um critério equivalente entre *Doutrina do Direito* e *Doutrina da Virtude*. Assim como o princípio de universalização obriga a vontade de um indivíduo a cumprir as máximas auto-impostas, também o direito obriga os sujeitos de liberdade externa a cumprirem a legalidade universal, uma vez que aos deveres de direito dizem respeito somente aquelas obrigações cuja transgressão inviabilizaria *a priori* a coexistência da liberdade externa.

As leis jurídicas incidem tão somente sobre a liberdade no uso externo do arbítrio, quer dizer, na determinação do arbítrio a ações externas, pelas quais se torna capaz de influenciar a esfera de determinação do arbítrio dos outros⁹⁵.

Com relação ao conceito de direito, Kant estipula três formulações gerais. Primeiro, o direito “(...) afeta somente a relação externa e certamente prática de uma pessoa com outra, tanto que suas ações, como fatos, podem influenciar-se entre si (imediate ou mediatamente)”⁹⁶. Somente ações externas são objetos de determinação de direito, de modo que as determinações internas da vontade fiquem isentas. Em segundo, a relação em âmbito jurídico “não significa a relação do arbítrio com o *desejo* do outro (portanto, com a mera necessidade (*Bedürfnis*)), como nas ações benéficas ou cruéis, mas tão somente com o *arbítrio* do outro”⁹⁷. O desejo corresponde a uma subjetividade do

⁹⁴ DD, p. 141.

⁹⁵ BECKENKAMP, J. “O direito como exterioridade da Legislação Prática de Kant”. In: *Revista Ética*, Dez. 2003, v. 2, nº 2, p. 162.

⁹⁶ MC, AA VI, 230, p. 38.

⁹⁷ *Ideim*, AA VI, 230, p. 38.

outro e pode não corresponder à ação praticada exteriormente. Por isso, a lei do direito não diz respeito à tal ação.

Em terceiro,

(...) nesta relação recíproca do arbítrio não se atém em absoluto à matéria do arbítrio, quer dizer, ao fim que cada qual se propõe com o objeto que quer; por exemplo, não se pergunta se alguém pode beneficiar-se ou não da mercadoria que me compra para seu próprio proveito; antes, sim, somente se pergunta pela *forma* da relação do arbítrio de ambas as partes, na medida em que se considera unicamente como *livre*, e se com ele, a ação de um pode conciliar-se com a liberdade de outro segundo uma lei universal⁹⁸.

Nesse caso, o conceito de direito diz respeito justamente às condições externas sob as quais o arbítrio de um pode coexistir com o arbítrio dos demais segundo o princípio da universalidade da liberdade de todos.

Em suma, o princípio do direito exige meramente uma adequação externa de meu arbítrio às condições que tornam possível sua coexistência universal com o arbítrio dos demais. Quando isto não for observado, ou seja, quando não for possível fazer uso da minha liberdade com respeito ao alheio, então a injustiça impera sobre meu direito. É a simples conformidade à lei que importa. Por isso, o que se percebe é que “o procedimento seguido por Kant na *Doutrina do Direito* é característico de toda a sua filosofia prática, recorrendo ultimamente ao imperativo categórico da razão e às suas consequências práticas e teóricas, no caso da doutrina do direito, ao postulado jurídico da razão prática pura”⁹⁹.

As ações morais dispõem tanto de um princípio interno, em que subjetivamente são feitas por dever, quanto um princípio externo, que objetivamente concordam entre si. A *doutrina do direito* se encontra nesse último âmbito, da esfera legal, e pode ser tomada como a região do *justum*, isto é, daquilo que se conforma a uma legislação exterior em acordo com a razão. Este é o lugar das leis naturais e das leis positivas. A pri-

⁹⁸ MC, AA VI, 237, p. 48.

⁹⁹ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986, p. 69.

meira, vigente independentemente de sua promulgação, e a segunda como dependente desta.

Ora, para Kant, jamais a legalidade poderá ser resumida a uma moralidade crua.

Deveres de direito constituem *offici debiti*, isto é, são obrigações oriundas de um direito alheio. O objeto de todo dever de direito é uma ação à qual alguém pode ser obrigado por algum outro com vistas ao direito subjetivo que cabe ao último com base na lei geral do direito¹⁰⁰.

Deveres *officia debiti*, como são os de direito, não podem perscrutar estima moral e valoração humana, pois, ao serem considerados grandezas negativas passíveis de correção pelo desempenho requerido, são axiologicamente neutras.

Quanto à autonomia em sentido estrito, esta tem seu papel dado no direito, na medida em que o imperativo categórico é tomado como princípio supremo da doutrina dos costumes¹⁰¹. Na esfera jurídica, as relações das vontades são pensadas sob uma vontade geral, “(...) o que remete para a autonomia do direito, pois todos participam da legislação à qual se submetem, isto é, as relações jurídicas devem dar-se sob leis universais da liberdade”¹⁰². Isso é o que identifica a possibilidade de uma autonomia enquanto liberdade externa, justamente à medida que obedeço a leis dadas sob meu consentimento. Essa liberdade pode, ainda, ser pensada em sentido amplo, tendo como exigência a participação de todos na legislação.

Se for observada a pergunta “que devo fazer?” da *Crítica da Razão Pura* (§853), poder-se-á observar que o direito delimita e precisa melhor a esfera possível de ação.

O conceito do direito funciona como um crivo para as condutas de virtude, ao deixar passar somente aquelas ações que se coadunam com a lei geral do direito. O agir altruísta, ordenado e praticado por virtude, encontra seus limites na determinação do justo e do injusto,

¹⁰⁰ HECK, J.N. “Direito subjetivo e dever jurídico interno em Kant”. In: *Revista Veritas*, Porto Alegre, v. 48, 2003, p. 59-75, p. 59.

¹⁰¹ Na ética, a lei é o princípio de determinação subjetivo e objetivo, e é pensada como lei da própria vontade; já no direito, a lei pode também ser a vontade de outro, o que fundará um dever externo jurídico.

¹⁰² TERRA, R. *A Política Tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 90.

vale dizer, ações virtuosas não substituem condutas justas e tampouco compensam práticas injustas¹⁰³.

Nesse sentido, a filosofia do direito kantiana não é mais uma mera crítica prática da razão, embora pressuponha objetivamente seus conhecimentos. Ela desenvolve um conceito racional de direito, que tem para a legislação positiva o significado de um supremo padrão de medida crítico-normativo. “Para tanto, o conceito de direito ‘é um conceito puro, todavia pressuposto na práxis...’ (RL, VI, p.205). Por isso, o filósofo não pode projetar nenhum sistema completo de direito”¹⁰⁴, pelo menos, não nos termos kantianos de um sistema perfeito.

Nesses termos, afirma Höffe que

(...) o procedimento seguido por Kant na ‘Doutrina do Direito’ é característico de toda a sua filosofia prática, recorrendo ultimamente ao imperativo categórico da razão e às suas conseqüências práticas e teóricas, no caso da doutrina do direito, ao postulado da razão prática pura¹⁰⁵.

O fato é que elas, tanto na *doutrina do direito* quanto na *doutrina da virtude*, encontram-se imersas num sistema maior, qual seja, o sistema moral kantiano, no que a razão prática é a condição *sine qua non* para ambas. Para isso, faz-se necessário compreender o dever ético enquanto aspecto formal de determinação da vontade. O fato é que os deveres de virtude e os deveres jurídicos encontram-se subordinados aos deveres ético-gerais.

Direito e virtude participam da doutrina dos costumes e têm os mesmos fundamentos últimos, o que é conseqüência da unidade da razão prática; as duas legislações são provenientes da autonomia da vontade... A autonomia da vontade é o fundamento das duas legislações, o princípio supremo da doutrina dos costumes é o imperativo categórico¹⁰⁶.

¹⁰³ BECKENKAMP, J. “O direito como exterioridade da Legislação Prática de Kant”. In: *Revista Ética*, 2003, v. 2, nº 2, p. 61.

¹⁰⁴ HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986, p. 123.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 169.

¹⁰⁶ TERRA, R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 80.

Sendo, então, o direito “(...) o conjunto das condições segundo as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade”¹⁰⁷, o que importa é compreender esta relação mútua dos arbítrios e esta universalidade da lei que a rege. A relação dos arbítrios reforça a especificidade do direito no que diz respeito à relação externa dos sujeitos, ao mesmo tempo em que caracteriza a liberdade como coexistência de liberdades.

Isso é reforçado por Kant na *Theor. Prax.* onde fala: “o direito é a limitação da liberdade de cada um como condição de seu acordo com a liberdade de todos enquanto esta é possível segundo uma lei universal”¹⁰⁸. Com isso, a liberdade individual (exercida segundo um direito natural de autonomia da vontade) faz frente à limitação recíproca que ela mesma impõe enquanto condição necessária para a manutenção da liberdade dos indivíduos a partir das leis do direito.

Por sua vez, essas leis morais são universais e aduzem para a razão prática, bem como para o direito, constatado como um ramo da doutrina dos costumes. Desse modo, as leis são dadas *a priori* e se encontram fundadas na liberdade entendida enquanto autonomia. Como visto, o direito terá como aliado importante a coerção, cujo objetivo é garantir a liberdade universal, pois só assim as liberdades externas serão possíveis (isso foi mais detalhado no capítulo sobre a coerção).

A esfera jurídica – concebida como direito positivado – é essa objetivação da liberdade de cunho transcendental em leis:

A imanência da liberdade no horizonte prático é o reconhecimento da alteridade como construção, no mundo sensível, de que é

¹⁰⁷ MC, AA VI, 230, p. 39.

¹⁰⁸ KANT *apud* TERRA, 1995, p. 93.

ordenado pela razão como comunidade de seres racionais figurada no mundo inteligível¹⁰⁹.

Se assim for, o direito natural realiza-se no direito positivo, justamente à medida que esse fornece instrumentos coercitivos que forcem o cumprimento desse direito. Quanto ao legislador, que promulga as leis externas (positivas) a partir do princípio de universalização expresso no imperativo categórico, este deve fundamentá-las no direito natural, que funda, inclusive, sua autoridade. “A legislação civil deve realizar o direito natural, mas, por outro lado, o direito natural dá o fundamento racional à legislação positiva”¹¹⁰.

Mas, que fazer quando o direito positivo estiver em desacordo com o direito natural? Segundo Kant, a lei positiva deve ser observada assim mesmo, haja vista ser ordem obedecer à autoridade no poder, impossibilitando a resistência. Isso é outro ponto que gera algumas tensões no pensamento kantiano.

O fato é que o conceito de dever possui um conceito de coerção, o qual, todavia, difere segundo seu modo de atuação, ou seja, pode ser exterior ou, então, se expressar como uma autocoção. Essa última forma de dever diz respeito à esfera ética de ação, tendo no imperativo categórico sua forma mais refinada de sentença categórica através da qual o homem, enquanto ser naturalmente racional, se encontra coagido. Por sua vez, o direito tem a coação física como instrumento regularizador, quando se fizer necessário, para ações que comprometam a liberdade em âmbito universal.

2.6) Direito e moral

Como se observará, Kant apresentará uma clara distinção entre lei ética e lei jurídica quanto à origem de cada ordenamento.

¹⁰⁹ ZINGANO, Marco Antônio. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Edito brasiliense, 1989, p. 194.

¹¹⁰ TERRA, R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 95.

A legislação que faz de uma ação um dever e desse dever, por sua vez, um móbil, é ética. Mas a que não inclui o último na lei e, portanto, admite também outro móbil distinto da idéia mesma de dever, é jurídica.¹¹¹

Enquanto a ação feita conforme o dever diz respeito a uma lei imposta exteriormente (esfera da legalidade), uma ação praticada conforme o dever pressuporá a existência de uma esfera moral de ação interior ao indivíduo, cujos limites se encontrarão no próprio imperativo categórico postulado.

Assim como a fórmula imperativa de todo dever ético, também a lei do direito se pauta em um princípio formal. Por isso, a negatividade da lei do direito concerne à limitação de ações que não estão em conformidade com aquela, hajam vista não poderem tornar-se objeto de uma legislação universal, pois isso anularia a autonomia dos sujeitos.

Além disso, o conhecimento de estar agindo em conformidade a lei não implica uma adesão íntima a esta, “(...) de modo parecido como uma ação não adquire caráter de dever pelo fato de sua máxima haver passado incólume pelo crivo do imperativo categórico”¹¹². Ante a necessidade à omissão ou do não fazer, mesmo a lei do direito impõe o que é moralmente necessário para agir moralmente¹¹³.

Na *doutrina do direito*, o agente fica livre para escolher fins inerentes às suas ações, uma vez que da relação normativa entre lei e ação, é a primeira quem determina a segunda, justamente por ser um princípio cognitivo do dever. Desse modo, o arbítrio encontra-se determinado de modo *a priori* pela lei do direito, a qual implica a adesão da liberdade do agente com as demais liberdades subjetivas mediante uma lei universal. Disso não é possível abdicar.

¹¹¹ MC, p. 24.

¹¹² HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 188.

¹¹³ Cf. nota 101.

Por sua vez, a *doutrina da virtude* não contém as leis que comandam as ações e, por isso, estabelece a simples relação entre leis e fins objetivos. “Não sendo a ação o objeto do dever ético, o princípio cognitivo da lei tem por objeto fins auto-determinados pelo arbítrio, vale dizer, para a legislação ética a única legislação adequada é aquela que o agente impõe-se a si mesmo”¹¹⁴.

Outro fator de distinção entre legislação ética e legislação jurídica, que será apresentado, diz respeito ao nível de consecução das ações, tendo em vista os respectivos usos, tanto da coerção como condição necessária para a obediência às leis de ordem externa, quanto do imperativo categórico enquanto norma reguladora interna.

Embora a especificidade do direito começa já na sua distinção em relação à ética, qual seja, de que às leis jurídicas (*Legalität*) correspondem ações exteriores, e a ética (*Moralität*) tem sob seu domínio as ações interiores. Todavia, isso não implica que uma delas se situe fora da esfera moral.

Moral, em sentido amplo, compreende a doutrina dos costumes englobando tanto o direito quanto a ética. Por isso, não se podem tomar como correlatos os pares moral/direito e moralidade/legalidade. Uma leitura que os identificasse levaria a uma separação entre direito e ética sem apontar os elementos comuns¹¹⁵.

¹¹⁴ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p.191.

¹¹⁵ TERRA, Ricardo R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 77. Terra coloca três posições possíveis com respeito à relação entre o direito e a moral. Em se tratando de uma relação divergente, Terra afirma que Solari defende a existência de uma independência do direito com relação à moral. “É a necessidade de traçar limites estritos à ação do Estado que engendra, no seio do liberalismo alemão do fim do século XVIII, a tendência de assegurar ao direito uma autonomia doutrinal tão completa quanto possível em relação à moral”. SOLARI, G, 1949 *apud* TERRA, R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 83). Na mesma página, continua Terra: “Solari desenvolve a analogia apresentada por Kant entre o direito e a matemática, ‘que não seria extrínseca e simbólica mas íntima e perfeita’. O problema jurídico é pensado como o da coexistência das liberdades exteriores, como uma pluralidade de forças que estão em equilíbrio, em termos da lei da igualdade da ação e da reação”. Por outro lado, o direito é tido como vinculado à moral. Este ponto de vista é defendido por Lisser e se distingue de Solari por, pelo menos, dois aspectos fundamentais. “Em primeiro lugar, quando coloca ética em sentido restrito (doutrina da virtude) junto com o direito, como partes da ética em sentido amplo (doutrina dos costumes). Em segundo lugar, pela avaliação do conceito de liberdade e a analogia com a lei da igualdade da ação e reação” (*Idem*, p. 87). Aqui, a liberdade, de acordo com o sistema kantiano, é a liberdade enquanto autonomia, o que na esfera jurídica faz cada sujeito obedecer às leis externas às quais pode aderir. Desse modo, ter-se-ia um acordo com a moral em sentido amplo e seu princípio de autonomia. O fato é que cada um destes pontos de vista partem de uma observação do sistema kantiano, simultâneo à recusa de outros aspectos. “Solari

Dito isto, pode-se dizer que o direito integra o sistema moral. O fato é que ambas as legislações de liberdade - a ética e o direito - são informadas pelo imperativo categórico e pela lei jurídica, respectivamente. Contudo, ambas estão subjugadas à lei moral imposta. Nesse sentido, a obrigatoriedade dos deveres nas duas legislações origina-se na razão prática e é manifestada através desses imperativos de ação. Só que a esfera da legalidade pode fazer uso da coerção para a manutenção da liberdade universal, restando à esfera moral a autocoação como condição necessária para a ética.

A princípio, portanto, parece não haver distinção material entre direito e ética. A possível distinção primeiramente visível entre os dois tipos de lei moral é formal. A distinção se apresenta, então, quando ao móbil da ação.

A mera concordância ou discrepância de uma ação com a lei, sem ter em conta os mobéis da mesma, se chama de legalidade (conformidade com a lei), mas àquela em que a idéia de dever segundo a lei é, por sua vez, o móbil da ação, se chama de moralidade (eticidade) da mesma¹¹⁶.

Esse critério de diferenciação entre ética e direito que se dá no nível formal, Kant o faz na medida em que distingue uma ação moral, no sentido ético, por três ângulos. Primeiramente, essa ação deve ser realizada somente para obedecer à lei do dever e nada mais. Por conseguinte, a ação só é ética quando cumprida não segundo um fim externo, mas tão somente pela máxima que a determina (no caso, pelo princípio da vontade). Em terceiro e último lugar, uma ação pode ser considerada como moral quando não for movida por inclinação alguma a não ser pelo respeito à lei. Em suma, para essa ação

deixa de lado a doutrina dos costumes, e Lisser recusa a definição de direito e uma das definições de liberdade, para poder encontrar a coerência do sistema na noção de autonomia” (*Idem*, p. 85).

¹¹⁶ MC, p. 24. Além disso, o direito se apresenta como uma legislação exterior que exige a conformidade da ação à lei, independentemente dos motivos da ação. Em contrapartida, a ética considerará a esfera interior e exigirá não só a conformidade à lei, mas também que o motivo da ação seja o próprio respeito pelo dever imposto pelo imperativo categórico. “Constata-se, assim que a distinção entre direito e ética só tem sentido a partir do princípio formal da moralidade... Trata-se, portanto, de distinguir a ética enquanto doutrina dos fins que são deveres e cuja legislação é interior ao sujeito, e o direito enquanto doutrina dos deveres exteriores” OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Tractatus ethico-politicus: genealogia do ethos moderno*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 82. Dessa forma, apesar de uma visível distinção entre os deveres do direito e os deveres de virtude, é notória a adequação de ambos à máxima universalidade expressa pelo imperativo categórico concernente a cada. O próprio direito não pode ser tomado como execução de ações mediante mera coerção.

ser aceita como válida moralmente, ela não pode ser apenas coerente com o dever, mas deve também ser cumprida por dever.

Quer dizer, a legislação que erige uma ação como dever, e o dever, simultaneamente, como impulso (vontade imediata), é moral. Pelo contrário, aquela que não compreende essa última condição na lei, e que, conseqüentemente, admite um impulso diferente da idéia do próprio dever, é jurídica.

O direito e a moral distinguem-se, portanto, não tanto com relação aos diferentes deveres próprios, mas pela diferença de legislação que une um e outro impulso à lei. Portanto, seu fator de distinção é o *móbil*, dado perfeitamente plausível na filosofia jurídica kantiana na medida em que determina cada ação em sua relação direta à legislação, segundo a motivação pela qual esta se predispõe. Acatar as leis da legislação jurídica implica ater-se à legalidade, isto é, obedecer às leis com motivos alheios à idéia do dever. Já seguir as leis da legislação ética constitui-se como moralidade, isto é, obedecer às leis por puro dever.

Kant parte do princípio de que a lei que alguém usa para agir de acordo é idêntica à lei que justifica moralmente medidas coercitivas contra seu usuário. Com isso, doutrina da virtude e doutrina do direito são paralelas na medida em que a faculdade de coagir se encontra imanente a ambas as formas de legislação, embora atue de forma diferente.

Segundo Heck, nesta obra tardia de Kant (MC), não se trata mais da definição de legislação; antes, sim, da definição de lei, uma vez que não é enfocada mais uma dupla legislação, mas classificações de leis morais em jurídicas e éticas. Ambas dispõem de um mesmo sistema de efetivação, a saber, que

(...) a toda legislação pertence duas peças: primeiro, uma lei que representa a ação que deve ser feita como objetivamente necessária [e]
(...) segundo, um incentivo que conecta o fundamento de determina-

ção do arbítrio para tal ação subjetivamente com a representação da lei.¹¹⁷

Para o jurista, existe uma diferença básica dentro dessa mesma obra. Ora, enquanto que, na introdução, a diferença expressa entre direito e ética se reporta ao *móbil* do arbítrio, na introdução da *Doutrina da virtude* a diferença orienta-se na dicotomia formalidade e materialidade normativa, sendo que o termo “ética” passa a ser definido com vistas ao motivo da ação, porém à luz de princípios materiais.

Entende Heck que:

A diferenciação entre legislação jurídica e ética, na introdução à *Metafísica dos Costumes*, incide sobre os motivos do agir, não afetando o estatuto teórico da lei, e a diferenciação entre deveres de direito e deveres de virtude, na introdução à *Doutrina da Virtude*, incide sobre a lei, reservando à observância espaço e preferências alternativas de realização.¹¹⁸

A legislação do direito só é, por um lado, possível para leis morais que se referem ao arbítrio exterior das pessoas e, por outro, só é moralmente possível se contém leis universais da liberdade. Nesses termos, em Kant, a cada obrigação jurídica corresponde um dever da legislação ética. A saber, agir movido pelo simples dever sempre que não houver uma motivação externa eficaz.

No plano ético, a ação não apenas é realizada conforme o dever, mas é realizada por dever, quer dizer, o móbil é incluído na lei, e tem-se de cumprir a “letra” (lei instituída) e também estar de acordo com o “espírito” (vontade). No plano do direito, admite-se um móbil diferente da idéia do dever, interessando a conformidade ou não da ação à lei, sem levar em conta o móbil. Nesse sentido, no âmbito do direito, os móveis “(...) devem ser tirados de princípios patológicos de determinação do arbítrio, as inclinações e

¹¹⁷ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 181. Ludwig, na tentativa de conciliar a terminologia diversificadora das leis da liberdade (jurídicas e éticas), considera a lei jurídica como uma “lei em uma legislação jurídica” e lei ética como uma “lei em uma legislação ética”. Mais, tal ajuste terminológico implica a mudança de concepção de lei, qual seja, ao invés de fonte vinculante de toda legislação, uma concepção unitária de vinculação como fator de unidade entre lei e ação ou lei e fim. Desse modo, a distinção entre moralidade e legalidade ocorre paralelamente à distinção entre ética e direito, oriunda da filosofia moral kantiana. LUDWIG, Bernd. *Kants Rechtslehre*. Hrsg. von R Brandt und W. Stark. Hamburg: Meiner, 1998, p. 90 *apud* HECK, 2003, p. 185.

¹¹⁸ *Idem*, p. 186.

aversões, e entre estas mais da espécie das últimas, porque deve ser uma legislação que coage, e não um atrativo que convida”¹¹⁹.

Nesses termos, Kant tem o mérito não apenas de dizer que obrigações de direito podem também ser cumpridas por dever, mas que, ao diferenciar os deveres em perfeito e imperfeitos, num “dualismo de obrigatoriedade”, Kant não predica aos deveres de direito uma superioridade ante os deveres de virtude, do mesmo modo que não se assiste a uma obrigatoriedade moral maior àquele.

À Doutrina do Direito cabe o *a priori* formal da lei do direito, e à *Doutrina da Virtude*, o *a priori* material do finalismo ético do dever, com o resultado de que a lei do direito é, enquanto lei de dever das ações, a referência dos deveres perfeitos, ao passo que a lei ética, como lei de dever dos fins, é a referência dos deveres imperfeitos.¹²⁰

Como o homem é, em analogia grosseira, um “pêndulo de relógio” schopenhaueriano, que em Kant oscila entre a razão e sua sensibilidade, o idealista alemão admite a dificuldade de uma legislação de deveres de virtude ser capaz de dar conta das ações humanas. De qualquer forma, o arbítrio humano continua sendo capaz de ser regido por uma razão prática através de sua lei, seja ela dada pelo imperativo categórico, seja pela obrigatoriedade jurídica.

A razão pura prática legisla em Kant juridicamente, na medida em que tal lei estabelece a coerção como moralmente possível para aquelas ações das quais ela, enquanto instância legisladora, exige que sejam executadas por necessidade prática.¹²¹

A partir do momento em que a razão, em sua capacidade de regramento, é tomada como objeto de uma legalidade que compreende todo o âmbito prático, “(...) a chamada liberdade interna não tem mais condições para conceber negativamente a legalidade em face da moralidade. Com isso, deveres éticos viram direitos por baixo do pano”¹²². É o direito permeado de elementos morais em sua constituição.

Mas, como pode o direito obrigar? Por se constituir exteriormente à vontade do indivíduo, a autonomia da vontade não se realiza no direito do mesmo modo que na ética, pois naquele estão contidos móveis introduzidos de fora. Todavia, isso não implica

¹¹⁹ DD, VI, p. 219.

¹²⁰ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 186.

¹²¹ *Idem*, p. 200.

¹²² *Idem*, *ibidem*.

que o direito esteja alheio à autonomia da vontade. Pelo contrário, a obrigação jurídica, bem como a exigência da coexistência das liberdades segundo uma lei universal, deve basear-se na razão prática e preservar a autonomia da cada indivíduo.

Existe uma similaridade muito grande entre a liberdade como autonomia da vontade e a liberdade jurídica, pois, apesar de a autonomia não se realizar tão efetivamente no plano do direito quanto no da ética, a coerção jurídica não impede a liberdade. Antes, serve como mantenedora de uma liberdade universal (*Wille*), a qual, sabe-se, é a condição de possibilidade para as liberdades externas, ou, se quiser, da possível convivência de arbítrios.

Apesar da distinção existente entre as legislações, Kant identifica alguns conceitos comuns a ambas, dentre eles, o conceito de dever e o conceito de obrigação. “Dever entendido como ‘a ação à qual alguém é obrigado. É pois a matéria da obrigação’; esta entendida como ‘a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico’ (*Rechts*, VI, 222)”¹²³.

Por isso, na legislação jurídica, tanto os deveres quanto os móveis são exteriores, o que possibilita o julgamento do cumprimento ou não da ação e, conseqüentemente, também os meios de forçar sua realização. Já a legislação ética, por exigir que o móbil seja o respeito à lei, não pode ser uma legislação exterior, tendo em vista que a ação não pode ser julgada senão pelo próprio agente. Contudo, isso não significa a impossibilidade de admitir deveres de uma legislação exterior e fazê-los seus por parte da ética; desse modo, de alguma forma, os deveres pertencem à ética¹²⁴.

2.6.1) A humanidade como fim

¹²³ TERRA, R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995, p. 78.

¹²⁴ Cf. MC, p. 79.

A humanidade tem por princípio dar a si um fim. “Fim é um objeto do livre arbítrio, cuja representação determina o livre arbítrio a uma ação (pela qual se produz aquele objeto)”¹²⁵. Nesse sentido, o ato de dar um fim a si mesmo “(...) é um ato de liberdade do sujeito agente e não um efeito da *natureza*”¹²⁶, o que perfaz uma distinção entre homens e animais. “O conceito de fim é tão próprio aos seres humanos que Kant o enquadra rigorosamente na chamada liberdade interna”¹²⁷.

Sendo, pois, um fim objeto do arbítrio, não é possível que outro determine um fim ao qual o sujeito seja obrigado a respeitar sem sua vontade, isto é, “(...) eu não posso certamente ser obrigado por outros a realizar ações que se dirigem como meios a um fim, e nunca ‘propor-me um fim’, pois somente eu posso me propor algo como fim”¹²⁸.

Todavia, na primeira parte da *doutrina da virtude*, em que trata da doutrina ética elementar, Kant se impõe um problema: “se o eu que obriga se toma a si mesmo como o eu que é obrigado, o dever feito a si mesmo é um conceito contraditório”¹²⁹. Neste caso, o eu que impõe um dever a si mesmo, ou seja, exerce uma coerção ativa obrigando, é o mesmo eu que é obrigado por este dever dado a si.

Como solução a esta aparente antinomia, Kant toma o sujeito sobre uma dupla qualidade: como ser sensível, concernente à sua esfera instintiva (animal), e como ser racional (*Vernunftwesen*). Nesta, a razão prática só pode se reconhecer nas relações prático-morais e foge ao alcance dos sentidos sensíveis.

Assim,

(...) o homem, como ser natural, dotado de razão (*homo phaenomenon*), pode ser determinado por sua razão, como causa, a realizar ações no mundo sensível [e] ... pensado como um ser dotado de liberdade interna (*homo noumenon*), se considera como um ser capaz de

¹²⁵ MC, 418, § 3, p. 235.

¹²⁶ *Idem, ibidem*.

¹²⁷ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 195.

¹²⁸ MC, 381, p. 230.

¹²⁹ *Idem*, p. 275.

obrigações e, particularmente, de obrigações para si mesmo ... De modo que o homem pode reconhecer um dever para si mesmo, sem cair em contradição consigo (porque não se pensa o conceito de homem em um mesmo sentido)¹³⁰ (MC, 418, §3, p.276).

Feito isso, ser-lhe-á possível estabelecer uma obrigatoriedade cujo alcance se estenda à doutrina da metafísica dos costumes como um todo. Com isso, Kant estende essa obrigação também à dupla legislação na esfera do direito. “Segundo o filósofo [Kant], não houvesse deveres para consigo mesmo, não haveria alhures deveres de qualquer espécie, também não os deveres de direito”¹³¹.

Por isso, também aquele que é portador de deveres jurídicos, embora subjugado a uma coercibilidade também jurídica, não está isento de sua obrigatoriedade moral. Como aquele que vê sua justiça efetivada é um outro que não o eu (*homo phaenomenon*), logo a coerção aí estabelecida diz respeito à legislação externa da liberdade de ambos.

Tal tipo de coerção que se estabelece na esfera do direito não fere a liberdade do devedor de obrigação porque incide sobre os impulsos sensíveis de inclinação e aversão que, embora afetem o arbítrio, não o determinam, de modo que é possível ao agente moral escolher livremente dentre as preferências aquela que lhe é menos desfavorável¹³².

Apesar de não ter impulsos positivos por referência e, em seu lugar fins, materiais dados como dever, a *doutrina da virtude* regra o agente a partir de uma lei que tem por escopo um fim moral, à revelia das inclinações sensíveis que, como matéria do arbítrio, pode apresentar influência sobre o sujeito e deslocar o eixo da ação. Tal fim deve, portanto, ser dado *a priori*.

¹³⁰ MC, 418, § 3, p. 276. Pode-se falar, ainda, num duplo sentido de humano quando este é tomado como “ser racional” (*auctor obligationis*) e enquanto ser sensível (*subiectum obligationis*). Cf. KANT, 1994, 417, § 1, p. 275.

¹³¹ HECK, J.N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 197.

¹³² *Idem, ibidem*.

Cap. 3- A RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL NO ESTADO DE DIREITO EM HABERMAS

Neste capítulo, será explanado o desafio de uma legalidade legítima a partir da análise que Habermas faz das sociedades em que o direito foi instituído. Faz isso tendo especial preocupação com o direito moderno, ponto do qual, feito seu desmembramento, partirá uma crítica a algumas visões filosóficas que concederam ao direito uma base inconsistente.

Para tanto, apresentou-se a solução dada por Kant à disposição entre leis jurídicas e leis éticas, bem como seu mérito inegável de conceitualização de ambas. Após, será exposta a tese habermasiana do direito como *medium*, mas principalmente um apontamento acerca de uma possível solução para seu problema de legitimação por meio de uma racionalidade procedimental imbricada num Estado de direito.

Perguntas, ‘como compreender uma ordem jurídica considerada válida?’, ‘qual o papel do direito em sociedades modernas?’ são algumas das questões que Habermas discute e que serão tematizadas no presente capítulo. Ter-se-á, com isso, uma comparação da tese habermasiana com a solução kantiana dada em sua filosofia prática.

3.1) *Direito e moral*

3.1.1) **Como a legalidade obtém sua legitimidade?**

Em 1986, Habermas deu sua contribuição acerca do assunto em duas aulas ministradas na Universidade de Harvard, sob o título *Direito e Moral*. Por meio de sua teoria do agir comunicativo, esta é sua primeira tentativa de elaborar satisfatoriamente um conceito de Direito, o qual possa responder à existência moderna acerca da fundamentação e da validade do ordenamento jurídico. Faz isso tendo por base três pontos para sua abordagem: primeiro, abordar a concepção weberiana acerca da materialização do direito; segundo, a modificação das formas do direito na Alemanha; por fim, sustentar a tese de que é possível que a legalidade extraia sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor moral.

Como é possível legitimar uma dominação legal? Segundo Habermas, a legitimação dá-se segundo um procedimento, o que não significa o recurso às condições formais de justificação das normas jurídicas. Em vez disso, implica em ater-se a observância de procedimentos da gênese à aplicação do Direito, isto é, “(...) da etapa de sua criação legislativa até a sua interpretação e aplicabilidade jurisdicional. Assim, a legalidade significa a concordância ao juridicamente vigente e ao que é estatuído de fato como Direito”¹³³.

O fato é que não é possível, para Habermas, supor que a fé na legalidade de um procedimento legitima-se por si mesmo, uma vez que a correção processual dos momentos de formulação do Direito acena para a base de validade do direito. Desse modo, o que sustenta a legalidade é justamente um fundamento racional que torna válido todo o ordenamento jurídico. Por isso, do consenso racionalmente alcançado, surge a força factual enquanto pretensão de validade do que é de fato tido e instituído como Direito.

¹³³ DUTRA, Delamar. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 37.

Começando por uma análise da concepção weberiana de Direito, afirmando que “(...) as ordens estatais das sociedades ocidentais não são mais que desdobramentos da ‘dominação legal’”¹³⁴, insere-se a problemática sobre a legitimidade de seu poder estar calcada na legalidade enquanto exercício do poder. No Direito moderno está imbricada uma ordem racional que, ao contrário de uma fé embasada em pressupostos culturais ou de tradição, é capaz de dar legitimidade ao poder estatal.

Na visão weberiana¹³⁵, o direito dispõe de uma racionalidade própria, isto é, que não depende da moral. Nesses termos, o direito assume uma postura original, de ‘mes- tra’ de suas próprias suposições, sem derivações de âmbito moral, e sim de um processo de institucionalização jurídica única. Tudo isso remete ao conceito weberiano de racionalidade do direito.

(...) Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias¹³⁶.

A modernidade e seus avanços trouxeram consigo muitos problemas de ordem jurídica de difícil solução, haja vista a complexidade da sociedade que o envolve. Agora, o *medium* do direito passa a ser utilizado num âmbito maior e a forma do direito se modifica sob os imperativos de um novo tipo de utilização.

¹³⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 193.

¹³⁵ Desde já, é bom que se evidencie que Habermas não concorda com a interpretação weberiana acerca do Direito moderno. “Para Habermas, a interpretação de Weber reduz toda a problemática sobre o Direito moderno ao problema da dominação legal, uma vez que, por vezes, chega a identificar a necessidade pós-tradicional de fundamentação do Direito ao processo de positivação. E isso se dá precisamente porque Weber não leva em consideração as exigências de fundamentação incorporadas ao Direito moderno, desde o séc. XVIII, pela escola do Direito natural racional”. DUTRA, 2002, p. 34.

¹³⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 193.

Weber entende que o problema se dá justamente no processo de juridicização. Quando o direito material adentra no *medium* do direito dá-se a destruição de sua racionalidade. Tal processo decorre da vinculação de prescrições jurídicas às prescrições morais, o que proporciona a utilização do *medium* jurídico como instrumento de justiça social. Essa aplicação do aparato jurídico por parte do legislador equivale à materialização do Direito formal burguês.

Ora, o direito possui um formalismo racional que lhe permite a estruturação de normas (para que essas pudessem ser facilmente executadas) hierarquicamente, de modo que leis fiquem sob a égide de uma *norma regia*, e dispor de um caráter abstrato para as normas (estrutura uniforme e universal) e, este mister, que atos administrativos e jurisdicionais sejam também legais, vinculando lei à justiça. Para Weber, se houver juridificação (materialização) que se execute, não como mera tendência, o que não haverá mais será a distinção entre direito privado e direito público, bem como a hierarquia entre norma fundamental e simples lei.

Contra o formalismo do direito, o aumento da importância da finalidade do direito, qual seja, saber quais serão suas conseqüências, trouxe um elemento novo para juízes e especialistas do direito, a saber, a possibilidade de combinar à lei elementos até então secundários, mas que agora adquirem importância venal na medida em que são determinantes para o desfecho do processo legal. Com isso, “(...) os tribunais têm que trabalhar com cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas”¹³⁷.

Segundo Habermas, o problema vislumbrado por Weber decorre do fato de que, para este, a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais e que, por isso, a materialização implica uma moralização do direito positivo. Segundo o

¹³⁷ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 196.

autor, é do estabelecimento de um vínculo interno entre moral e direito, fazendo sucumbir a racionalidade inerente ao *medium* do direito enquanto tal, que surge a crítica de Weber a esse ponto. Se assim for, resta concluir que qualidades formais do direito são racionais e sem qualquer vinculação à moral, dando a esta instância jurídica um caráter de neutralidade. Mas será que Habermas concorda com essa visão? Como se verá, isso não acontece.

A seguir, Weber conferirá três sentidos ao conceito ‘racional’. O primeiro diz respeito ao seguimento de regras com vistas ao sucesso de uma ação, isto é, o uso dos meios necessários (técnicas) para a obtenção de um fim, racionalidade esta chamada de *instrumental*. O segundo sentido é a *racionalidade de fins*. Nessa, os fins da ação são dotados de um conteúdo que guia sua orientação de modo valorativo. Em terceiro, temos a *racionalidade científico-metódica*, por meio da qual se dá a sistematização dos sistemas simbólicos efetuados intelectualmente por especialistas. O fato é que o Direito dispõe, em seu âmago, dessas três concepções de racionalidade, justamente à medida que: existe uma racionalidade científica de especialistas que lhe emprestam uma sistematicidade; existem leis públicas que asseguram a autonomia privada; e temos a institucionalização de processos para o emprego e implementação dessas leis.

Habermas analisa essas três qualidades formais, que Weber entende ser fundamento suficiente para o Direito, com algumas ressalvas. Para a racionalidade de regras ou, então, de segurança jurídica, Habermas compreende que existem certos interesses que se sobrepõem a qualquer formalidade, ou seja, se passam por princípios morais e devem ser discutidos “(...) sob o ponto de vista moral da possibilidade de universalização de interesses”¹³⁸.

¹³⁸ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 198.

Quanto à racionalidade de fins, observa-se que, pela forma clássica da lei abstrata, a qual não visa preencher simples exigências formais, é possível (ou então mais viável) dar as mesmas condições de acesso e possibilidade numa sociedade de mercado, por exemplo.

Contudo, para Habermas,

(...) programas de leis, dirigidos por regras, têm uma vantagem real face a programas de fins, pois a generalidade semântica os aproxima da igualdade perante a lei. E, devido ao seu caráter abstrato, e na medida em que os fatos regulados são gerais e não tocados em seu conteúdo essencial pelos contextos cambiantes, eles chegam a corresponder ao princípio mais amplo, segundo o qual aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e o que é diferente tem que ser tratado de modo diferente¹³⁹.

Nesses termos, Habermas sentencia a argumentação funcionalista weberiana como inconsistente, na medida em que a forma de leis gerais e abstratas só pode ser justificada a partir dos princípios acima mencionados e, claro, que dispõe de um conteúdo moral. Dessa forma, admite ele a necessidade da moral para o direito, uma vez que princípios formais do direito se tornam frívolos quando destituídos de conteúdo moral.

Por sua vez, a construção de um corpo jurídico por meio de uma racionalidade técnico-científica também é deficiente. “A terceira qualidade formal, isto é, a construção científica e metódica de um corpo jurídico, configurado sistematicamente, também não é capaz, por si só, de explicar a eficácia legitimadora da legalidade”¹⁴⁰. Para Habermas, uma explicitação, pura e simples, dos conceitos do direito não é suficiente para lhe garantir legitimidade. A legitimação pode ocorrer por esses meios quando o trabalho profissional da doutrina jurídica vier satisfazer sua necessidade de fundamentação. Isso acontece quando o direito torna-se direito positivo.

Afirma ele:

¹³⁹ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 199.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 200.

Em síntese, podemos constatar que as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na medida em que se tivessem comprovado como ‘racionais’ num sentido prático-moral¹⁴¹.

O fato é que Weber não reconheceu o núcleo moral do direito formal, pois entende as idéias morais como valores subjetivos e, desse modo, torna-as inconciliáveis com o caráter formal do direito. “Numa palavra, ele não levou a sério o formalismo ético”¹⁴².

A crítica de Habermas a Weber se estende além, na medida em que este não soube separar natureza e razão de conteúdos de valor, dos quais o direito formal teria se separado. “Por isso, ele [Weber] não percebe que o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento”¹⁴³. Essa visão procedimentalista do direito só reforça a idéia habermasiana de que o direito e a moral não podem ter seus limites traçados unicamente a partir dos conceitos formal e material.

As considerações que tecemos levam, ao invés disso, à conclusão de que a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral¹⁴⁴.

O fato é que o formalismo do Direito deve estar situado num nível mais abstrato. Do contrário, somos levados a falácias concretistas, na medida em que amarramos o formalismo do direito em geral a propriedades do Direito formal burguês.

Na modernidade, os sistemas jurídicos têm por conceito-mor o processo institucionalizado juridicamente. Esta é uma questão central para Habermas, em que, segundo ele, “(...) a própria produção de normas é submetida a normas”; essa é a forma de operar

¹⁴¹ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 200.

¹⁴² *Idem*, p. 201.

¹⁴³ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 202.

procedimentalmente determinado, “(...) porém, indeterminado do ponto de vista do conteúdo”, e que “(...) torna possível o surgimento pontual de decisões jurídicas obrigatórias”¹⁴⁵. Além disso, também é preciso considerar que tais processos se dão colocando as decisões sob a necessidade de uma fundamentação. Dessa forma, institucionalizam-se discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as limitações internas da produção argumentativa.

Os princípios que são morais, ao adentrarem nos modernos Estados constitucionais, dirigidos tanto por princípios de ordem moral quanto de ordem jurídica, transformaram-se em direito positivo, o que prova que o caminho da fundamentação e da institucionalização passa pela moral. Por tudo isso é que Habermas adota a seguinte tese:

(...) a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental¹⁴⁶.

Habermas observa que Weber fez um diagnóstico muito acurado da sociedade moderna ao perceber a “desformalização” do direito no âmbito jurídico. Disso, um primeiro fenômeno que se observa é a reflexividade do Direito. Desse modo, as normas devem ser articuladas como um procedimento que deixa ao encargo dos sujeitos a resolução de seus problemas, ou seja, “(...) as normas procedimentais que orientam o processo devem colocar os envolvidos em condições de regular seus assuntos por conta própria”¹⁴⁷. Outro fenômeno decorrente dessa desformalização é certa marginalização do Direito, quer dizer, ele está perdendo seu caráter peremptório (formal).

A substituição de execução da pena estatal através de convênios privados, o acordo negociável entre criminoso e vítima, e fatos semelhantes, fortalecem a ‘erosão das normas’ e a tendência a uma inques-

¹⁴⁵ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 203.

¹⁴⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 204.

tionável ‘orientação pelo consenso’. Isso tudo tira do direito atual um pouco do seu caráter clássico de direito coercitivo¹⁴⁸.

Além disso, existe a tendência da abertura do Direito a imperativos funcionais. Se o direito é entendido enquanto ‘regulador’, sua tendência de juridificação no Estado social revela uma instrumentalização do mesmo para fins políticos. Nesse meio tão complexo, permeado de imperativos sistêmicos que denunciam um sistema dilacerador e de concorrência, o direito encontra-se numa odisséia de fatores que podem determinar seu desfecho. “Na concorrência entre direitos, de um lado, e bens coletivos, de outro, conseguem impor-se exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, os quais não se integram mais através de normas e valores”¹⁴⁹.

No embate moralidade *versus* positividade do direito, a questão acerca da legitimidade da legalidade sempre tem destaque. De um lado, o direito positivo, que a cada passo dado implode seus próprios fundamentos substituindo-os por outros. “A cada mudança de governo, novos interesses tornam-se maioria, atingindo, por exemplo, o direito tributário, da família e do aluguel”¹⁵⁰. Contrapondo-se paradoxalmente a esse movimento encontramos o direito moralizado, o qual “(...) apela para o direito ‘correto’, na forma de desobediência civil ou em questões do aborto, do divórcio, da proteção do meio ambiente, etc”, fato que tem como pano de fundo razões sistêmicas, além do que é sabido: “(...) princípios morais, procedentes do direito racional, compõem hoje em dia o direito positivo”¹⁵¹.

Esses pontos se enquadram na chamada “desformalização” do direito, simultâneo às críticas que o direito formal faz sob o tom jocoso à chamada “juridificação”. Aqui, Habermas reafirma a importância de Weber para o debate atual sobre o direito, uma

¹⁴⁸ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 205.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Idem*, p. 206.

vez que “(...) seu [de Weber] questionamento da racionalidade da forma do direito visava a medidas para um direito, ao mesmo tempo correto e funcional”¹⁵². Tudo isso para tentar explicar ou, pelo menos, esclarecer o problema da legitimidade da legalidade.

Segundo Habermas, apoiado em Wolfgang Abendroth, surgiu uma meta-crítica à crítica de juridificação. Afirma ela que a desformalização do direito formal rígido abre caminho “(...) à justiça e à administração se subtraírem ao poder da legislação e, com isso, da única força legitimadora do ‘processo democrático’ legislativo”¹⁵³. Na mesma linha, Ingeborg Maus considera que a materialização do direito ou mesmo o direito reflexivo compromete a clássica separação dos poderes, cujo resultado é a dissolução do vínculo que liga justiça e administração à lei democrática.

Arapucas legais criam uma tênue legitimação para as intervenções da justiça em valorações supra-positivas e para os emaranhados corporativistas e arranjos da administração, a qual se perfila com os interesses mais fortes no momento¹⁵⁴.

Para Habermas, a legitimidade da lei só é eficaz pelo processo democrático da legislação. Habermas concorda com Abendroth sobre a necessidade de se buscar uma justificativa para fundamentar um Estado democrático de direito. Contudo, considera o positivismo legal e democrático do mesmo insuficiente para tanto, uma vez que

(...) se o vazio deixado pelo conceito positivista da lei não pode mais ser preenchido normativamente pelo interesse privilegiado de uma classe, as condições de legitimação para a lei democrática têm que ser buscadas na própria racionalidade do processo de legislação¹⁵⁵.

O intento habermasiano, até o momento, foi apresentar “(...) o desejo interessante de analisar a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, a fim de verificar se é possível extrair dela argumentos para uma legitimidade que

¹⁵² HABERMAS, J. Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 206.

¹⁵³ *Idem*, p. 209.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

se funda na legalidade”¹⁵⁶. Eis a tese e pretensão a que se prestou Habermas em sua análise. Resta, por fim, um outro problema: como transmitir a racionalidade do processo de legislação para os processos da justiça e da administração, já que a lei abstrata e geral deixou de ser a forma normal e obrigatória dos problemas de regulação do Estado social?

O construtivismo do direito evidencia claramente que interpretações do direito constitucional não se limitam a suprir ou tapar furos da lei; antes sim, se prestam a desenvolver o direito de forma construtiva.

Hoje em dia, a constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre bem particular e bem comum têm que ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da constituição. Dissolveu-se a hierarquia que havia entre norma básica e simples lei, do mesmo modo que o caráter regulador dos direitos fundamentais¹⁵⁷.

Dado o contexto da situação, a possibilidade de interpretação da ordem jurídica pode ocasionar uma dissolução do poder legal (embasado na institucionalidade da lei), transpondo-o para um poder cuja legalidade se dá por intermédio de juízes. Habermas observa muito bem esse problema e lança um desafio (que, na verdade, é muito mais uma constatação negativa dessa forma de direito): “será que a justiça pode continuar preenchendo os espaços que se ampliam inevitavelmente, apoiando-se numa razão, ou seja, em argumentos controláveis intersubjetivamente?”¹⁵⁸.

Hoje, advogados de prática judicial jusnaturalista e contextualista (apoiada em valores) interpretam as premissas filosóficas de Max Weber, de tal modo que processos, princípios gerais e valores concretos estão no mesmo nível. O problema surge quando direitos individuais e bens coletivos são agregados e transformados em valores equivalentes. Assim, idéias de ordem teleológicas, deontológicas e sistêmicas se interpõem, ou

¹⁵⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 210.

¹⁵⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 212.

seja, se relacionam de modo ambíguo e comprometem a clareza, podendo privilegiar interesses particulares do lado mais forte.

Por essa terceira linha de argumentação, torna-se mais evidente que, para Habermas, no tratamento dado pelo judiciário ao direito desformalizado, existe uma moralização do direito, vinculando-o à tendência de juridificação existente no Estado social. O que fica de tudo isso indica que éticas apresentando conteúdos normativos especiais se constituem como premissas demasiado fortes para servirem de fundamento a decisões obrigatórias em geral, principalmente por se tratar de sociedades modernas, muito complexas e plurais. Nesse caso, fazem-se necessárias teorias da justiça e da moral embasadas em seu procedimento, a fim de que haja um processo imparcial para avaliação e fundamentação de princípios.

No Estado moderno, a legitimidade do Direito fica assegurada na ‘racionalidade’ do mesmo e não mais em certezas de ordem religiosa ou metafísica. Todavia, a tese weberiana de um direito com sua força legitimadora calcada na racionalidade autônoma e isenta de moral não se confirmou. “Um poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito”¹⁵⁹. Porém, tal formalismo do direito não pode ser ligado de modo concretista a determinadas características semânticas. Desse modo, a busca por um núcleo racional (sentido prático-moral) perpassa pela idéia de imparcialidade na fundamentação de normas, criando uma relação construtiva entre o direito vigente, os processos de legislação e de aplicação do direito. Será essa idéia de imparcialidade que formará o núcleo da razão prática. Para saber se este processo de imparcialidade está acontecendo de modo racional, far-se-á necessário ver nele o que Habermas chama *moral point of view* (ponto de vista moral).

¹⁵⁹ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 214.

No bojo dessa teoria procedimentalista da justiça, temos vários filósofos renomeados. Um deles é John Rawls, cujo modelo contratual pressupõe limitações normativas para a escolha de princípios corretos. Outro é Lawrence Kohlberg, o qual faz uso de modelo de Mead: reciprocidade geral de perspectivas entrelaçadas entre si. Com isso, substitui o estado original (idealizado) pela assunção ideal de papéis, em que o sujeito que julga moralmente se coloca na posição de todos os possivelmente atingidos. Para Habermas, ambos os projetos são limitados:

No meu entender, ambos os modelos não fazem jus à pretensão cognitiva dos juízos morais. Pois, no modelo da celebração de contratos, as idéias morais são ‘tidas como’ decisões racionais livres e, no modelo da assunção de papéis, são ‘tidas como’ atos de entendimento empático¹⁶⁰.

Já Karl-Otto Apel, como o próprio Habermas, comunga da idéia de tomar a argumentação moral como núcleo para a formação racional da vontade¹⁶¹. Se assim for, uma teoria procedimental nos moldes argumentativos requer uma ética do discurso, qual seja, de uma legitimação da legalidade via argumentação moral, tornando os processos jurídicos uma malha discursiva de todas as partes interessadas.

3.1.2) Direito e moral

Direito e moral são distintos. Enquanto o primeiro dispõe do auxílio de regras para se estabelecer, o segundo não dispõe de tal aparato, o que lhe confere uma carência. Todavia, em ambos é inevitável um nível idealizado para análise dos dois processos, no sentido de uma coerção transcendental fraca.

Na visão habermasiana, da própria fragilidade esboçada por uma racionalidade procedimental imperfeita, surge a resposta ao porquê do direito ser um regulador mais preciso em determinadas matérias do que as regras morais pós-tradicionais, haja vista

¹⁶⁰ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 214.

¹⁶¹ Cf., p. 216: “A legalidade só pode produzir legitimidade, na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica *permeáveis* a discursos morais”.

que para fundamentar normas, uma moral autônoma dispõe apenas de processos falibilistas (Cf., p.216).

Apel destaca este mesmo problema de imputabilidade de uma moral universalista pretensiosa, uma vez que sua justificação depende de argumentos que valham sob a condição de uma obediência geral a regras. E, como idéias morais dificilmente alcançam uma obrigatoriedade geral na prática, “(...) a ética da responsabilidade julga que a obediência e normas correspondentes só são exigíveis quando eles atingem o nível da obrigatoriedade jurídica”¹⁶².

É isso que torna o direito positivo mais importante quanto à sua consecução em relação à fraqueza que a moral autônoma oferece. Tais características Kant as definem como um aspecto exterior, ou seja, ações realizadas conforme o direito (e não por dever), e sem relação ao motivo ou sentimento que possa estar relacionado a ele.

Por fim, expressa-se a dependência do direito à política, na medida em que o direito positivo tem suas ‘características convencionais’ dadas por um legislador político, o que a torna modificável, isto é, passível de alteração. Nessa subordinação por parte do direito à política, eis que se apresenta, também, o caráter instrumental daquele; nisso,

(...) diferindo das normas morais, que constituem sempre um fim em si mesmas, as normas jurídicas servem também como meios para fins políticos. Elas não existem apenas para solucionar, de modo imparcial, conflitos de ação, com é o caso da moral, mas também para a efetivação de programas políticos¹⁶³.

Nesses termos, o direito constitui o *medium* entre a política e a moral, uma vez que ele trata tanto de argumentos jurídicos como também de argumentos morais, o que o constitui ‘meio’ de assimilação de poderes. Em Habermas, direito e moral não é uma simples relação complementar, mas sim de entrelaçamento. Agora, “(...) a moral não paira mais ‘sobre’ o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido

¹⁶² HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 217.

¹⁶³ *Idem*, p. 218.

como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade”¹⁶⁴. Nessa medida, a moralidade se estabelece no direito numa ordem procedimental, de modo que conteúdos normativos determinados dela são extirpados, ao mesmo tempo em que se sublima num processo de fundamento e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. Assim, o direito e a moral têm a capacidade de controlarem-se mutuamente.

No direito, a moral é controlada e limitada nos discursos jurídicos: metodicamente, na sua relação com o direito vigente; objetivamente, isto é, de forma objetiva quanto a termos e encargos de prova; socialmente, nos pressupostos para a distribuição de papéis na sociedade; e na forma temporal, no que diz respeito aos prazos de decisão. Por outro lado, na institucionalização a moral não perde seu controle racional e pode seguir sua própria lógica, pois, ainda que visivelmente controlada pelo direito, permanece intacta no seu âmago. A verdade é que “(...) o próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele”¹⁶⁵.

Além disso, a crítica habermasiana às doutrinas constitucionais que seguem um princípio reconstrutivo crítico persistem. Sua fraqueza reside

(...) no fato de elas desenvolverem seus pontos de vista normativos fora de uma lógica da argumentação moral e fora das condições comunicativas que possibilitam uma formação discursiva da vontade. Além do mais, a formação da vontade intraparlamentar constitui apenas um segmento estreito da vida pública¹⁶⁶.

3.1.3) O Estado de Direito

Na segunda aula proferida por Habermas, do já mencionado texto *Direito e Moral*, seu interesse central direcionou-se ao Estado de Direito, a começar por sua análise

¹⁶⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 218.

¹⁶⁵ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

crítica da reconstrução interna do direito por Weber. Primeiro, a forma do direito não pode ser tida como ‘racional’, num sentido moralmente neutro. Segundo, à medida que o direito adentra no Estado social, aquele não perde, necessariamente, suas qualidades formais em sentido amplo. Pelo contrário, tais qualidades podem ser entendidas num sentido mais abstrato e geral, haja vista a relação complementar estabelecida entre direito positivo e uma justiça de modo procedimental. Como consequência dos dois pontos acima mencionados surge o problema: “as medidas de uma racionalidade procedimental extremamente exigente emigram para o *medium* do direito”, e, com isso, a pergunta: “será que o sistema do direito é capaz de suportar uma tensão mais acentuada, resultante do conflito entre exigências normativas e exigências funcionais em geral, numa sociedade cada vez mais complexa?”¹⁶⁷.

3.1.4) Direito sistêmico

Habermas aborda a teoria funcionalista e sistêmica de Luhmann, cujo desfecho é a demonstração da impotência de uma autonomia do sistema jurídico ser vertida em conceitos da teoria do sistema. Luhmann entende o direito como um sistema ‘autopoietico’, em que as decisões normativas são frutos de “(...) processos fáticos de manutenção autodirigida de um sistema social parcial”¹⁶⁸.

Através de Luhmann, é possível identificar numa teoria sistêmica do direito três características principais. Primeiramente, ele elimina o caráter ilocucionário dos mandamentos, permissões e proibições, anulando a eficácia dos atos de fala. Desse caráter puramente sistêmico ocorre uma redefinição da qualidade deontológica das normas do direito, tornando-as passíveis de uma análise puramente funcional.

¹⁶⁷ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 221.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 223.

Sucedendo, “(...) a teoria positiva do direito é traduzida para o modelo de um sistema jurídico diferenciado, funcional e inteiramente autônomo”¹⁶⁹. Em Luhmann, o direito positivo se separa das normas morais exteriores a si e alça também sua independência do âmbito político, ou seja, legislação e administração. Assim, o direito passa a ser mais um sistema, ao lado de outros tantos; um sistema parcial, funcionalmente especificado, que se reproduz a si próprio, quer dizer, opera de maneira auto-referencial à medida que elabora informações extrínsecas pela medida do próprio código.

Não obstante, essa autonomia sistêmica paga o preço manifesto no paradoxo da ‘regra de reconhecimento’ (*rule of recognition*). Hart assim o descreve: “aquilo que, visto de fora, é fato social, característica emergente ou prática costumeira, contingente, passa a ser critério convincente da validade, quando visto a partir de dentro”¹⁷⁰.

Por isso, Habermas impõe sua crítica a Luhmann interrogando, já que o direito tem o poder estabilizador das expectativas de comportamento generalizadas, como pode essa função (de sistema) ser desempenhada por um direito modificável, o qual está à mercê da vontade das decisões de um legislador político? No fundo, o ponto-mor continua a ser o mesmo: como é possível a legitimação via legalidade?

Por fim, a legitimidade da legalidade é dada como um auto-engano estabilizador do sistema, tendo em vista que o sistema jurídico serve de engodo para que essa se estabeleça forçadamente através do código jurídico.

Se o direito tem que ser aceito como válido, independentemente do fato de ele, enquanto direito positivo, só valer até logo mais, então, a ficção do direito correto tem que ser mantida entre os destinatários do direito, obrigados à obediência, e entre os especialistas que administram o direito de modo não cínico¹⁷¹.

¹⁶⁹ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 221.

¹⁷⁰ *Idem*, p. 224.

¹⁷¹ *Idem*, *ibidem*

Habermas vislumbra nesta visão funcionalista que os argumentos não têm força racional motivadora, nem legitimante. Assim, por melhores que sejam as argumentações, elas sempre são insuficientes e se suplantam as decisões.

Tendo em vista as três características, bem como também suas deficiências, de um direito sistêmico, torna-se nítida a mudança na forma do direito diagnosticada por Weber. Uma sociedade complexa exige, por sua vez, um sistema jurídico mais flexível e capaz de absorver a pluralidade de situações que permeia essa nova sociedade. Porém, Habermas faz uma ressalva quanto a isso: “(...) esta passagem das tarefas da garantia normativa de expectativas generalizadas de comportamento para tarefas de regulação sistêmica não deve ir tão longe, a ponto de ameaçar a identidade do próprio direito”¹⁷².

O conceito de autonomia sistêmica do direito tem também seu caráter crítico. Na desformalização do direito, a mediação política passa a ser eminente e pode se refletir numa ‘superpolitização’ do direito e, após ser amolecido pelos cálculos do poder e proveito, é finalmente absorvido por eles, pois, quando um sistema jurídico é autônomo de maneira auto-reflexiva, ao mesmo tempo em que se delimita em relação à política e à moral, o direito reflexivo é tomado como um desvio.

A autonomia do sistema jurídico depende apenas da manutenção de um código jurídico diferenciado. Para ele [Luhmann], esse código permite a distinção entre direito e não-direito. Porém, essa fórmula tautológica não consegue fornecer distinções mais precisas a respeito da forma¹⁷³.

3.1.5) Escola crítica do direito (tese da indeterminação)

A tese em questão não significa o desconhecimento dos desfechos de processos judiciais, mas é bom ter em mente que o fim de um processo não pode ser prognosticado a partir de situações jurídicas claras, já que não é o texto da lei que determina o juízo. O problema se dá, justamente, porque preconceitos sociais e culturais, bem como opini-

¹⁷² HABERMAS, J. Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 226.

¹⁷³ *Idem, ibidem.*

ões ingênuas se cristalizam sob moldes ideológicos, imiscuindo-se nas decisões; no final, podem interesses não confessos prevalecer a bons argumentos; esses, sim, determinantes, porém, nem sempre observados.

Dessa forma, a aplicação do direito deve contar, cada vez mais, com objetivos políticos, com fundamentações morais e com princípios. “Em termos luhmannianos, isso significa que, no código jurídico, se introduzem conteúdos do código moral e do código do poder; nesse sentido, o sistema jurídico não é ‘fechado’”¹⁷⁴.

Mais, pela auto-referência lingüística do sistema jurídico, não é possível assegurar que interesses particulares e irrelevantes ganhem forma jurídica. A prática de decisão judicial pode ser independente, desde que, nos programas jurídicos, seja observado o núcleo moral do formalismo jurídico e que também sejam fundamentadas quaisquer considerações político-morais que se introduza no seio jurídico. Nesse contexto, a alusão a Max Weber por Habermas tem muito valor:

Max Weber tinha razão: somente se levarmos em conta a racionalidade que habita no próprio direito, poderemos assegurar a independência do sistema jurídico. No entanto, como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito¹⁷⁵.

3.1.6) A tripartição direito, política e moral

O Direito tem uma evolução bastante peculiar. Em seus primórdios, tinha ele fundamentos que nada mais eram que prerrogativas para se exercer o poder, ou seja, não existia norma objetiva. Nos antigos impérios, o que existia era um direito sagrado (divino) que acobertava um direito burocrático, estabelecido por um rei que, ao mesmo tempo, era o senhor supremo do tribunal. Na Idade Média, apesar de ter codificações mais

¹⁷⁴ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 229.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 230.

elaboradas, o sistema permanecia o mesmo. De um lado, o direito canônico da Igreja e, de outro, o direito provindo de decretos imperiais.

Seria o que Weber chamou de ‘duplo reino do poder tradicional’; o direito divino (natural) era legitimante do direito profano, porém não se encontrava à disposição do soberano político. Ele (o direito divino) servia apenas como um invólucro (casulo) no qual o soberano se acomodava e dali exercia seu poder profano por meio de funções de juridificação e de normatização burocrática do direito. No fim, era sempre o direito divino que dava legitimidade ao poder instituído, ou seja, ele era a redoma que não permitia ao direito profano sucumbir pelo que, perto dele, são alhures ou faíscas que não conseguem tirar o brilho deste direito. Era impossível, pois, este direito ruir por sua base de legitimidade. Em suma, tal poder divino estatuído como direito, cuja força o tornava o supra-sumo do poder, não lho permitia isso.

Na qualidade de senhor supremo do tribunal, o soberano é submetido ao direito sagrado. Somente assim se legitima o poder secular. A manutenção piedosa da ordem jurídica intocável garante um prêmio de legitimidade para o exercício do poder político em geral¹⁷⁶.

Simultaneamente, o soberano faz do direito um *medium* para a conferência do caráter obrigatório para as leis estabelecidas. Do contrário, elas não teriam força nem legitimidade para serem executadas.

Com o advento da modernidade, ocorre um fato determinante para o Direito: a cisão entre Estado e Igreja. Dessa cisão, resta ao direito buscar nova base de legitimação já que não se encontra mais sob os auspícios de um direito divino, donde provém a ‘positivação do direito’¹⁷⁷ em decorrência a tais transformações.

¹⁷⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232.

¹⁷⁷ “Conforme o entendimento de Habermas, somente na etapa pós-convencional do Direito, portanto, no Direito moderno, as estruturas da consciência moderna materializam-se no sistema jurídico, o que aos seus olhos acontece, precisamente, com o Direito privado burguês, que se caracteriza através da positividade, da legalidade e do formalismo” (DUTRA, 2002, p. 28).

O direito encolhe, ficando reduzido a uma única dimensão, passando a ocupar apenas o lugar até então reservado ao direito burocrático dos soberanos. De outro lado, o poder do dominador político emancipa-se da ligação com o direito sagrado e torna-se independente. Esse poder político recebe a tarefa de tapar por conta própria, e através da legislação política, o vazio deixado pelo direito natural administrado teologicamente. E, no final das contas, todo o direito deve emanar da vontade soberana do legislador político¹⁷⁸.

Em sociedades de caráter pós-metafísico, o Direito agregou ao seu conceito um caráter pós-tradicional de justificação. Tal institucionalização dá-se através da institucionalização das ordens jurídicas. Nas sociedades modernas, o Direito encontra um duro desafio: onde buscar sua legitimação? Pelo caráter pós-metafísico de legitimação, a busca por uma justificação não pode dispor de elementos religiosos nem consuetudinários. Nesse ponto, à medida que um acordo normativo adota a forma de um consenso juridicamente sancionado, o único modo de saber se tal acordo é racionalmente motivado dá-se por meio do procedimento pelo qual se chega a ele, pois, nesse caso, o acordo refere-se à validade da regulação normativa, que se converte em componente da ordem legítima e vincula os agentes a determinadas orientações valorativas nos casos de matérias carentes de regulação.

Agora, a legislação passa a concernir apenas ao processo regulado politicamente e assim continua, mesmo quando se diferenciam institucionalmente de acordo com poderes do Estado. Habermas, apesar de que toda elaboração do direito positivo moderno parece querer dizer o contrário, indaga: “(...) até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante à do direito sagrado indisponível?”¹⁷⁹. A essa pergunta, o positivismo jurídico apresenta duas variantes, ambas insatisfatórias para o ex-frankfurtiano. Numa delas, o direito perde seu caráter normativo, ficando reduzido a um direito meramente instru-

¹⁷⁸ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 233.

mental. Por isso, decorre que seu momento de indisponibilidade já não existe mais. Na outra variante, detém a premissa segundo a qual “(...) o direito só pode preencher sua função nuclear de regulação de conflitos judiciais na medida em que as leis aplicadas mantiverem a normatividade no sentido de uma validade deontológica não-imperialista”¹⁸⁰. Sob esse prisma, o direito imiscui-se de qualquer vínculo moral ou político, sendo a jurisdição seu núcleo central na e através da qual pode preservar sua autonomia. Separado da política e da moral, resta ao direito apoiar-se no sistema jurídico como núcleo institucional, único lugar em que ainda consegue manter sua forma, ou seja, sua autonomia (essa, como visto, é a tese defendida por Luhmann).

Contra essa suposição de um direito isolado temos a questão das origens históricas do direito. Ao que parece, e nos ensina a antropologia, o direito precede à gênese do poder político, enquanto que o direito sancionado pelo Estado e o poder do Estado estatuído juridicamente surgem simultaneamente na forma de poder político. Ao que parece, o direito arcaico foi quem possibilitou um poder político soberano, numa ordem recíproca de constituição do direito do Estado e do poder do Estado. Entrementes, não é fácil crer que o direito tenha sido totalmente absorvido pelo meio político ou, então, que tenha se separado completamente. Também é possível demonstrar a forte influência posta por determinadas estruturas de consciência moral no que diz respeito à relação entre Direito e poder do Estado, o que, no fundo, aponta para o modo como se dá a união entre Direito, Política e Moral. “Esse momento de indisponibilidade, que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *médium* do direito, resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral”¹⁸¹.

¹⁸⁰ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 233.

¹⁸¹ *Idem*, p. 234.

O que muda em relação ao direito arcaico, no qual juízos normativos e interesses sobre fatos se mesclam e os conceitos de imputabilidade e culpa são inexistentes, é a instauração do conceito de norma jurídica, reconhecida por todos como algo obrigatório e objetivamente válido para todos, de modo que o Direito passa a ser regulado pelo monopólio do poder cristalizado pela possibilidade de sanção que a norma conteria em seu bojo. Disso decorre um caráter impessoal ao Direito, bem como de uma obrigatoriedade decorrente de sua objetividade. Por isso, a positivação da norma jurídica cria um núcleo ao quais os membros desta comunidade estão sujeitos, o que torna possível um apelo a consciência moral de cada indivíduo, de modo que se terá, a um só tempo, objetividade e moralidade introduzidas pela positividade realizada pelas normas jurídicas.

Na modernidade, se o direito fosse reduzido ao poder do legislador político, a consequência inevitável seria dissolução na política. Não obstante, isso acarretaria no próprio fim do conceito de política. O mesmo aconteceria caso o direito positivo assumisse para si sua legitimação na dogmática de uma justiça fiel à lei, contudo sem qualquer relação à política e à moral.

A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desapareceram os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *médium* do direito¹⁸².

Na recusa de um direito sagrado profanizado e de um direito consuetudinário, o direito racional surge como possível resposta à positivação do direito moderno, capaz de garantir ‘um momento de indisponibilidade’ imprescindível ao direito positivo. É jus-

¹⁸² HABERMAS, J. Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 237.

tamente com essa intenção que o direito racional foi introduzido, “(...) adquirindo significado doutrinário e jurídico imediato, não somente para considerações de filosofia do direito, mas também para as grandes codificações e para a prática judicial do desenvolvimento do direito”¹⁸³.

Agora, no direito racional, é articulado um nível pós-tradicional de consciência moral, de forma que o direito moderno fica submetido a princípios na mesma medida em que é transposto para um nível de racionalidade procedimental. Com a decomposição do direito natural, bem como os fundamentos religiosos e metafísicos e a desmoralização da política, o que resta é um Estado monopolizador que reduz o direito a simples meio de organização. Mas, o problema de fundamentação da positividade do direito continua mais latente, uma vez que não foi sanado, apenas é “(...) deslocado para a base mais estreita de uma ética profana pós-metafísica, desacoplada de cosmovisões”¹⁸⁴.

A idéia do contrato surge como ponto nodal do direito privado burguês. Na autonomia concedida pela condição contratual oferecida, há a generalização de um modo capaz de justificar moralmente o poder exercitado na forma de direito positivo e poder legal, qual seja, “(...) um contrato que todo o indivíduo autônomo celebra naturalmente com todos os outros indivíduos autônomos só pode ter como conteúdo aquilo que todos, no uso da razão, podem querer ao defenderem seus respectivos interesses”¹⁸⁵. O que ocorre é um pensamento procedimental que revela uma razão prática no direito natural moderno, qual seja, a razão de uma moral autônoma, presente na fundamentação de ordens políticas constituídas juridicamente.

Segundo Habermas, teorias do contrato social optaram por duas vias: explicar a positivação do direito, ou explicar a necessidade de fundamentação dessa positivação.

¹⁸³ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 237.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 238.

¹⁸⁵ *Idem*, *ibidem*.

Ambos, todavia, não foram capazes de estabelecer uma relação plausível entre indisponibilidade do direito e instrumentalidade do mesmo.

Em Hobbes, o direito positivo serve apenas como meio de organização política, de modo que o poder político não possui nenhuma conotação moral, ao passo que, em Kant, a doutrina do direito está vinculada a uma teoria moral, na visão habermasiana. Em Kant, é o imperativo categórico o princípio geral do direito, e se encontra na base de toda legislação. A partir dele é possível deduzir o direito subjetivo originário e exigir dos demais o respeito a sua liberdade, pois está calcada em princípios gerais.

Todavia, as explicações de Hobbes e Kant são insuficientes para Habermas. Para ele, a teoria hobbesiana “(...) sacrifica a indisponibilidade do direito em favor de sua positividade”, enquanto que, com Kant, “(...) o direito moral ou natural, deduzido a priori da razão prática, ocupa a tal ponto o lugar central, que o direito corre o risco de se desfazer em moral”¹⁸⁶.

3.1.7) A substituição do direito racional pela idéia do Estado de direito

Com a explosão de uma sociedade complexa, à mercê das flutuações do mercado capitalista, qualquer tentativa de retratá-la no quadro de um sistema jurídico apriorístico foi em vão. Por isso, não faz mais sentido apelar para um Direito racional que forneça as bases normativas para a compreensão das relações sociais. A sociedade, em sua pluralidade, anulava qualquer tentativa de teorização (com vistas a estabelecer os fundamentos do direito privado e público). As teorias contratuais não foram capazes de fazer frente a isso, hajam vista não terem sido capazes de justificar seu “individualismo possessivo”. Não é à toa que Habermas acusa as teorias contratuais de concretistas, pois não foram capazes de comportar o manejo de decisões que pudessem contemplar o crescimento capitalista latente.

¹⁸⁶ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 239.

O fato é que o Direito racional moderno se estabeleceu a partir de uma autonomia solipsista de sujeitos, sendo dado à esfera da liberdade individual um valor moralizante a partir dessa autonomia. Contudo, o Direito evoluiu por meio dessas transformações sociais e o Direito objetivo passou a ocupar o lugar-mor, do que resultou um novo padrão conceitual.

Alguns autores, anteriores ao *Vormärz*, têm a concepção de que um Estado de Direito necessita de leis que funcionem como instância suprema, porém sem qualquer feição moral. Hermann Heller foi um dos que adaptaram esse conceito de leis positivas ao formato do legislador parlamentar, ao pressupor um Estado de direito, no qual as leis são somente aquelas, e todas aquelas, estabelecidas pelo legislativo como normas do direito e nada mais.

É essa passagem de um Estado moralizado para um Estado de Direito (em que a normatividade é substituída pela ação parlamentar) que interessa a Habermas. Segundo ele, o problema se estrutura nessa forma de organização porque os fundamentos morais do direito positivo não podem ser explicados nos termos de um direito racional superior e também porque esses mesmos fundamentos não podem deixar de existir sem restar algum vestígio, “(...) pois isso privaria o direito do momento essência da indisponibilidade que habita nele”¹⁸⁷.

Habermas quer mostrar que é possível estabelecer princípios morais no interior de um direito positivado. Isso porque “(...) a moralidade embutida no direito positivo possui a força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 243.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 243.

Na perspectiva de buscar legitimidade para a legalidade via um racionalismo, há ressalvas que Habermas apresenta à visão kantiana.

Kant, ao tomar o conceito de autonomia de Rousseau, dera o passo decisivo, a fim de extrair do próprio processo da legislação democrática o ponto de vista moral de imparcialidade. Sabemos que ele tomou o critério de universalidade como pedra de toque para a forma jurídica de cada lei pública – como se a lei ‘pudesse surgir da vontade reunida de um povo inteiro’¹⁸⁹.

Mais, na visão dele foi o próprio Kant quem ocasionou essa confusão quanto à universalidade da lei na medida em que a universalidade procedimental cedeu lugar à universalidade semântica da lei geral, a qual se caracteriza justamente como ‘vontade popular reunida’.

Na busca por uma ‘teoria da democracia’, e procurando sanar a confusão acerca dos possíveis significados de universalidades (de uma lei parlamentar e de uma ordem procedimental), faz-se necessário observar três pontos: na linha de argumentação, é preciso demonstrar a importância dos discursos morais de fundamentação e dos discursos políticos e que esses sejam regulados por normas jurídicas; diferenciar acordos argumentativamente obtidos de acordos que partiram de compromissos de negociação; e, o mais importante, reconstruir o processo de institucionalização da imparcialidade da formação da vontade legisladora.

Num processo de legislação, discursos políticos podem ser limitados por princípios morais emigrados para o direito positivo, fato que deve ser respeitado ao fundamentar normas. Todavia, para a aplicação das mesmas, “(...) a imparcialidade do juízo não está garantida pelo simples fato de perguntarmos acerca daquilo que todos poderiam querer, e sim pelo fato de levarmos adequadamente em conta todos os aspectos relevan-

¹⁸⁹ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 244.

tes de uma situação dada”¹⁹⁰. Faz-se necessário, então, decidir qual norma e em qual caso ela deve ser aplicada, a fim de que nenhum interesse seja lesado.

3.2) Kant e Habermas

3.2.1) A legitimidade das leis para Habermas

O ponto central de Habermas é, bem entendido, a questão da legitimação ou justificação do direito. Para uma noção da legitimidade, Habermas apela para o Princípio da Democracia como possibilidade na busca de uma fundamentação segura. Tal princípio é o resultado da conexão entre o princípio do discurso e a forma jurídica.

Nesses termos, o princípio do discurso serve tanto como princípio de universalização, para a questão moral, assim como serve também como princípio da democracia, quanto ao direito. Disso resulta uma complementaridade entre direito e moral, nos quais o princípio do discurso é válido e, embora com nuances, constitui a base à qual um e outro se reportam para se lhes garantir a legitimidade.

Pelo viés de uma institucionalização jurídica, o princípio do discurso assume a forma do princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A lei não é apenas o limite, mas também a condição (*medium*) para que a força comunicativa dos cidadãos se torne poder administrativo.

Podemos elencar dois pontos gerais em Habermas. Primeiro, a noção de poder comunicativo não compreenderia também substantivos como expressões da vontade comum; antes, seria produto de sobreposições e intermediações de variedade pragmáticas, ético-política e de discurso moral. Segundo, o exercício legítimo do poder só pode ocorrer se a lei (direito) servir como *medium*, porém, dentro de um caminho em que permanece apegada à associação comunicativa. A regra junto das pessoas deve ser uma

¹⁹⁰ HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246.

regra de lei, mas essa mesma regra (direito) deve concernir àquelas, ou seja, como Frank Michelman expressou, ter sua origem na “política jurídico-generativa”.

Contudo, esta análise dos princípios de constituição do Estado e suas justificativas são parciais, a não ser que ela seja acompanhada do relato de um processo em que os cidadãos são governados por eles mesmos ou engajados na política jurídico-generativa (lei em geral). O fato é que Habermas introduz o modelo procedimental como um caminho que contrastará com dois modelos estilizados e mais conhecidos: o liberalismo e o comunitarismo. Seria ele a terceira via desses dois modelos, numa espécie de simbiose entre os modelos acima mencionados. Dessa forma, ele tenta, sob a égide do discurso, unir autonomia pública e privada através de um modelo institucional incorporado de vários discursos práticos.

Como visto, a validade e criação (legislação) do Direito passa por três pontos centrais: positividade, legalidade e formalismo. Se assim for, a análise habermasiana do ‘edifício’ do Direito moderno (diferentemente de seus tempos de revelação de tradicionalismo) dá-se por meio da positividade oriunda da vontade de um legislador político. Por sua vez, a legalidade substitui as decisões éticas a serem tomadas pelos sujeitos de direito. Com isso, introduzem-se as categorias de responsabilidade e de culpa. Por fim, Habermas lança mão de um formalismo através do qual o Direito moderno preconiza uma liberdade em termos negativos, quer dizer, como esfera que possibilita aquele espaço em que as pessoas de direito podem exercer livremente seu arbítrio, resguardadas da intervenção estatal e/ou privada.

A funcionalidade sistêmica desempenhada por esse Direito possibilitaria, então, a instauração de um padrão de comportamento que tem como eixo as ações racionais conforme fins. Contudo, isso ainda não explica como são possíveis estruturas jurídicas. Uma coisa é o Direito moderno para a institucionalização das ações racionais conforme

fins; outra é como tal Direito se fundamenta. Essa é a deficiência de que padece a tese weberiana, segundo Habermas.

Quanto a Kant, Habermas entende que o momento de indisponibilidade inserido por ele no âmago dos fundamentos morais do direito é tão elado, que o direito positivo é subsumido no moral. Com isso, restaria pouco espaço para o aspecto instrumental de um direito do qual se serve o legislador político para suas tarefas de estruturação. É o legislador político quem passa a administrar a função mediadora que antes pertencia à jurisdição. Em analogia, o que existe em Kant são dois mundos platônicos. De um lado, a *res publica noumenon*, supra-sumo de toda ordem do direito que como idéia justificada pela razão deve ser seguida da forma mais fiel possível; do outro, a *res publica phainomenon*, ou seja, o fenômeno social de uma ordem instituída¹⁹¹. A problemática que se insere aponta justamente para o problema da subordinação do direito e da política a simples meios de consecução para as leis da razão prática. Dessa forma, perde a política sua competência legislativa e nega-se ao direito sua positividade.

Por isso, Habermas afirma sobre Kant que sua posição acerca da legitimação do direito precisa ser reformulada no âmbito de uma ética discursiva e que a mesma pode ser defendida contra o ceticismo axiológico. O que antes era entendido a partir do imperativo categórico passa agora a dispor do princípio da universalização (PU). Ora, o imperativo categórico está vinculado à comunidade de seres racionais num Reino dos fins. Por isso, o imperativo categórico parece acomodar-se perfeitamente à interpretação intersubjetiva habermasiana. Nesses termos, a razão prática não pode ser senão comunicativa, no tocante à pretensão de validade universal (universalizabilidade). Cabe, então, ao indivíduo orientar a sua ação em função da comunidade universal dos seres racionais para um Reino de fins.

¹⁹¹ Cf., HABERMAS, 1997, p. 240.

Nos moldes habermasianos, o intento kantiano de deduzir de princípios supremos os fundamentos do direito, tanto o privado quanto o público, fracassam ante a complexidade da sociedade e da história. Seria ela uma fundamentação abstrata.

Sem dúvida, a formulação do imperativo categórico não comporta a pergunta pelas conseqüências e efeitos colaterais decorrentes da ação moral no mundo, posto que essa se dirige à vontade boa. Isso é conseqüência da formalidade inerente à ética kantiana, cuja validade a priori descarta qualquer relação a conteúdos. Por conta desse formalismo, aliás, já percebido por Hegel, é que Kant pôde responder que não se deve mentir nunca, nem por humanidade¹⁹².

Em outras palavras, o crescimento e a complexidade das esferas sociais frutos do fenômeno capitalista e da modernização social tornam evidente que o direito subjetivo não subsiste sozinho e que é o direito público quem governa o primeiro, não podendo, portanto, ter seu fundamento naquele. Por isso, “(...) com o desenvolvimento fático do direito ficou claro que os direitos subjetivos são algo secundário frente ao direito objetivo, e que nem sequer são capazes de oferecer a base conceitual para o sistema de direito privado”¹⁹³.

Com o fenômeno da positividade, as possibilidades de crítica ao ordenamento jurídico e a necessidade de se justificar a decisão de se converter em lei este ou aquele enunciado conduzem, invariavelmente, ao problema da fundamentação. Daí que, para Habermas, o princípio de positividade, característico do Direito moderno, implica, por sua vez, o princípio de fundamentação. Logo, positividade e fundamentação, para o Direito, se pressupõem mutuamente¹⁹⁴.

Ao se afirmar o exame de pretensões de validades hipotéticas, Habermas abre a possibilidade de um diálogo, ou melhor, de uma prática argumentativa que supõe pragmaticamente a possibilidade, em princípio, de participação de todos numa busca cooperativa pela verdade. A coerção dar-se-ia pela prática de bons argumentos, nada mais que isso.

¹⁹² DUTRA, Delamar. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 19.

¹⁹³ HABERMAS, J. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991, p. 151.

¹⁹⁴ DUTRA, D. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 49.

Habermas entende que o Direito moderno, ao realizar a distinção entre moralidade e legalidade, introduz a necessidade de justificação prática para as normas legais. Todavia, ao estabelecer a vinculação entre normas de ação e normas jurídicas, o Direito moderno remete, por sua vez, à necessidade de uma moralidade fundada em princípios. Isto é, quando um indivíduo pauta sua ação pela descrição de cunho prático contida na lei, ele, ao mesmo tempo em que se guia pela lei, pergunta pela base de validade do Direito que, em última instância, é fornecida por princípios morais.

Dessa forma, com a introdução das características do Direito moderno, a saber, a positividade, a legalidade e o formalismo, fez-se uma exigência de fundamentação que não se pode firmar nem a partir do sagrado, nem do tradicional.

A solução remete a um nível de consciência moral pós-tradicional, no qual as normas jurídicas, como uma criação humana histórica falível, são suscetíveis a críticas. Com isso, a exigência de universalidade das normas pressupõe o homem como sujeito de direito e que, em princípio, todos os homens sejam livres e iguais, e que são esses sujeitos os criadores do Direito enquanto tal.

Dessa forma, Habermas preza por uma autonomia do direito, conjuntamente aos os elementos determinantes que lhes são os conteúdos morais, bem como a determinação política que lhe subjaz. É o que sugere Habermas ao substituir o Direito racional e propor, na idéia de um Estado de Direito, uma racionalidade procedimental capaz de assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade imune a intervenções contingenciais.

Habermas afirma que existem limites entre direito e moral. Ele comunga da idéia acerca da complementaridade que o direito presta à moral, à medida que a eficácia prática desta é duvidosa. Ao passo, o ordenamento jurídico dá melhor resposta no que

diz respeito à obediência de normas, uma vez que cobra obrigatoriedade jurídica indiscriminadamente.

O direito se posta como dependência em relação à política e explica o caráter instrumental do mesmo. Enquanto que as normas morais são fins em si, as normas jurídicas são também meio para a consecução de objetivos políticos, para Habermas. Quer dizer, o direito tem importância prática para a reivindicação da vontade veiculante por parte da instância política, tanto é que fins coletivos e medidas políticas têm sua força veiculante sob a forma jurídica. Por isso, o direito se situa entre a moral e a política. Serve ele de mediador e aglutinador de argumentos relativos à interpretação das leis (e aplicação das mesmas), as quais se mesclam tanto com argumentos relativos a objetivos políticos, como com argumentos relativos a justificações morais.

Por isso, a questão da legitimidade acerca de uma legislação envolve a questão da relação entre direito e moral.

Porém, mais que esta relação de complementaridade nos interessa o simultâneo entrelaçamento de direito e moral, este se produz porque no Estado de direito se faz uso do direito positivo como meio para distribuir argumentação e institucionalizar vias de fundamentação e justificação que se acham abertas em direção a argumentações morais¹⁹⁵.

O direito é invadido pela moral na medida em que esta tenta emigrar para o direito oferecendo-lhe o suporte necessário para a consecução de conteúdos normativos possíveis. “Assim, um direito procedimental e uma moral procedimental podem controlar-se ‘mutuamente’”¹⁹⁶.

Não obstante, não é o direito uma limitação à moral, um impedimento restritivo que a “sufoca” em sua estruturação jurídica. Quer dizer, o direito oferece uma “brecha”,

¹⁹⁵ “Porém, mais que esta relação de complementaridade, nos interessa o simultâneo entrelaçamento do direito e da moral. Este se produz porque no Estado de direito se faz uso do direito positivo como meio para distribuir cargas de argumentação e institucionalizar vias de fundamentação e justificação que se acham abertas em direção a argumentações morais”. HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 167.

¹⁹⁶ “Assim, um direito procedimental e uma moral procedimental podem controlar-se ‘mutuamente’”. *I-dem*, p. 168.

um espaço de estímulo a fundamentação e justificação moral, que pode, por vezes, transcender o próprio direito vigente (momento de indisponibilidade). Tudo se revela, então, no problema da autonomia do direito. Mas a autonomia mesma, na visão habermasiana, não pode ser dada simplesmente por um sistema jurídico.

Habermas termina com a seguinte afirmação:

A autonomia não é algo que um sistema jurídico cobre por si e para si somente. Um sistema jurídico é autônomo somente na medida em que os procedimentos institucionalizados para a produção legislativa e para a administração da justiça garantam uma formação imparcial do juízo e da vontade comum, e por esta via permita que penetre, tanto no direito como na política, uma racionalidade instrumental do tipo ético¹⁹⁷.

3.2.2) Tese de independência em Kant

Uma fundamentação racional do direito, como é a kantiana, prescreve a exigência de princípios metafísicos para que a mesma se dê. É o caso da *Metafísica dos costumes*, como ele mesmo afirma.

Se (...) um sistema do conhecimento *a priori* a partir de meros conceitos se chama *metafísica*, então uma filosofia prática, a qual tem por objeto, não a natureza, mas a liberdade do arbítrio, há de pressupor e necessitar de uma metafísica dos costumes, isto é, *possuir* uma tal metafísica é mesmo *dever*, e cada homem também a possui em si, mesmo que em geral apenas de maneira obscura; pois como poderia ele sem princípios *a priori* acreditar em si uma legislação universal?¹⁹⁸

Essa preocupação kantiana em abordar os elementos primeiros para a elaboração de suas doutrinas legislativas é, como assevera Höffe, a consideração de elementos comuns e diferentes referentes ao direito e à moral, através dos quais é permitida uma adequada compreensão de ambos.

¹⁹⁷ “A autonomia não é algo que um sistema jurídico cobra por si e para si somente. Um sistema jurídico só é autônomo na medida em que os procedimentos institucionalizados para a produção legislativa e para a administração da justiça garantam uma formação imparcial do juízo e da vontade comum e por esta via permitam que penetre, tanto no direito como na política, uma racionalidade procedimental de tipo ético”. HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 172.

¹⁹⁸ MC, p. 134.

Servindo-se de uma filosofia crítica, em cujo bojo está o conceito racional de direito, torna-se viável a Kant constituir um critério supremo para toda legislação positiva. Se assim for, o conceito fundamental do direito é um *a priori*, de modo que elementos empíricos ficam vetados de desempenhar uma função fundadora. Limitam-se apenas a especificar a área de aplicação desse mesmo direito. Na determinação dessas ‘bases metafísicas’ para uma teoria do direito, o conceito de direito resultante passa por uma dupla perspectiva: uma normativa, por tratar-se de um conceito racional *a priori*; outra descritiva, porque diz respeito à liberdade exterior. Por isso, essa descrição contém as condições da sua aplicação, não sendo, todavia, uma descrição empírica¹⁹⁹.

No que concerne à diferenciação entre legalidade e moralidade, a explanação da necessidade da liberdade externa de o ser racional ser passível de convivência com as demais liberdades em âmbito universal torna evidente que o direito tem por pressuposto um conceito racional. Nesse sentido, para que a relação entre sujeitos seja racional e, por conseguinte, moral, em sentido estrito, tal relação deve revestir-se de caráter jurídico. Justamente por ser racional, o direito não pode ser um sistema fortuito nem arbitrário; antes sim, deve se apresentar como algo necessário de modo que não será qualquer prescrição jurídica tomada como lícita e obrigatória.

É racional ou necessário o sistema jurídico capaz de compatibilizar em si as liberdades alheias, conforme leis estritamente gerais. Na teoria jurídica do direito kantiana, tal critério de legitimação equipara-se ao imperativo categórico da esfera ética, haja vista que em ambos os critérios para uma construção legítima de leis, qual sejam, universalizabilidade, humanidade como fim em si mesma e progresso para um reino de fins, estão contemplados. O que não se pode confundir, entretanto, é que, pela utilização de um princípio universalíssimo, o direito sofra uma moralização, como pressupõe Ha-

¹⁹⁹ Cf. HÖFFE, 1986, p. 200.

bermas. Kant não deriva o direito do princípio da moralidade pessoal, mas da razão pura prática e do seu critério de legitimidade geral. Não é à toa que faz tamanha distinção entre leis éticas e leis jurídicas.

Faz-se interessante observar, ainda, que o uso da coerção de forma legítima em Kant, é elemento irrenunciável e válido *a priori* de todo ordenamento de leis, sejam elas jurídico-positivas ou éticas. Nesta última esfera legislativa, dá-se como auto-repreensão, enquanto que, no direito, a força coercitiva visa possibilitar a convivência de liberdades externas sem conflito.

O fato é que, há pretensão kantiana de elaborar uma legislação prática, perpassa uma necessidade objetiva de uma ação que deva ser cumprida. É o caso da *metafísica dos costumes de Kant*. Ela aplica seus princípios de determinação da vontade de um ser racional ao homem tanto na esfera exterior quanto na esfera interior.

Como vimos, o conceito moral (*Moralischer Begriff*) do direito envolve obrigações que perpassam pelas condições de sua aplicação (exterioridade, relação entre arbitrios e forma da relação)²⁰⁰. Com isso, Kant exclui do direito a obrigação de observância de motivações para a ação, ou seja, fica descartada a preocupação com o móbil da ação. Como não se reporta ao domínio das subjetividades, segue-se que deveres morais em sentido amplo dêem-se tão somente na ética. Höffe, em sua interpretação, parece concordar que em Kant uma comunidade jurídica funda-se sobre a liberdade de sujeitos responsáveis. Quer dizer, elementos empíricos não são determinantes na formulação do direito, de modo que uma moralização no âmago do mesmo está descartada.

Muito embora o direito não se confunda com a moral, exigindo apenas a conformidade legal, quer dizer, adesão não subjetiva das ações, ele está subordinado à mo-

²⁰⁰ No texto *A Semântica Transcendental*, Loparic faz uma leitura semântica do problema e defende a tese de que a validade objetiva de um conceito é assegurada por sua sensificação, quer dizer, da possibilidade de sua interpretação sensível. Cf. LOPARIC, 2000, p. 21.

ral na medida em que este direito funda-se num universalismo formal do critério supremo da moralidade, qual seja, o imperativo categórico. Para Habermas, Kant extrai o ‘princípio geral do direito’ da aplicação do princípio moral a relações externas. O problema está na sua interpretação equivocada acerca de uma possível tese da complementariedade entre direito e moral, de onde provém a conseqüente crítica à doutrina kantiana da subordinação entre essas duas esferas. Ao que parece, Habermas ataca as asserções kantianas com argumentos de ordem empírica, quer dizer, ele tenta refutar os argumentos kantianos recorrendo à “(...) relação sociológica complementar entre direito e moral” ou, então, valendo-se da idéia de que a “(...) oposição abstrata entre o inteligível e o fenomenal, que serviam de pano de fundo à metafísica kantiana, não convenciam mais ninguém”²⁰¹.

Não há como negar que o direito tem base num universalismo formal. Porém, não se pode dizer que este mesmo direito é uma forma de moralidade exterior. Kant tenta esclarecer filosoficamente o conceito moral de direito. No que se refere a uma obrigação que lhe é correspondente, a saber, “(...) a necessidade de uma ação livre sob o imperativo categórico da razão”²⁰², essa regra se apresenta válida para ambas as legislações, ética e jurídica. O direito está subjugado à esfera da filosofia prática, porém disso não resulta uma relação necessária entre suas duas esferas, ética e direito, estando este subjugado àquela. Os deveres de direito não são determinados pelo imperativo categórico no sentido pessoal. Sua necessidade se dá com relação à liberdade externa, sendo assim, essa mesma obrigação jurídica não pode ser uma mera violência arbitrá-

²⁰¹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. V. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 27.

²⁰² MC, 222, p. 28.

ria²⁰³. O que existe é um princípio universal do direito e a lei universal do direito, as quais gozam de um *status* único na filosofia prática de Kant.

²⁰³ BAYNES, K. *Kant's Theory of Justice*. In: *The Normative Grounds of Social Criticism: Kant, Rawls and Habermas*. State University of New York Press, 1992, p. 93.

CONCLUSÃO

Kant, com seu ideal de dar fundamentos às leis morais através da razão, logrou êxito, senão por sua base firme e suficiente, então por abrir a possibilidade de fundamentar leis morais a partir do transcendental. Assim, essa lei não ficou a mercê de uma fundamentação metafísica.

Neste trabalho, procurou-se abordar a relação entre direito e moral, bem como os pressupostos básicos da filosofia prática kantiana. Fez-se isso a partir de uma análise do problema da fundamentação de uma teoria moral em que a vontade do sujeito, em Kant, está diretamente ligada a sua lei moral, isto é, o ser humano é autônomo na medida em que consegue dar leis a si mesmo, sendo esta a condição para um agir regrado moralmente.

Esse agir remete à idéia de um dever incondicional na filosofia moral kantiana e exige necessariamente que a motivação moral seja independente de todo móbil ou estímulo sensível, mesmo um possível anseio por felicidade. Dessa forma, a vontade é determinada por essa concepção de motivo moral independentemente de qualquer condição sensível. Logo, essa idéia de imperativo moral como incondicionalidade está necessariamente conectada a um conceito puro da vontade (*Wille*), enquanto capacidade de liberdade, ou seja, como vontade pura determinada pela simples forma da lei.

Essa liberdade em sentido prático, por sua vez, faz do arbítrio humano um *arbitrium sensitivum* e, ao mesmo tempo, *liberum* dando-lhe a possibilidade de autonomia ao agir segundo a representação de leis. Tratar-se-ia, então, de conceber a regra prática como lei fundamental, cuja consciência Kant denomina *Faktum der Vernunft*, sendo, pois, anterior à própria consciência da liberdade. Por isso, sua universalidade e necessidade, enquanto norma válida para todos os seres racionais dotados de uma vontade, tornam essa lei o “princípio da moralidade” (CRPr, §8). Em suma, somos livres quando obedecemos à lei moral.

Quanto à caracterização de um *modus operandi* do sistema jurídico kantiano, fica evidente que a capacidade de ser livre dos arbítrios e de estabelecer relações sob o teto de uma lei universal de liberdade se dá mediante as condições de possibilidade de esse sujeito transcendental agir moralmente. Não é por acaso que para a determinação do que seja o direito, Kant recorre à razão pura prática. Nela, é-lhe possível estabelecer um conceito moral de direito, muito embora, como foi tentado demonstrar, isso não implica a moralização do mesmo. Ao admitir ao direito a condição determinante apenas da prática externa dos sujeitos, Kant exclui da área de competência do direito toda motivação, bem como rejeita a sua referência a deveres para consigo mesmo, ou seja, somente os deveres para com os outros pertencem à esfera jurídica²⁰⁴.

Como visto, essas leis jurídicas, que juntamente às leis éticas formam o sistema das leis morais – o qual, por sua vez, se diferencia das simples leis casuísticas da natureza –, toma por objeto 1) as relações práticas e externas dos indivíduos, nas quais 2) os arbítrios (sem alusão ao desejo) interagem mediante a capacidade de fazer ou não algo à sua inteira descrição. *Ad tempus*, leva-se em conta 3) a forma deste arbítrio (*Willkür*),

²⁰⁴ *V. g.*, o suicídio, que é moralmente reprovado (Cf. FMC § 35, DV § 6, 422), não pode ser juridicamente proibido.

pois, já que é livre, suas relações são mediatizadas por um *a priori* formal de liberdade sem qualquer referência à matéria desse arbítrio.

O conceito racional de direito é a tentativa, em Kant, de estabelecer uma nova ordem de fundamentação, qual seja, em uma “idéia transcendental” de liberdade, como um *a priori* que tenha validade para as relações exteriores dos sujeitos, ao passo que a moralidade de uma ação ética tem na “idéia” do dever sua lei e também seu móbil. O fato é que, *ab utroque latere* (direito e ética), a razão prática pressupõe um *a priori* para a ação moral, tornando-as “leis da liberdade”. Se assim for, o homem, de maneira autônoma, prescreve para si mesmo a lei moral (sentido estrito) por meio do imperativo categórico e, por conseqüência, se submete à moralidade realizando sua liberdade positiva. Entrementes, na medida em que este passa a conviver com outros homens, a relação passa a ser de sujeito livres. É preciso, então, uma lei que assegure a convivência entre tais arbítrios, visando a possibilidade de coexistência da liberdade de todos. É justamente para regular as liberdades de arbítrio que Kant se refere a uma lei universal que, em sentido negativo, assegura as “possibilidades” dessa liberdade mostrando-lhe seus “limites” e determinando a validade legal das ações, ou seja, das leis jurídicas.

Todavia, na instituição de um Estado legal fica extinta a possibilidade de deveres éticos como constituição, isto é, justamente pelo Estado ser a união cooperativa de homens sob leis jurídicas (DD, § 45) não cabe a ele procurar determinar condições para a felicidade dos homens, haja vista ser esta uma particularidade dos indivíduos. A própria concepção político-liberal kantiana não permite um Estado *eudaimônico*, uma vez que a instauração do Estado tem por função garantir as individualidades. Nada impede que ele ofereça tais condições para os indivíduos, porém de forma alguma o Estado pode interferir na escolha de projetos individuais, salvo quando estes prejudicar a ordem do sistema.

Por fim, propôs-se apresentar Habermas como possível interlocutor com Kant. Nessa análise, ficou clara a pretensão habermasiana de instaurar o direito como *medium* de uma ação comunicativa para cidadãos com pretensões de validade. Em relação ao problema de justificação do direito, o filósofo contemporâneo admite que a legitimidade de um Estado legal como um todo (constituição, instituições públicas,...) deve estar pautado, assim como em Kant, em um princípio de universalização (princípio U). Através dele é possível estabelecer uma Ética do Discurso, cujo alcance é o consenso das determinações legais aprovadas por todos.

O modelo procedimental proposto por Habermas tem por intuito a análise dos princípios de constituição do Estado, tratando do “edifício moderno de normas jurídicas” a partir de limites e condições para que o mesmo se dê. Entende ele que na relação entre direito e moral, o primeiro necessita do segundo como forma de justificação, mas não tanto quanto pensou Kant, afirma ele, no qual o direito perdeu em positividade ao se reduzir à moralização. É necessário, na visão habermasiana, que o direito estabeleça um nexos com a moral, para não padecer de uma *petitio principii*, qual seja, ser um positivismo rigoroso, para que seja garantido um momento de “indisponibilidade” através do qual é possível ao direito uma permanente transformação. Nesse caso, o direito é o *medium* enquanto condição de possibilidade de realização das vontades reunidas no consenso.

Paralelamente a isso foi demonstrada a tese da independência kantiana. Sua pretensão de uma metafísica dos costumes é apresentar princípios *a priori* pelos quais lhe seria possível fundamentar leis morais como válidas universal e necessariamente. Por ser uma filosofia prática, tem por objeto a liberdade do arbítrio e visa estabelecer axiomas gerais para toda legislação, a qual prescreve dois elementos básicos para si, a saber, 1) uma lei que representa *objetivamente* como necessária a ação que deve ser realizada,

isto é, converte-a em dever e, como conteúdo para sua ação, 2) um móbil que relaciona subjetivamente a representação da lei com o fundamento de determinação do arbítrio. Dessa relação surge a obrigação moral que une o indivíduo ao fundamento de determinação do arbítrio. Como visto, será esse segundo elemento que determinará a ordem da ação, ética ou jurídica. Ainda na FMC, Kant estabeleceu o imperativo categórico como princípio de universalização para as leis com pretensões morais. Isso significa que para ser considerada uma lei universal e necessária para o âmbito prático, faz-se necessário que toda pretensão moral passe pelo crivo dessa análise. O direito, como faz parte do sistema filosófico prático kantiano, precisa, da mesma forma, passar por essa análise, pois também nas relações jurídicas a liberdade é condição *sine que non* para que as mesmas se dêem. Por isso, o direito é parte integrante do sistema prático kantiano, todavia, não existe nenhuma relação de necessidade para com a ética, no sentido de esta estabelecer conteúdos para aquele. Resta, então, um conceito de justiça universalizável e prescritiva para a esfera jurídica assim como o imperativo categórico o é na moral.

BIBLIOGRAFIA

- ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- BAUM, M. *Direito e ética na filosofia prática de Kant*. Apresentado no: “Colóquio Internacional <<Kant 2004: Posteridade e Actualidade>>”. Trad. Helder Lourenço.
- BAYNES, K. *Kant’s Theory of Justice*. In: *The Normative Grounds of Social Criticism: Kant, Rawls and Habermas*. State University of New York Press, 1992, p.11-48.
- BEKENKAMP, Joãozinho. *Entre Kant e Hegel*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992.
- _____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.
- _____. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- _____. *Teoría general del derecho*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.
- CASCÃO, Karla Soares. “A moral e o direito na ‘metafísica dos costumes-princípios metafísicos da doutrina do direito’ de Kant”. *Dissertatio*, Pelotas, n.15/16, 2002, p. 75-85.
- DUTRA, Delamar José Volpato. *Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.
- FERRAZ, Carlos Adriano. *Do juízo teleológico como propedêutica à teologia moral em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.
- FONTOURA, Cesar Tadeu. “Sobre o significado jurídico da história em Kant”. *Dissertatio*, Pelotas, n.15/16, 2002. p. 121-140.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- _____. *Ensayos políticos*. 3. ed. Barcelona: Península, 1997.
- _____. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Barcelona: Paidós, 1991.
- _____. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Madrid: Tecnos, 1987.
- HECK, José N. “A dupla legislação e a classificação dos deveres em Kant”. In: *Justiça e política: homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- _____. *As recepções de Tugendhat e Habermas da doutrina kantiana do direito*. Síntese, v.27, n.89, 2000. p. 349-374.
- _____. *Direito e moral: duas lições sobre Kant*. Goiânia: Editora da UFG, 2000.
- HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986.
- _____. *Introduction à la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion*. 10. ed.aum. Paris: J. Vrin, 1993.
- _____. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *O que é justiça?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- _____. *Visão república mundial: democracia na era da globalização*. Veritas (Porto Alegre), v.47, n.188, 2002.
- KANT, Emmanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.
- _____. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1999A.
- _____. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- _____. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995b.
- _____. *La Metafísica de las Costumbres*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- _____. *Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência*. São Paulo: Nacional, 1959.
- _____. *Teoría e práctica*. Madrid: Tecnos, 1986.
- KUIAVA, Evaldo Antônio. “Crítica de Levinas à estrutura da subjetividade Kantiana”. *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n.174, 1999. p.297-310.
- LOPARIC, Zeljko. *Ética e finitude*. 2. ed.rev.amp. São Paulo: Escuta, 2004.
- _____. *A semântica transcendental de Kant*. Campinas: UNICAMP, 2000.
- MARTINS, Clélia Aparecida. “O conceito de sujeito em Kant”. In: *Veritas*, Porto Alegre, v.49, n.194, 2004, p. 195-204.
- MERLE, Jean-Christophe. “Uma alternativa Kantiana para a prevenção geral e a retribuição”. In: *Veritas*, Porto Alegre, v.47, n.186, 2002. p.237-247.
- NIQUET, Marcel. *Teoria realista da moral: estudos preparatórios*. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2002.

- OLIVEIRA, Nythamar F. de. *Tractatus ethico-politicus: genealogia do ethos modernos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- NODARI, Paulo César. *A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- PAVÃO, Aguinaldo. “O direito em Kant”. In: *Dissertatio*, Pelotas, n.13/14, 2001. p.115-137.
- RAUBER, Jaime José. *O problema da universalização em ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000.
- _____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito público* (trad. Antônio de Pádua Danesi). 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SILVEIRA, Denis Coitinho. “A fundamentação da ética em Kant”. *Revista Filosofazer*, v.13, n.24, 2004, p.9-34.
- SOREMENHO-MARQUES, V. *História e Política no pensamento de Kant*. Portugal: Publicações Europa América, 1994.
- CENCI, Ângelo V. (org.). *Temas sobre Kant: metafísica, estética e filosofia política*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- TERRA, Ricardo R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995.
- _____. “Notas sobre sistema e modernidade – Kant e Habermas”. In: *Revista de Filosofia Política*, Porto Alegre: L&PM, 1999, p. 58-64.
- TOMAZELI, Luiz C. *Entre o Estado Liberal e a Democracia Direta: a busca de um novo contrato social*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- TUGENDHAT, Ernst. “Ética e justificação”. In: *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n.173, 1999. p.5-26.
- _____. *Ética y política: conferencias y compromisos: 1978-1991*. Madrid: Tecnos, 1998.
- _____. *Lições sobre ética*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- _____. *O problema da moral*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- _____. *Problemas de la etica*. Barcelona: Crítica, 1988.
- VALLE, Gabriel. *Ética e direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- WALKER, Ralph. *Kant: Kant e a lei moral*. São Paulo: UNESP, 1999.
- WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.
- YOVEL, Yirmiyahu. *Kant and the Philosophy of History*. Princeton: Princeton University Press, 1980.