

DIREITO E MORAL EM KANT

Sobre suas Relações e seus Pressupostos

Evandro Barbosa



DISSERTATIO
INCIPIENS

DIREITO E MORAL EM KANT

Sobre suas Relações e seus Pressupostos





Projeto Gráfico
Nativu Design

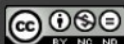
Diagramação
Lucas Duarte Silva

Comitê Editorial

Prof. Dr. Juliano do Carmo
Prof. Dr. Robinson dos Santos
Prof. Dr^a. Kelin Valeirão
Prof. Dr. Evandro Barbosa



UFPEL



cc creative commons



Catálogo na Publicação:

Bibliotecária Simone Godinho Maisonave - CRB - 10/1733

B238d Barbosa, Evandro

Direito e moral em Kant [recurso eletrônico]: sobre suas relações e seus pressupostos / Evandro Barbosa - Pelotas - NEPFIL online, 2015.

75p. - [Série Dissertatio-Incipientis]

Modo de acesso: internet
<<http://nepfil.ufpel.edu.br/dissertativo/index.php>>
ISBN: 978-85-67332-26-0

1. Filosofia 2. Ética 3. Immanuel Kant I. Título II. Série

CDD 193



DIREITO E MORAL EM KANT

Sobre suas Relações e seus Pressupostos

Evandro Barbosa



Evandro Barbosa

*Direito e Moral em Kant:
Sobre sua relação e seus pressupostos básicos*

DISSERTATIO
INCIPIENS

Sumário

Introdução.....	13
Tópico I – Liberdade e Vontade em Kant	17
Aula 1. Desejo, Arbítrio e o Agir Segundo a Representação de Leis...	17
Aula 2. A Liberdade enquanto Fato da Razão.....	23
Atividades de Fixação.....	32
Tópico II – Relação Entre Direito e Moral.....	33
Aula 3. Da Fundamentação à Metafísica dos Costumes	33
Aula 4. Direito Natural e Jurídico em Kant.....	37
Aula 5. Direito e Moral em Kant.....	46
Atividades de Fixação.....	54
Tópico III – Direito e Moral em Habermas	57
Aula 6. Evolução Histórica do Direito Segundo Habermas.....	57
Aula 7. A Tripartição Direito, Política e Moral em Habermas.....	64
Aula 8. Direito e Moral em Kant e Habermas.....	75
Atividades de Fixação.....	85
Conclusão.....	87
Referências bibliográficas	93

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*

Introdução

O presente manual pretende oferecer uma introdução à filosofia do direito dos pensadores Immanuel Kant e Jürgen Habermas. Se observarmos a pergunta sobre *o que devo fazer?*, é possível perceber que estamos diante de dois sistemas filosóficos complexos de teoria prática enquanto tentativa de elaborar um sistema moral suficiente. Ao adentrar no *mundo prático kantiano*, corre-se o risco de nos tornarmos superficiais nas abordagens, como alguém que contempla o horizonte e busca mais do que é permitido sua vista alcançar. O tema desta disciplina é claro: como podemos compreender a relação entre *doutrina do direito* e *doutrina da virtude* na obra *Metafísica dos Costumes* de Kant? Cada aula tratará de um assunto isoladamente para que, ao final, possamos ter uma visão sistemática da filosofia jurídica de Kant.

Na aula 1, entrará em questão como a vontade pode determinar as ações do sujeito racional. Para isso, distinguiremos desejo e arbítrio a partir da faculdade de desejar, definindo a vontade boa (*Wille*) como imediatamente determinada pela razão pura, e arbítrio (*Willkür*) como mediatemente determinado. 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. Na aula 2, a liberdade será apresentada como postulado (*Faktum der Vernunft*) para que o ser racional – no caso, o ser humano – aja segundo a representação de leis e 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.

No tópico II, concentrar-nos-emos na problemática acerca das duas esferas legislativas, *Direito e Moral*, trata-se da divisão do sistema prático kantiano em leis éticas e leis jurídicas. Na aula 3, nossa atenção recai sobre 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. Aqui, desenvolveremos os conceitos práticos básicos, demonstrando que a liberdade do sujeito se realiza na possibilidade deste estabelecer leis justas para seu ordenamento.

Por sua vez, a aula 4 nos permitirá observar como se dá a instituição de um Estado legal como “manudutor” de um direito jurídico, cuja base é o direito natural, que visa salvaguardar o direito inalienável dos indivíduos à sua liberdade. Kant ira argumentar que o contrato originário (*contratus originarius*) não pode ser tomado como fato histórico, mas como uma *ideia da razão* que sirva de teste de validade para o direito público. Como vemos, 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).

Na aula 5, o texto mostrará a relação entre doutrina dos direitos e doutrina dos deveres em Kant, nos quais a legislação se executa de modo diverso no que diz respeito à relação entre móbil e lei. No caso de uma legislação jurídica, essa diferença formal se reporta ao fato de o móbil ser distinto da ideia de dever. *Pari passu*, para a legislação moral, o móbil é essa mesma ideia 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.

No Tópico III, faremos uma apresentação da filosofia jurídica do chamado primeiro Habermas para, posteriormente, compará-lo com a filosofia prática de Kant. 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. Na aula 6, analisaremos duas aulas de Habermas em Harvard, reunidas sob o título *Direito e moral*, as quais revelam a preocupação deste filósofo

em elaborar um conceito de direito. Como o próprio título sugere, sua preocupação se dá em torno de *como uma legalidade obtém sua legitimidade*. Por conseguinte, na aula 7, a visão habermasiana será analisada 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, na aula 8, estabelecer uma relação entre direito e moral a partir de Kant e Habermas, comparando o modo como estes autores resolvem essa dinâmica. Esperamos, assim, oferecer um panorama sobre a filosofia prática de Kant, bem como de Habermas, que permita ao estudante compreender em termos mínimos como esta relação se estabelece.

TÓPICO I - LIBERDADE E VONTADE EM KANT

O problema da moral kantiana que será tratado neste primeiro tópico pressupõe um esclarecimento acerca da liberdade como Fato da Razão (*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 vontade (*Wille*) e arbítrio (*Willkür*) permite a Kant estabelecer um princípio formal como dever-ser para toda ação moral.

Aula 1. Desejo, arbítrio e o agir segundo a representação de leis

Desejo e arbítrio. Para sua posterior elaboração do conceito de agente autônomo, Kant afirma que a relação das faculdades do ânimo humano com as leis morais (*Sittliche Gezetze*) implica diferenciar desejo e arbítrio, os quais estão dispostos pela faculdade de desejar, a qual “[...] 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 sua ação para a produção do objeto, ela se chama *arbítrio*; mas, se dela não vem acompanhada, seu ato se chama *mero desejo*”².

Nesse sentido, o arbítrio humano 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

¹ DD, p.3.

² DD, p.4.

que desejos e fins subjetivos ficam inviabilizados para tal. Se estes elementos adentrarem, então tal arbítrio constituir-se-á como arbítrio 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 arbítrio bruto (*Willkür*) e arbítrio puro (*Will*). “O arbítrio que pode ser determinado pela razão pura chama-se o arbítrio livre. Aquele que é determinável por inclinação (estímulo sensível, *stimulus*) seria o arbítrio bruto (*arbitrium brutum*)”³. 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”⁴. 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”⁵. 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.

Como se verá, a relação que se estabelece no âmbito do direito se dá entre arbítrios. Tomando a *Metafísica dos Costumes* por base, é possível observar que o arbítrio humano tem duas imbricações: pri-

³ DD, p.5.

⁴ *Idem, ibidem*.

⁵ ROHDEN, 1981, p. 154. Na mesma obra, Rohden expõe 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” (*Idem*, p.160).

meio, 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 de o 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”⁶. Desse modo, aquele que é obrigado a partir da razão é obrigado sem contradizer a liberdade.

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 arbítrio⁷.

Nesse sentido, enquanto o ser irracional atua de forma mecânica (determinado por leis naturais), o sujeito racional age representando-se leis ou princípios de ação (determinado por leis de liberdade). Como a determinação natural implicaria a necessidade de uma fundamentação a partir de elementos sensíveis, o que seria próprio de uma antropol-

⁶ DD, p.5.

⁷ *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”.

gia pragmática/psicologia moral, Kant reafirma a necessidade de uma liberdade transcendental para o seu sistema moral.

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 liberdade⁸.

Esse seu caráter *sui generis* 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 âmagô, 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”⁹. 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, na medida em que tal lei não lhe é outorgada à revelia de sua vontade, ou seja, sob a forma de heteronomia. Ao contrário disso, é a partir dessa sua consciência moral que surge a possibilidade de erigir leis segundo representações, fugindo ao mecanicismo das leis naturais, pois se o homem tem a possibilidade de agir por determinação imediata da razão sobre a 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. Kant distingue regras técnico-práticas e regras moral-práticas. As regras técnico-práticas são as prescrições da prudência e da felicidade de ordem meramente natural, enquanto os princípios moral-práticas, tais como as leis morais da vontade referen-

⁸ FERRAZ, 2005, p.63.

⁹ HECK, 2003, p.181.

tes aos princípios de uma teoria da moral (*Sittenlehre*), estão embasadas no conceito de liberdade. Em 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. Do mesmo modo, existem as leis morais da vontade referentes aos princípios de uma teoria moral, o que denota a recusa kantiana pelo “finalismo técnico”, cuja aplicação a âmbito moral conduziria ao sacrifício do direito.¹⁰

[...] 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 prática¹¹.

Outra distinção kantiana importante diz respeito aos conceitos de autonomia e heteronomia. Para Kant, um sujeito será livre quando não se encontrar determinado por leis da natureza para a ação, o que não implica uma 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. Por sua vez, a heteronomia será a determinação dessa mesma vontade por motivos externos de sua razão, sem sua adesão racional. Sendo assim, to-

¹⁰ Cf. OLIVEIRA, 1995, p.101.

¹¹ KANT, I. “*Kritik der Urteilskraft*”, apud ROHDEN, 1981, p.129.

da vontade de um ser racional, enquanto vontade autônoma, é informada pela razão prática pura.¹²

A partir disso, será possível demonstrar que a vontade é capaz de agir segundo conceitos, muito embora isso 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 sensíveis¹³.

Apesar de estar submetido à razão, o homem é um ser que é influenciado também por impulsos sensíveis. Seu arbítrio poderá, dessa maneira, ser determinado por outro motivo que não a própria razão, 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 Kant denomina “fato da razão” [*Faktum der Vernunft*]¹⁴. Desse modo, seu caráter de necessidade e

¹² Segundo Heck, “[...] 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 ação” (2000, p.45).

¹³ ROHDEN, 1981, p.129.

¹⁴ Cf. OLIVEIRA, 1995, p.100. Este ponto será melhor explicado no próximo item.

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”¹⁵. Em suma, sua condição de liberdade lhe permite agir autonomamente.

Aula 2. A liberdade enquanto Fato da Razão (Faktum der Vernunft)

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 moral¹⁶. 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 e, 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 sensivelmente – pode ascender ao patamar de uma vontade racional pura. Como bem escreve Zingano: “[...] uma coisa é descrever as condições de uma vontade ra-

¹⁵ KANT *apud* ROHDEN, 1981, p.129.

¹⁶ Cf. KANT, 1959, §39.

cional; outra coisa é descrever de que modo uma vontade racional é finita”¹⁷.

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 físico¹⁸.

Será da ideia de moralidade como valor incondicional que Kant identifica a boa vontade (*Guter Wille*) como única forma possível dessa incondicionalidade. Talentos do espírito (discernimento, argúcia, etc.) ou dons da fortuna (poder, riqueza, honra, etc.) de nada valem se conduzidos por uma vontade depravada. Se assim for, a ideia de boa vontade servirá como pressuposto necessário e único para a moralidade. Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant busca o que chama de *princípio supremo da moralidade*, afirmando a necessidade de que a boa vontade esteja atrelada ao dever-ser (*Sollen*). Essa vontade, apesar de ser própria “do bom senso natural e que mais precisa ser esclarecida do que ensinada”¹⁹, encontra-se intrínseca ao conceito de dever, tendo em vista que limites ou obstáculos subjetivos não subtraem seu valor de vontade boa; antes sim, “a fazem ressaltar por contraste e brilhar com luz mais clara”²⁰. Por isso, a felicidade *per se* não é suficiente para determinar a vontade (*Wille*), uma vez que ela resulta da satisfação das inclinações provenientes da sensibilidade; por conta disso, ela carece de um caráter apodíctico, ou seja, “ela atende às necessidades particulares, ficando excluída de uma fundamentação que pretenda encontrar o princípio supremo da moralidade”²¹. Nesse caso:

¹⁷ ZINGANO, 1989, p.188.

¹⁸ *Idem*, p.189.

¹⁹ Cf. FMC, BA 8, p.26.

²⁰ FMC, BA 8, p.26.

²¹ FERRAZ, 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

[...] 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 agentes²².

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 sujeito-dual kantiano perfila o conceito de um ser sensível dotado de razão. Se na espontaneidade da filosofia teórica é o “eu puro” da apercepção transcendental que conta, a filosofia prática trata do sujeito moral, enquanto vontade, como sensível e capaz de autonomia. 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 o princípio de determinação da vontade. Na verdade, tanto a dimensão teórica quanto a dimensão prática obedecem à relação entre *mundus intelligibilis* e *mundus sensibilis* que constitui o agente normativo. Em outras palavras, Kant tenta compatibilizar determinismo e liberdade a partir do ser racional, o qual tem a possibilidade de autonomia. Nessa relação, tanto o sujeito sensível, quanto o sujeito moral são partes integrantes de um projeto de racionalidade. É em meio a essa dualidade que Kant busca o princípio supremo da moralidade. Entretanto, tal princípio não pode surgir das condições sensíveis de existência, pois, embora esta esfera seja o *laboratório* em que se realizam as ações, não é capaz de oferecer um princípio supremo com a condição universal de validade.

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).

²² ZINGANO, 1989, p.188.

Resta, ainda, esclarecer os conceitos de autonomia e heteronomia. Diz ele: “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)”²³. 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”²⁴. Em suma, a boa vontade exige a pré-condição da liberdade para o agente moral, já que a liberdade perpassa a autonomia e confirma a necessidade de uma vontade boa para a moralidade da ação.

Liberdade como postulado (Faktum der Vernunft). Para se ter uma ideia da grandeza desse conceito para o sistema moral kantiano, tome-se a afirmação exposta por Kant na *Crítica da Razão Prática*:

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 razão 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 ideia revela-se mediante a lei moral²⁵.

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 à experiência sensível, não

²³ 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 vorchriften*)” (2005, p.46).

²⁴ FMC, p.85-86.

²⁵ CRPr, A4, p.12.

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 ela se nos impõe por si mesma como proposição sintética *a priori* que não está fundada em nenhuma intuição, nem pura, nem empírica²⁶.

A importância do conceito de liberdade, em Kant, se revela na autonomia da vontade do indivíduo no 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 na determinação de sua vontade. Por isso, a possibilidade de boa vontade não é, contudo, uma vontade santa, estando esta sujeita aos maiores vícios²⁷.

Como o postulado da liberdade não pode ser explicitado teoricamente, ele deve ser entendido como um princípio aceito, pois, só a partir dessa ideia de liberdade, será possível dar realidade objetiva às demais ideias 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 a lei moral é a condição por meio da qual os indivi-

²⁶ *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 (*Wille*), mesmo que ele aja consoante máximas não-morais” (FERRAZ, 2005, p.49).

²⁷ A necessidade do imperativo categórico se dá justamente para seres finitos racionais, como é o caso do homem, que nem sempre age consoante a lei moral. Apenas uma vontade santa estaria isenta deste regramento, já que nela “dever e querer coincidem: ‘ela quer o que deve’”. (Cf. FERRAZ, 2005, p.49).

duos têm consciência dessa liberdade, ou seja, é sua *ratio cognoscendi*²⁸.

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)”²⁹. *A latere*, uma liberdade coletiva no âmbito do legal, proporciona uma relação exequível entre os sujeitos, *i. e.*, “[...] a liberdade é [...] 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 vontade”³⁰. 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 livres³¹.

Liberdade e faculdade de coagir. Nessas condições de liberdade, o agente moral deve 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 universal 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

²⁸ 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).

²⁹ FERRAZ, 2005, p.131.

³⁰ ROHDEN, 1981, p.131.

³¹ FERRAZ, 2005, p.65.

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 universais³².

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., justa”³³.

A coação só é válida (legítima) quando instaurada sobre uma ação ilegítima, com o propósito de preservar a liberdade da ação em âmbito universal. Todavia, Kant alerta que justificar o caráter coercitivo do direito não permite qualquer tipo de coação, pois “[...] legítima é só aquela coação que impede uma injustiça; toda coação que passa deste limite é, por sua vez, uma injustiça”³⁴. De qualquer maneira, ação fei-

³² DD, § D, p. 14. Na tradução espanhola da *Metafísica dos Costumes*, é apontada a justiça da coação a partir da impossibilidade de o 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 única a la vez la facultad de coaccionar a quien lo viola, según el principio de contradicción”. MC, p. 40.

³³ DD, § D, p.5.

³⁴ HÖFFE, 1986, p.143. Acerca disso, afirma Kant: “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

tas *por dever* ou *conforme o dever* são acompanhadas da faculdade de coagir pelo fato de que só assim a liberdade em âmbito universalíssimo pode ser mantida. Como veremos adiante, 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 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 trata justamente do ordenamento externo dos humanos entre si, ou seja, ele zela pela possibilidade de correlação entre os arbítrios. Ora, toda liberdade está dada enquanto condição quando localizada no mundo *noumênico*, só assim 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. 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

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 contradição” (MC, § D, 231, p.40).

uma autocoção. Essa última forma de dever diz respeito à esfera ética 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.

ATIVIDADES DE FIXAÇÃO

AULA 1. Desejo, arbítrio e o agir segundo a representação de leis

Tarefa:

- a. Estabeleça a distinção entre arbítrio, desejo e representação de leis.
- b. O que é a faculdade de desejar?
- c. Distinga *agir autônomo* e *agir heterônomo* segundo Kant.

AULA 2. A liberdade enquanto Fato da Razão (*Faktum der Vernunft*)

Tarefa:

- a. O que define uma boa vontade para Kant? (Texto: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Introdução, Parte I)
- b. Por que a liberdade deve ser entendida como um Fato da Razão para Kant? (Texto: *Crítica da Razão Prática*)
- c. Como relacionar liberdade e coação em Kant?

TÓPICO II - RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Se, no primeiro tópico, tratamos de apresentar alguns conceitos básicos para a teoria kantiana da moral, neste 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.

Aula 3. Da Fundamentação à Metafísica dos costumes

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 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*”³⁵. 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).

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

³⁵ HECK, 2003, p.191.

de liberdade não equivale a um mandamento que comanda os incentivos da liberdade”³⁶. Cabe à *Segunda Crítica* apresentar a atividade imanente da razão, pois um *Faktum*, “[...] causador nos humanos de uma experiência sensível não imediata volitiva”³⁷, 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.

Metafísica da natureza e metafísica dos costumes. 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*”³⁸. 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”³⁹. 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”⁴⁰. Segundo ele, o primeiro e o segundo ponto são explicitados na *Fundamentação* (1785) e na *Crítica da Razão Prática* (1788), respectivamente. O terceiro ponto se desenvolveu em *Teoria e Prática* (1793), *Paz perpétua* (1795) e *Metafísica dos Costumes* (1797).

Em Kant, 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 e afirmados como válidos a

³⁶ HECK, 2003, p.191.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ LOPARIC, 2003, p.306.

³⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁰ *Idem, ibidem*.

partir deste, constituindo os fundamentos das diferentes doutrinas da razão pura prática⁴¹.

Na obra de 1797, 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 deve 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 estudo⁴².

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 princípios⁴³.

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* mo-

⁴¹ Cf. LOPARIC, 2003, p.307.

⁴² *Idem*, p.312.

⁴³ LOPARIC, 2003, p.306. 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” (MC, 205, p.06).

ral-práticos que derivam, direta ou indiretamente, da lei moral”⁴⁴. 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 história⁴⁵.

Ao apresentar as semelhanças e diferenças entre as metafísicas da natureza e dos costumes em Kant, há três pontos que parecem esclarecer o propósito da última: *a*. 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”⁴⁶. *b*. Existem outros conceitos (ideias) da razão prática, como os de ação legal e não legal, que também têm realidade objetiva prática⁴⁷. *c*. Por fim, tais conceitos e princípios são passíveis de aplicação na *práxis* jurídica e concreta. Nesse sentido, 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)”⁴⁸. Porquanto as leis oriundas da pesquisa empírica não fazem parte da metafísica dos costumes, não nos servem como guias de ajuizamento moral. Normas prescritivas para ações morais só possuem validade quando dadas de forma *a priori* pela razão prática pura.

⁴⁴ LOPARIC, Z. 2003, p.313.

⁴⁵ *Idem, ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cf. LOPARIC, 2003, p.314.

⁴⁸ *Ibidem*.

Aula 4. Direito natural e jurídico em Kant

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 humanidade⁴⁹.

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 homem, por sua razão, é portador de um direito natural que o torna apto a usufruir de sua liberdade, desde que a mesma, em seus limites racionalmente invioláveis pelos demais, não constranja a liberdade de outrem. Além disso, este direito subjetivo não deve se basear em atributos antropológicos. Pelo contrário, como correlato subjetivo da lei pura do direito, sua base é dada pela imposição da razão pura prática.

Kant mantém alguns conceitos do contratualismo clássico de Hobbes, Locke e Rousseau, tais como estado de natureza, contrato originário e mesmo o conceito de direito natural. “A ideia 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”⁵⁰. 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*). Para fins didá-

⁴⁹ DD, p. 18. 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 alheios” (HECK, 2003, p.59-75, p.66).

⁵⁰ TERRA, 1995, p.94.

ticos, é importante diferenciar direito natural e direito no estado de natureza. 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 privado⁵¹.

O mesmo que vale para a esfera moral também vale na esfera jurídica, ou seja, há um apriorismo jurídico de um direito subjetivo do homem enquanto sujeito da legislação externa da razão. 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 artificial⁵².

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 mesmo, ou seja, a liberdade para o convívio com os demais seres é proporcionada pelo direito de liberdade inato a todo ser humano⁵³.

⁵¹ MC, III, 242, p.54.

⁵² Sobre esse ponto, confira Heck: “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 liberdade” (HECK, 2003, p.67).

⁵³ Logo, a esse direito subjetivo corresponde o dever ético perante si mesmo de o homem não se tornar mero servo de outrem.

Como veremos, o agir se dá perante outros indivíduos na esfera legal, os quais também são dotados de razão e capacidade de ação racionais assentes sobre máximas, sendo, por isso, livres. No âmbito jurídico, falamos exclusivamente do agir externo, todavia, as máximas das ações continuam sendo reguladas de maneira *a priori* pelo princípio do direito inato. Por isso, 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. É o que 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)⁵⁴.

Segundo Dulckeit, o direito natural prescreve um valor ideal (que é regulativo) e um valor real (que é obrigatório)⁵⁵. Quer dizer, o direito natural é o padrão de medida para o legislador definir as leis e, simultaneamente, justifica a condição de obrigação destas leis aos indivíduos⁵⁶. Dessa forma, observa-se que no sistema de Kant existe a ne-

⁵⁴ MC, IV, 224, p.31.

⁵⁵ Cf. TERRA, 1995, p.95.

⁵⁶ 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, 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 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

cessidade de uma lei natural *a priori*, a partir da qual é possível estabelecer uma legislação positiva. Por sua vez, esta provém da vontade de um legislador que observa esse direito natural; por isso, as leis não são contingentes, nem arbitrárias. 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. Jung-Stilling endossa essa visão:

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 ideia, ou seja, submeter as prescrições públicas universais acompanhadas da coerção apropriada, conforme às quais a cada um pode ser assegurado ou proporcionado seu direito⁵⁷.

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.

Direito jurídico⁵⁸. No §A da *Doutrina do Direito*, Kant define o direito como o “[...] conjunto das leis para as quais é possível uma

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.

⁵⁷ *Idem*, p.95.

⁵⁸ 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 engendr-la,

legislação externa”⁵⁹, quer dizer, não se tratam de leis tautológicas provenientes de determinada legislação já estabelecida. Para Kant, antes mesmo de definir uma positivação do direito, há que se pensar na sua possibilidade teórica de existência, pois “[...] 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”⁶⁰.

De forma mais específica, Kant assim define o direito: “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”⁶¹. Ao se fazer esta definição, não se trata propriamente de dizer o *que é o direito*, mas o *que o direito deve ser*. 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. Por isso, ao afirmar a lei universal do direito, o filósofo alemão confere ao conceito de direito uma formalidade que lhe permite fugir a simples atribuições históricas do que seja entendido como direito vigente. Estabelece-se, assim, 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”⁶². A justiça deve ser parte integrante do sistema jurídico, de modo que por meio dela seja possível realizar o princípio supremo da moralidade na existência histórico-política dos seres humanos. O fato é que o conceito racional de direito é um conceito positivo também, 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. Em outras palavras: “O direito concerne à liberdade exterior, independentemente do necessário arbítrio de fazer ou deixar de

de modo a dar assim consistência ao bem soberano, de cuja possibilidade depende a realidade ou o caráter quimérico da prescrição moral” (ZINGANO, 1989, p.191).

⁵⁹ DD, p.14.

⁶⁰ *Idem*, § B, p.13.

⁶¹ *Idem*, § B, p.14.

⁶² BOBBIO, 1992, p.71.

fazer algo a um outro, não à liberdade interna ou moral, à independência da vontade de impulsos, necessidades e paixões”⁶³.

No âmbito do direito, 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”⁶⁴. Logo, o direito natural é o fio condutor de toda legislação positiva, sendo-lhe o fundamento necessário e imutável. Só assim, ao levar à prática 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 essenciais⁶⁵. Ao se falar em sistema do direito em Kant, precisamos ter em mente que este se estabelece através de uma comunidade prática de seres racionais. Porém, o “[...] conceito de direito exclui todo direito baseado em disposições morais e toda fiscalização de atitudes internas”⁶⁶, embora possamos encontrar um critério equivalente entre *Doutrina do Direito* e *Doutrina da Virtude*. Explicasse: 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

⁶³ HÖFFE, 1986, p.140.

⁶⁴ MC, AA VI, 237, p.48.

⁶⁵ 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).

⁶⁶ DD, p.141. Cito Beckenkamp: “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 outros” (BECKENKAMP, 2003, p.162).

àquelas obrigações cuja transgressão inviabilizaria *a priori* a coexistência da liberdade externa.

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)”⁶⁷. 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”⁶⁸. O desejo corresponde a uma subjetividade do outro e pode não corresponder à ação praticada exteriormente. Por isso, a lei do direito não diz respeito a 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 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 universal⁶⁹.

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 isso não for

⁶⁷ MC, AA VI, 230, p.38.

⁶⁸ *Idem*, AA VI, 230, p.38.

⁶⁹ MC, AA VI, 237, p.48.

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”⁷⁰.

As ações morais dispõem tanto de um princípio interno, em que subjetivamente são feitas por dever, quanto de 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 primeira, 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 direito⁷¹.

Deveres *offici 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 neutros. 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

⁷⁰ HÖFFE, 1986, p.69.

⁷¹ HECK, 2003, p.59.

completo de direito”⁷², pelo menos não nos termos de um sistema perfeito. Sua função é prática:

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, vale dizer, ações virtuosas não substituem condutas justas e tampouco compensam práticas injustas⁷³.

O fato é que tanto a *doutrina do direito* quanto a *doutrina da virtude* encontram-se imersas num sistema maior, qual seja, o sistema moral prático kantiano, no que a razão prática é a condição *sine qua non* para ambas. Como se trata de uma *metafísica dos costumes*, cuja pedra angular repousa na ideia transcendental de liberdade, os deveres de virtude e os deveres jurídicos encontram-se subordinados aos deveres ético-gerais. Quer dizer:

Direito e virtude participam da doutrina dos costumes e têm os mesmos fundamentos últimos, o que é consequência 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 categórico⁷⁴.

Por isso, importa ao direito compreender a relação mútua dos arbítrios e a 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 *Theoria e Praxis*, em que fala: “o direito é a limitação da liberdade de cada um

⁷² HÖFFE, 1986, p.123.

⁷³ BECKENKAMP, 2003, p.61. Höffe endossa essa visão ao afirmar 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 da razão prática pura” (HÖFFE, 1986, p.123).

⁷⁴ TERRA, 1995, p.80.

como condição de seu acordo com a liberdade de todos enquanto esta é possível segundo uma lei universal”⁷⁵. 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. A esfera jurídica é essa objetivação da liberdade de cunho transcendental em leis. 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, este deve fundamentá-las no direito natural, o qual funda, inclusive, sua autoridade.

Aula 5. Direito e moral em Kant

Kant apresenta uma clara distinção entre lei ética e lei jurídica quanto à origem de cada ordenamento: “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 ideia mesma de dever, é jurídica”⁷⁶. Enquanto a ação feita conforme o dever diz respeito a uma lei imposta exteriormente (esfera da legalidade), uma ação praticada por dever pressuporá a existência de uma esfera moral subjetiva, cujos limites se encontram no imperativo categórico.

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, haja 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 à lei não implica uma adesão íntima a esta, “[...] de modo parecido como

⁷⁵ KANT *apud* TERRA, 1995, p.93.

⁷⁶ MC, p.24.

uma ação não adquire caráter de dever pelo fato de sua máxima haver passado incólume pelo crivo do imperativo categórico”⁷⁷.

Na *doutrina do direito*, o agente livre escolhe 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. Por sua vez, a *doutrina da virtude* determina que o fim da ação contém a lei que comanda a ação, na medida em que estabelece a simples relação entre leis e fins objetivos. Conforme Heck: “Não sendo a ação o objeto do dever ético, o princípio cognitivo da lei tem por objeto fins autodeterminados pelo arbítrio, vale dizer, para a legislação ética a única legislação adequada é aquela que o agente impõe-se a si mesmo”⁷⁸. Outro fator de distinção entre legislação ética e legislação jurídica 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.

Não obstante, direito e ética compõem o sistema moral kantiano como um todo. Embora seja clara a especificidade do direito em relação à ética de que às leis jurídicas (*Legalität*) correspondem ações exteriores, enquanto a ética (*Moralität*) tem sob seu domínio as ações interiores, isso não implica que uma delas se situe fora da esfera moral. É o que nos diz Terra:

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/legitimidade. Uma leitura que os identificasse levaria a

⁷⁷ HECK, 2003, p.188.

⁷⁸ HECK, 2003, p.191.

uma separação entre direito e ética sem apontar os elementos comuns⁷⁹.

Dito isto, podemos 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 ao sistema de liberdade kantiano. Nesse sentido, a obrigatoriedade dos deveres nas duas legislações origina-se na razão prática e é manifesta através desses imperativos de ação. Porém, tão somente a esfera da legalidade pode fazer uso da coerção para a manutenção da liberdade universal, restando à esfera moral a autocoação. A princípio, portanto, parece não haver distinção material entre direito e ética, restando a possível distinção formal entre os dois tipos de lei moral. Como afirma Kant, a distinção se apresenta quando ao móbil da ação:

⁷⁹ TERRA, 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 *apud* TERRA, 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 Lissner 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 deixa de lado a doutrina dos costumes, e Lissner 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).

A mera concordância ou discrepância de uma ação com a lei, sem ter em conta os móveis da mesma, se chama de legalidade (conformidade com a lei), mas aquela em que a ideia de dever segundo a lei é, por sua vez, o móbil da ação, se chama de moralidade (eticidade) da mesma⁸⁰.

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 diferentes. Primeiro, essa ação deve ser realizada somente para obedecer à lei do dever e nada mais. Segundo, 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 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 ideia do próprio dever, é jurídica.

O direito e a ética 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

⁸⁰ 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, 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.

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 ideia 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 (*Metafísica dos Costumes*), 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 determinação do arbítrio para tal ação subjetivamente com a representação da lei⁸¹.

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

⁸¹ HECK, 2003, p.181. Ludwig, na tentativa de conciliar a terminologia diversificada 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 (Confira LUDWIG, *apud* HECK, 2003, p.185).

com vistas ao motivo da ação, porém à luz de princípios materiais.⁸² 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 ideia 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 aversões, e entre estas mais da espécie das últimas, porque deve ser uma legislação que coage, e não um atrativo que convida”⁸³.

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 perfeitos 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

⁸² 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” (*Idem*, p.186).

⁸³ DD, VI, p.219.

passo que a lei ética, como lei de dever dos fins, é a referência dos deveres imperfeitos⁸⁴.

Como o homem é, em analogia grosseira, um “pêndulo de relógio” schopenhauriano, 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 prática⁸⁵.

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”⁸⁶. É o direito permeado de elementos morais em sua constituição.

Contudo, 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 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 autono-

⁸⁴ HECK, 2003, p.186.

⁸⁵ *Idem*, p.200.

⁸⁶ *Idem, ibidem*.

mia 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)⁸⁷.

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, consequentemente, 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 ética⁸⁸.

⁸⁷ TERRA, 1995, p.78.

⁸⁸ Cf. MC, p.79.

ATIVIDADES DE FIXAÇÃO

AULA 3. Da *Fundamentação à Metafísica dos Costumes*

1. Estabeleça a distinção entre metafísica da natureza e metafísica dos costumes em Kant. Considere os elementos:
 - a. Determinismo da natureza
 - b. *A priori* moral

AULA 4. Direito natural e jurídico em Kant

1. O que é o direito natural em Kant? Em que ele se distingue do direito estatutário?
2. Qual o conceito de direito para Kant? Defina as três características gerais do conceito de direito segundo o pensador.
3. Por que o conceito de direito é um tipo de dever-ser?

AULA 5. Direito e Moral em Kant

1. Defina os seguintes conceitos na *Metafísica dos Costumes* de Kant:
 - a. Moral
 - b. Direito
 - c. Ética
2. Qual a distinção entre doutrina do direito e doutrina da virtude?
3. Distinga deveres jurídicos e deveres de virtude a partir de seu *móbil*.

TÓPICO III – DIREITO E MORAL EM HABERMAS

Neste tópico, explanaremos o desafio de uma legalidade legítima a partir da análise que Jürgen Habermas faz das sociedades em que o direito foi instituído. Este autor 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, apresentaremos a solução dada por Kant à disposição entre leis jurídicas e leis éticas, bem como seu mérito inegável de conceitualização de ambas. Por fim, exporemos a tese habermasiana do direito como *medium* entre moral e política, mas principalmente um apontamento acerca de uma possível solução para o problema da legitimação por meio de uma racionalidade procedimental imbricada num Estado de direito.

Aula 6. Evolução histórica do direito segundo Habermas

Jürgen Habermas afirma nas *Tanner Lectures* que o direito teve uma evolução bastante peculiar. Em seus primórdios, ele tinha fundamentos que nada mais eram que prerrogativas para se exercer o poder, ou seja, não existia norma objetiva. Nos antigos impérios, havia um direito sagrado (divino) que acobertava um direito burocrático estabelecido por um rei, o qual, por sua vez, era o senhor supremo do tribunal.⁸⁹ Na Idade Média, apesar de ter codificações mais elaboradas, o sistema permanecia o mesmo. De um lado, o direito canônico

⁸⁹ Habermas determina dois elementos que a sociologia do direito identifica nesse tipo de sociedades, por isso sua afirmação de que “[...] [o] sistema jurídico tinha a cobertura de um direito sagrado, administrado exegeticamente por especialistas teólogos e juristas; [e] seu núcleo era formado por um direito burocrático estabelecido pelo rei ou pelo imperador, que era, ao mesmo tempo, o senhor supremo do tribunal, em conformidade com tradições jurídicas sagradas” (HABERMAS, 1997, p.231).

da Igreja e, de outro, o direito provindo de decretos imperiais, constituindo o chamado *duplo reino do poder tradicional*⁹⁰. Embora não se encontrasse à disposição do soberano político, o direito divino era legitimante do direito profano, à medida que servia como um invólucro no qual o soberano se acomodava e dali exercia seu poder (também profano) por meio de funções de juridificação e de normatização burocrática do direito. No fim, era sempre o direito divino quem dava legitimidade ao poder instituído, ou seja, ele era a redoma que não permitia ao direito profano sucumbir. Paralelamente, o soberano também fazia do direito um *medium* a fim de que se desse a conferência do caráter obrigatório para suas ordens e editos, pois, do contrário, tais ordens ou editos não teriam força, nem legitimidade para serem executadas. Diz Habermas:

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 geral⁹¹.

Com o advento da modernidade, ocorrem dois fatos determinantes para o direito. A cisão entre Estado e Igreja faz com que o direito profano tenha que buscar outra base legitimadora, uma vez que sua dependência ao direito divino se esvai. Dessa cisão, resta ao direito buscar nova base de legitimação, donde provém a *positivação do direito*⁹² decorrente de tais transformações. Com isso,

[...] 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 do-

⁹⁰ Cf. HABERMAS, 1997, p.231.

⁹¹ HABERMAS, 1997, p.232.

⁹² A afirmação de Dutra é esclarecedora sobre esse ponto: “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).

minador 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 político⁹³.

Em sociedades de caráter pós-metafísico, o direito agregou ao seu conceito um caráter pós-tradicional de justificação, pois tal institucionalização dá-se através da institucionalização das ordens jurídicas. Agora, pelo caráter pós-metafísico de legitimação, o direito precisa se ancorar em bases que não dispunham de elementos religiosos ou consuetudinários. Determinam-se, assim, três elementos que o pensamento pós-metafísico exige no âmbito do direito: *i.* necessidade de racionalizar o procedimento; *ii.* ampliação do modelo de razão em termos formais e não substantivos; *iii.* identificação das condições sociais do surgimento da racionalidade a partir das contribuições da filosofia da linguagem.⁹⁴ Nesse ponto, na medida em 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. Nesse caso, se o acordo se refere à validade da regulação normativa, tal validade, *mutatis mutandis*, se converte em componente da ordem legítima e vincula os agentes a determinadas orientações valorativas nos casos de matérias carentes de regulação.

⁹³ HABERMAS, 1997, p.232.

⁹⁴ Esta tripartição é confirmada por Muntana: “[...] en el contexto del pensamiento postmetafísico, la intención más radical a la que puede aspirar la Filosofía consiste en indagar los problemas de racionalidad y vigilar el cumplimiento de sus criterios en los ámbitos científicos concretos, toda vez que los intentos de fundamentación última han terminado en fracasos estrepitosos. De ahí que, en segundo lugar, una ampliación del modelo de razón sólo sea posible en un sentido formal y no sustantivista, pues ha de permitir entrelazar las explicaciones sobre las condiciones procedimentales de la racionalidad con análisis empíricos [...] En tercer término, a partir de las contribuciones de la filosofía del lenguaje no puede separarse la investigación sobre la racionalidad de las condiciones sociales del surgimiento y uso de la capacidad lingüística. En conclusión, el interrogante inicial sobre las condiciones de la racionalidad conduce inexorablemente a un análisis social de las estructuras lingüísticas” (MUNTANA, 2011, p.207).

Com isso, a legislação passa a concernir apenas ao processo regulado politicamente, e assim continua mesmo quando se diferencia institucionalmente de acordo com os poderes do Estado. Mesmo que todo o desenvolvimento do direito positivo moderno pareça querer dizer o contrário, Habermas indaga: “[...] até que ponto um direito político, modificável a bel-prazer, pode proporcionar uma autoridade com caráter obrigatório, semelhante à do direito sagrado indisponível?”⁹⁵ A essa pergunta, o positivismo jurídico apresenta duas variantes, ambas insatisfatórias para o filósofo alemão. Em uma delas, o direito perde seu caráter normativo, ficando reduzido a um direito meramente instrumental e, dessa forma, decorre que seu momento de indisponibilidade já não existe mais. Na outra variante, detém-se 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”⁹⁶. Sob esse prisma, o direito abstém-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 autonomia⁹⁷.

Contra essa suposição de um direito isolado, Habermas reforça a questão de suas origens históricas. Segundo ele, o direito precede a gênese do poder político, posto que o direito sancionado pelo Estado

⁹⁵ HABERMAS, 1997, p.233.

⁹⁶ *Idem, ibidem*.

⁹⁷ Essa é a tese defendida por Niklas Luhmann. Cf. LUHMANN, N. 2005, pp.67-69. Diz Muntada: “Luhmann se refiere al Derecho sólo desde la perspectiva externa, concibiéndolo como un sistema autopoietico y autodiferenciador. Desde el prisma de la teoría de sistemas, el Derecho aparece como un medio de comunicación tautológicamente referido al propio sistema Derecho, encargado funcionalmente de estabilizar expectativas normativas. Gracias a estas intuiciones, Luhmann consigue fundamentar la autonomía sistémica del ámbito jurídico, lo que denomina *clausura operativa del sistema*, y esquiva cualquier ponderación cualitativa de su validez” (MUNTADA, 2011, p.213). Este seria, exatamente, o ponto problemático para Habermas. Quer dizer, reduzir os desdobramentos do direito à *cláusula operativa do sistema* significa exatamente restringir seu escopo a uma condição funcionalista. Esta controvérsia pode ser mais bem explorada em KJAER, 2006, p.66-77.

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. Além disso, parece existir 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, moral e política. Isso é o que Habermas chama de *momento de indisponibilidade*, “[...] que no direito moderno forma um contrapeso evidente à instrumentalização política do *medium* do direito, [e] resulta do entrelaçamento entre política, direito e moral” (HABERMAS, 1997, p.234).

O que muda em relação ao direito arcaico, onde 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 como algo obrigatório e objetivamente válido para todos. Com isso, o direito passa a ser regulado pelo monopólio do poder cristalizado e pela possibilidade de sanção que a norma contém em seu bojo. Isso oferece um caráter impessoal a ele, bem como de uma obrigatoriedade decorrente de sua objetividade. Por isso, a positividade da norma jurídica cria um núcleo ao qual os membros desta comunidade estão sujeitos, o que torna possível um apelo à consciência moral de cada indivíduo. Desse modo, ter-se-á, a um só tempo, objetividade e moralidade introduzidas pela positividade via normas jurídicas.

Na modernidade, observa Habermas, se o direito fosse reduzido ao poder do legislador político, a consequência inevitável será sua dissolução na política, o que também acarretaria o próprio fim deste conceito. O mesmo aconteceria caso o direito positivo assumisse para si sua legitimação de uma forma dogmática de uma justiça fiel à lei, sem qualquer relação à política e à moral. Em ambos os casos, a legitimidade estaria em xeque:

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 *medium* do direito⁹⁸.

Nessa esteira, à recusa de um direito sagrado profanizado e de um direito consuetudinário, o direito racional surge como possível resposta à positivação moderna, sendo capaz de garantir à esfera jurídica seu momento de *indisponibilidade*. É justamente 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”⁹⁹. Agora, no direito racional, é articulado um nível pós-tradicional de consciência moral, de forma que o direito moderno fica submetido a princípios à medida que é transposto para um nível de racionalidade procedimental. Desse modo, com a decomposição do direito natural, bem como dos fundamentos religiosos e metafísicos e a desmoralização da política¹⁰⁰, o que resta é um Estado monopolizador que reduz o direito à simples meio de organização. Nesse caso, o problema de fundamentação da positividade do direito continua latente, uma vez que não foi sanado, apenas “[...] deslocado para a base mais estreita de uma ética profana pós-metafísica, desacoplada de cosmovisões”¹⁰¹.

O fato é que o direito racional se estabelecia 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 passa a ocupar o lugar-mor nesta relação, o que resultou em um novo padrão conceitual. Surge, assim, a ideia do contrato como ponto nodal do direito privado burguês. Na autonomia concedida pela con-

⁹⁸ HABERMAS, 1997, p.237.

⁹⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁰ Cf. HABERMAS, 1997, p.238.

¹⁰¹ HABERMAS, 1997, p.238.

dição contratual oferecida, há a generalização de um modo capaz de justificar moralmente o poder exercitado na forma de direito positivo e poder legal. Em termos específicos, “[...] 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”¹⁰². Este é o resultado da *guinada* no direito através de 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.

Some-se a essa dificuldade em estabelecer a relação entre *indisponibilidade* e *instrumentalidade* do direito o elemento social-político que precisa ser abarcado. Para Habermas, com a explosão de uma sociedade complexa, à mercê das flutuações do mercado capitalista, qualquer tentativa de retratá-la na moldura de um sistema jurídico *apriorístico* é vã. Por isso, não faz mais sentido apelar para um direito racional que forneça apenas as bases normativas para a compreensão das relações sociais. A sociedade, em sua pluralidade, anula qualquer tentativa de teorização com vistas a estabelecer os fundamentos do direito privado e público. Como resultado, as teorias contratuais não foram capazes de fazer frente a essa complexidade, haja vista não terem sido capazes de justificar seu individualismo possessivo. Além disso, Habermas acusa as teorias contratuais de concretistas, pois não foram capazes de comportar o manejo de decisões que viessem dar cabo de um crescimento capitalista latente.

No entender de Habermas, teorias do contrato social optaram por duas vias: explicar a positivação do direito ou explicar a necessidade de fundamentação dessa positivação. Ambos, todavia, não foram capazes de estabelecer uma relação plausível entre *indisponibilidade* do direito e *instrumentalidade* do mesmo. Em Hobbes, *v. g.*, 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

¹⁰² HABERMAS, 1997, p.238.

forte. Na teoria kantiana, o princípio geral do direito deriva do imperativo categórico, ou seja, este se encontra na base de toda legislação a partir da qual é possível deduzir o direito subjetivo originário e exigir dos demais o respeito a sua liberdade¹⁰³. 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”¹⁰⁴. Para ele, o contrato é apenas uma *peça* deste constructo teórico, sendo necessário determinar em que medida o direito se justifica e preserva sua autonomia.

Aula 7. A tripartição direito, política e moral em Habermas

Como a legalidade obtém legitimidade? Como supracitado, a pergunta que pauta esta discussão é o próprio título da primeira aula de Habermas sobre o assunto *é possível a legitimidade através da legalidade?* Sustentado em sua teoria do agir comunicativo, formulará sua primeira tentativa de elaborar satisfatoriamente um conceito de direito capaz de fundamentar a validade do ordenamento jurídico. O desenvolvimento de sua teoria passa, inevitavelmente, por questionar se a concepção weberiana de direito é a mais acertada para essa discussão. Partindo da análise weberiana da esfera jurídica, Habermas afirma que “[...] as ordens estatais das sociedades ocidentais não são mais que desdobramentos da *dominação legal*” (HABERMAS, 1997, p.193), e reitera que a legalidade está calcada na legitimidade enquanto exercício de poder. Como já aventado, ao direito moderno está imbricada uma ordem racional que, ao contrário de uma fê embasada em pressupostos culturais ou de tradição, é capaz de dar legitimidade ao poder estatal.

¹⁰³ HABERMAS, 1997, p.238.

¹⁰⁴ HABERMAS, 1997, p.239.

Weber irá conferir três sentidos a esse conceito de *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*, onde 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: *a.* existe uma racionalidade científica de especialistas que lhe emprestam uma sistematicidade; *b.* existem leis públicas que asseguram a autonomia privada; e *c.* temos a institucionalização de processos para o emprego e implementação dessas leis. Na visão weberiana¹⁰⁵, o direito dispõe de uma racionalidade própria não dependente da moral. Nesses termos, o direito assume uma postura original, de *mestre* de suas próprias suposições – sem derivações de âmbito moral – em um processo de institucionalização jurídica única. Tudo isso remete ao conceito weberiano de racionalidade do direito, assim definido por Habermas:

[...] 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 próprias¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Desde já, é bom que se evidencie que Habermas não concorda com a interpretação weberiana acerca do Direito moderno, pois “[...] 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 positividade. 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).

¹⁰⁶ HABERMAS, 1997, p.193. Weber discorre longamente sobre as transformações do conceito de direito ao longo da história até chegar ao seu momento de racionalização

É preciso compreender que a modernidade e seus avanços trouxeram consigo muitos problemas de ordem jurídica de difícil solução, haja vista a complexidade da sociedade que o envolve. Com ela, o direito se modifica enquanto o *medium*¹⁰⁷, cujo formalismo racional lhe permitiria uma estruturação das normas de modo hierárquico para que estas pudessem ser facilmente executadas. Agora, as leis estão sob a égide de uma *norma regia*, além de dispor de um caráter abstrato para as normas, *i. e.*, uma estrutura uniforme e universal. O temor de Weber é que, caso a juridificação (materialização) se confirme não como mera tendência, não haverá mais distinção entre direito privado e direito público, bem como a hierarquia entre norma fundamental e simples lei¹⁰⁸. Nessas condições, a ideia de hierarquia entre as normas seria um resquício pré-moderno na sociedade pós-tradicional, o que contrasta com a proposta habermasiana de complementação entre direito e moral¹⁰⁹.

Habermas expõe que o problema vislumbrado por Weber decorre do fato de que, para este, a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais do próprio procedimento e que, por isso, a materialização implica uma moralização do direito positivo. Segundo o autor, é do estabelecimento de um vínculo interno entre moral e direito, estabelecendo uma sujeição do procedimento jurídico ao procedimento moral, que a crítica à Weber se justifica. Do contrário, a conclusão que resta seria de que as qualidades formais do direito são racionais, neutras e não possuem qualquer vinculação à moral, o

máxima na modernidade em sua obra *Economia e sociedade*, mais detidamente no capítulo VII – *Sociologia do Direito*. Cf. WEBER, 1999.

¹⁰⁷ 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” (HABERMAS, 1997, p.195).

¹⁰⁸ Este questionamento fica mais claro quando contrapomos a relação entre direito e Estado. Dutra afirma: “Para Weber, pode haver Estado sem direito, mas não direito sem Estado. Portanto, não há, para ele, um direito substancial que pudesse receber o nome de direito, independentemente de um aparato normativo. Daí a sua filiação ao positivismo, pois, o positivismo caracteriza-se menos pela afirmação de que o direito é o direito positivo e mais pelo que subjaz a essa afirmação, a saber, que o direito é o direito positivo porque o direito, em última análise, não passa de uma forma coercitiva.” (DUTRA, 2004, p.59).

¹⁰⁹ REPA, 2008, p.91.

que vai de encontro à posição de Habermas. Em suma, a crítica à Weber serve também para demonstrar que uma visão procedimentalista do direito só reforça a ideia habermasiana de que o direito e a moral não podem ter seus limites traçados unicamente a partir dos conceitos formal e material, posto que, como afirma Habermas, “[...] 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 moral”¹¹⁰.

Para Habermas, o formalismo do direito deve se situar em um nível mais abstrato do que o proposto por Weber, do contrário seríamos 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, ponto crucial para a legitimidade legal, na qual “[...] a própria produção de normas é submetida a normas”¹¹¹. No caso do direito, isso caracteriza seu modo de operar procedimentalmente determinado quanto à sua forma, “[...] porém, indeterminado do ponto de vista do conteúdo”¹¹². Além disso, também é preciso considerar que tais processos se dão colocando as decisões sob a necessidade de uma fundamentação válida. Dessa forma, institucionalizam-se discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as limitações internas da produção de bons argumentos. O que resta é um *link* entre procedimento jurídico e procedimento moral, pois:

[...] 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 procedimental¹¹³.

¹¹⁰ HABERMAS, 1997, p.202.

¹¹¹ *Idem*, p.203.

¹¹² *Idem, ibidem*.

¹¹³ HABERMAS, 1997, p.203.

Como dito, embora Weber faça um diagnóstico acurado da função do conceito de racionalidade na sociedade moderna, Habermas identifica-o como limitado ao não perceber a desformalização que acontece no âmbito jurídico¹¹⁴. Para isso, apresenta quatro fenômenos que comprovam sua visão. Na forma (a) *reflexiva* do direito, “[...] as normas procedimentais que orientam o processo devem colocar os envolvidos em condições de regular seus assuntos por conta *própria*.”; além disso, o fenômeno da (b) *marginalização* acontece quando se dá a “[...] substituição da execução da pena estatal através de convênios privados, [e] o acordo negociável entre criminoso e vítima [...] fortalecem a *erosão das normas* e a tendência a uma questionável *orientação pelo consenso*. Isso tudo tira do direito atual um pouco do seu caráter clássico de direito coercitivo.”; por sua vez, o uso de (c) *imperativos funcionais* na jurisprudência “[...] revela que nós entendemos a tendência de juridificação no Estado social como instrumentalização do direito para fins do legislador político [...] 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.”; por fim, na discussão sobre (d) *moralidade* ou *positividade do direito*, “[...] agudiza-se a questão acerca das condições de legitimidade da legalidade. De certo modo e com velocidade crescente, o direito positivo detona seus próprios fundamentos de validade”¹¹⁵.

Tais questões constituem a chamada desformalização do direito, a qual ocorre de forma simultânea às críticas que o direito formal faz sob o tom jocoso da chamada *juridificação*. Habermas reafirma tais elementos para o debate sobre o direito, uma vez que o questionamento weberiano sobre a racionalidade formal do direito não dava conta

¹¹⁴ Nesse sentido, “[...] ao contrário de Weber, cuja leitura da racionalização segue a linha de seu conceito de ação racional com relação a fins, a leitura da racionalização feita por Habermas nortear-se-á por um conceito mais amplo de ação, qual seja, o de ação comunicativa, mais amplo que aquele de Weber, e capaz de abranger uma explicação da racionalização que incorpora também uma racionalidade na racionalização dos valores, os quais não são, então, como em Weber, remetidos para o âmbito do ceticismo” (DUTRA, 2004, p.65).

¹¹⁵ HABERMAS, 1997, p.204-205. Para mais detalhes, confira HABERMAS, 1997, parte II, 1.

de esclarecer a legitimidade dos desdobramentos que o direito estava assumindo. Nesse sentido, a análise habermasiana se dispõe a avaliar como os modelos procedimentais que tratam da relação entre direito e moral implicam a não redutibilidade desta análise à simples distinção entre *formal* e *material* como parece pressupor Weber. Pelo contrário, tais considerações fazem Habermas concluir que a legitimidade da legalidade deriva da relação entre direito e moral. Como inicialmente mencionado, seu intento é analisar “[...] a racionalidade procedimental embutida no processo democrático da legislação, a fim de verificar se é possível extrair dela argumentos para uma legitimidade que se funda na legalidade”¹¹⁶. Como resultado, temos a necessidade do conteúdo moral para o processo formal do direito.

Por isso, o método construtivista do direito via procedimento evidencia claramente que, *de per se*, o direito é insuficiente para garantir sua legitimidade, uma vez que inevitavelmente conteúdos morais estão inseridos no processo jurídico no entender de Habermas. Em poucas palavras, o problema transparece na própria dinâmica funcional do direito, e é justamente o equacionamento dessa dinâmica que repõe o 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? A saber, 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. Nas palavras de Habermas:

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 en-

¹¹⁶ HABERMAS, 1997, p.210.

tre norma básica e simples lei, do mesmo modo que o caráter regulador dos direitos fundamentais¹¹⁷.

Dado o contexto da situação, a possibilidade de interpretação da ordem jurídica pode ocasionar uma dissolução do poder legal (embasado na legalidade da lei e da medida), 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?”¹¹⁸ Antes de tudo, Habermas sentencia a argumentação funcionalista da análise weberiana como capenga, à medida que a normatividade jurídica só pode ser justificada a partir de um procedimento moral, o qual dispõe de um conteúdo também moral. Dessa forma, ele admite a necessidade da moral para o direito, uma vez que princípios formais do direito se tornam frívolos quando destituídos de conteúdo moral. Nesse sentido, a construção de um corpo jurídico por meio de uma racionalidade técnico-científica também é deficiente, ou seja, “[...] 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”¹¹⁹. Ao que parece, uma explicitação, pura e simples, dos conceitos do direito não é suficiente para lhe garantir legitimidade.

Na verdade, a funcionalidade sistêmica desempenhada por esse direito possibilita a instauração de um padrão de comportamento que tem como eixo as ações racionais instrumentalizada. Não obstante, isso ainda não explica como são possíveis estruturas jurídicas, pois são coisas distintas dizer, por um lado, o que é direito moderno em termos de institucionalização das ações racionais e, por outro, afirmar como tal direito se fundamenta. Essa é a deficiência de que padece a tese weberiana, segundo Habermas, ao analisar o direito moderno pelo viés de uma racionalidade puramente estratégica. Embora reconheça

¹¹⁷ *Idem*, p.211.

¹¹⁸ *Idem*, p.212.

¹¹⁹ HABERMAS, 1997, p.200.

os méritos dessa análise, tanto o é que utiliza Weber em vários momentos de seu pensamento para questões sociológicas inerentes ao direito, ele não concorda com este excesso de autonomia do procedimento jurídico em relação ao procedimento moral. Em suma, o positivismo não permite legitimar a forma normativa jurídica.

Direito como medium em Habermas. Para Habermas, direito e moral são distintos de forma significativa. 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, no sentido de uma coerção transcendental fraca para se estabelecerem, quando da análise dos dois processos. Na visão habermasiana, da própria fragilidade esboçada por uma racionalidade procedimental imperfeita, surge a resposta ao porquê de o direito ser um regulador mais preciso em determinadas matérias do que as regras morais pós-tradicionais, pois, como ele mesmo afirma, “[...] para fundamentar normas, uma moral autônoma só dispõe de processos falibilistas”¹²⁰. É importante destacar 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 ideias 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”¹²¹. É isso que torna o direito positivo mais importante quanto a sua consecução em detrimento à fraqueza desta imposição que a moral autônoma oferece.

Por outro lado, vale destacar a dependência do direito também com relação à política, na medida em que o direito positivo tem suas *características convencionais* dadas por um legislador político, o que as torna passíveis de alteração. É nesta subordinação por parte do direito à política que se apresenta seu caráter instrumental, uma vez que as normas jurídicas servem como meios de realização para fins políti-

¹²⁰ *Idem*, p.216.

¹²¹ HABERMAS, 1997, p.217.

cos. Novamente, isso acaba por diferenciá-lo das normas morais, as quais possuem sempre um fim em si mesmas¹²². Nesse sentido, o direito constitui o *medium* entre a política e a moral, uma vez que ele trata tanto de argumentos jurídicos (que são direcionados pela política)¹²³ quanto de argumentos morais, possibilitando a assimilação destes poderes. Isso reforça, na teoria habermasiana, que o direito se situa entre estes âmbitos, pois o discurso jurídico lida tanto com argumentos políticos para o estabelecimento de políticas públicas, quanto com argumentos morais para a solução imparcial de conflitos¹²⁴. Para Habermas, direito e moral não é uma simples relação complementar, mas um entrelaçamento em que “[...] a moral não paira mais *sobre* o direito, como era sugerido pela construção do direito racional, tido como uma série de normas suprapositivas: ela emigra para o direito positivo, sem perder sua identidade”¹²⁵. Com isso, a moralidade se estabelece no direito numa ordem procedimental, de modo que conteúdos normativos determinados são dela extraídos, ao mesmo tempo em que se sublima num processo de fundamentação e de aplicação destes conteúdos. Assim, o direito e a moral têm a capacidade de controlarem-se mutuamente.

Chegamos, dessa forma, a duas importantes considerações sobre a posição de Habermas acerca deste problema. Por um lado, no direito,

¹²² Isso só confirma o direito como *medium*, pois suas normas “[...] não existem apenas para solucionar, de modo imparcial, conflitos de ação, como é o caso da moral, mas também para a efetivação de programas políticos” (HABERMAS, 1997, p.218).

¹²³ Como ele mesmo afirma: “O caráter obrigatório dos objetivos coletivos e das medidas de implementação da política derivam da forma jurídica” (HABERMAS, 1997, p.218).

¹²⁴ Cf. HABERMAS, 1997, p.218.

¹²⁵ HABERMAS, 1997, p.218. Reforço essa posição com a esclarecedora passagem de Dutra acerca desta relação: “Assim, vislumbra-se, nessa relação complementar entre moral e direito, um verdadeiro entrelaçamento [Verschränkung] entre ambos, de modo que, nas *Tanner Lectures*, a moral, despida de conteúdo e sublimada em procedimento, pode controlar o direito e vice-versa. Mesmo que o direito domestique as argumentações morais pelo estabelecimento de competências, prazos, critérios, tal arquitetura não atinge a própria lógica da argumentação moral, visto que a própria racionalidade jurídica é analisada e compreendida em termos morais, ainda que processuais. Habermas propõe claramente o padrão de um processo moral de argumentação como critério para avaliar os procedimentos jurídicos” (DUTRA, 2011, p.23).

a moral é controlada e limitada nos discursos jurídicos de diferentes formas: *i.* metodicamente, na sua relação com o direito vigente; *ii.* objetivamente, isto é, de forma objetiva quanto a termos e encargos de prova; *iii.* socialmente, nos pressupostos para a distribuição de papéis na sociedade; e *iv.* 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.¹²⁶ Com isso, embora entrelaçados, preserva-se a *indisponibilidade* tanto do direito, quanto da moral.

Gostaria de retomar alguns dos pontos centrais tratados e tecer alguns comentários sobre a intermitente questão que acompanhou o texto sobre *como a legalidade obtém sua legitimidade*. Sobre isso, quero elencar dois pontos gerais desta relação a partir do pensamento habermasiano. Primeiro, a noção de poder comunicativo não compreenderia também substantivos como expressões da vontade comum, pois seriam produtos de sobreposições e intermediações de variedades pragmáticas, ético-políticas 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.

Se assim for, o *edifício* do direito moderno, diferentemente de seus tempos de revelação de fundamentação metafísico-religiosa, dá-se de diferentes formas. De modo resumido, podemos dizer que a validade e a criação (legislação) do direito passam por três pontos centrais: positividade, legalidade e formalismo. Por meio da positividade, oriunda da vontade de um legislador político, dá-se a formalização do

¹²⁶ Reza ele: “O próprio direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação, a qual transcende o direito vigente de um modo não determinado por ele” (HABERMAS, 1997, p.218). De todo modo, a crítica habermasiana às doutrinas constitucionais que seguem um princípio reconstrutivo crítico persiste, uma vez que 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 pública” (HABERMAS, 1997, p.220).

direito que passa a se autoengendrar por um procedimento próprio. Por sua vez, a legalidade substitui as decisões éticas a serem tomadas pelos sujeitos de direito, de modo que resta apenas um positivismo *tout court*. Por fim, Habermas explica que o direito moderno lança mão de um formalismo através do qual 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. Habermas não concorda com a pressuposição de que o direito privado fundamenta o direito público, pois uma proposta liberal forte de liberdades individuais não serve para legitimar a normatividade jurídica.

A funcionalidade sistêmica desempenhada por esse Direito possibilita a instauração de um padrão de comportamento que tem como eixo as ações racionais instrumentalizadas. Contudo, isso ainda não explica como são possíveis as estruturas jurídicas que as sustentam enquanto deveres perfeitos, uma vez que se deve distinguir o direito moderno para a institucionalização das ações racionais e o modo como tal direito se fundamenta. Essa é a deficiência de que padece a tese weberiana, segundo Habermas. Quer dizer, se Weber concebe o direito moderno a partir unicamente da racionalidade estratégica, Habermas percebe justamente que a deficiência weberiana acontece no momento em que ele não entende que a racionalidade jurídica ocorre a partir de uma esfera de valor prático-moral, por conseguinte, normativa.

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. Nesse sentido, 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 também pela base de validade desta legalidade, a qual, em última instância, é fornecida pela normatividade moral. Dessa forma, Habermas preza por uma autonomia do direito, porém, sem fazê-lo esquecer dos elementos determinantes que lhes são os conteúdos morais, nem a determinação política que lhe subjaz. É o que sugere-

re ao substituir o direito racional e adentrar na ideia de um Estado de direito, dando vassão à ideia de que uma racionalidade procedimental pode assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade imune a intervenções contingenciais.¹²⁷ Essa foi a tentativa que Habermas faz de explicar um Estado de direito por meio de uma teoria do discurso.

Além disso, com a introdução das características do direito moderno (positividade, legalidade e formalismo) fez-se uma exigência de fundamentação que não pode firmar-se nem a partir do sagrado, nem do tradicional. Com isso, à medida que se abandona o ornamento metafísico para a justificação do direito moderno e se efetua a distinção entre direito e moral, introduz-se a necessidade de justificação prática para as normas legais. Em outras palavras, ao estabelecer a vinculação entre normas de ação e normas jurídicas, o direito moderno remete à necessidade de uma moralidade fundada em princípios, o que nos remete a um nível de consciência moral pós-tradicional, no qual as normas jurídicas, enquanto criação humana histórica e falível, são suscetíveis a revisão.

Aula 8. Direito e Moral em Kant e Habermas

Feitos esses esclarecimentos sobre a relação entre direito e moral em Kant e Habermas, temos agora elementos suficientes para algumas considerações críticas sobre os respectivos modelos e o modo como cada um deles se comporta isoladamente. O ponto comum a ambos os modelos é a questão sobre o tipo de legitimação que o direito consegue alcançar seja numa relação direito entre direito e moral, seja na forma de positivação jurídica.

¹²⁷ Do mesmo modo, a divisão dos poderes deve ser assegurada para, com isso, garantir a imparcialidade do procedimento. Kettner afirma que a ideia de imparcialidade é apenas um elemento necessário para que o agir moral se realize, embora insuficiente *per se*. Trata-se de um equívoco imaginar que imparcialidade implique diretamente em justiça, por isso sua complementação ser dada via instâncias políticas e jurídicas. Cf. KETTNER, 202, p.208-209.

Habermas estabelecerá uma conexão entre o princípio do discurso e a forma jurídica proposta. 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 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 habermasiano passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização, na medida em que a lei não é apenas o limite, mas também a condição (*medium*) para que a força comunicativa dos cidadãos se efetive através de uma norma comum.

Podemos elencar dois pontos gerais em Habermas. Primeiro, a noção de poder comunicativo é o produto de sobreposições e intermediações de variedades pragmáticas, ético-políticas 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 regra de lei, mas essa mesma regra (direito) deve concernir àquelas, ou seja, ter sua origem neste processo discursivo.

Contudo, essa análise dos princípios de constituição do Estado e suas justificações são parciais a não ser que ela seja acompanhada do relato de um processo em que os cidadãos são governados eles mesmos ou estejam engajados na política jurídico-generativa para a formulação da lei em geral. 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 (diferen-

temente de seus tempos de revelação) 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 irá preconizar uma liberdade em termos negativos. Em outras palavras, o direito será a esfera que possibilita o espaço em que as pessoas jurídicas podem exercer livremente seu arbítrio, resguardadas de qualquer tipo de 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 ideia 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 instituída¹²⁸. 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 legisladora e nega-se ao direito sua positividade.

¹²⁸ HABERMAS, 1997, p.240.

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). Na medida em que o imperativo categórico kantiano está vinculado à comunidade de seres racionais num reino dos fins, entende Habermas que este pode se acomodar perfeitamente à interpretação intersubjetiva habermasiana. Nesses termos, no tocante à pretensão de validade universal, a razão prática não pode ser senão comunicativa. Nos moldes habermasianos, o intento kantiano de deduzir de princípios supremos os fundamentos do direito, tanto o privado quanto o público, fracassa ante a complexidade da sociedade e da história. Para Habermas, a fundamentação kantiana seria excessivamente abstrata. Afirma ele:

Sem dúvida, a formulação do imperativo categórico não comporta a pergunta pelas consequências e efeitos colaterais decorrentes da ação moral no mundo, posto que essa se dirige à vontade boa. Isso é consequência 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 humanidade¹²⁹.

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”¹³⁰. Ao se afirmar o

¹²⁹ DUTRA, 2002, p.19.

¹³⁰ HABERMAS, 1991, p.151. Acerca disso, afirma Delamar: “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 posituação, característico do Direito moderno, implica, por sua vez, o princípio de

exame de pretensões de validades hipotéticas, Habermas abre a possibilidade de uma prática argumentativa que supõe pragmaticamente a possibilidade de todos participarem da busca cooperativa pela legitimidade jurídica. Neste nível, a coerção dar-se-ia pela simples prática de bons argumentos, nada mais que isso.

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.

Sendo assim, a introdução das características do direito moderno – a positividade, a legalidade e o formalismo – trouxe a exigência de uma 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, estão sujeitas a revisão. Com isso, a exigência de universalidade das normas pressupõe o homem como sujeito de direito livre e igual, sendo estes os *criadores* do direito enquanto tal.

Habermas afirma que existem certos limites na relação direito e moral, embora ele acredite na complementaridade que o direito presta à moral, à medida que a eficácia prática desta é duvidosa. Em outras palavras, o ordenamento jurídico dá melhor resposta no que diz respeito à obediência de normas, uma vez que cobra obrigatoriedade jurídica indiscriminadamente. Por outro lado, o direito se posta como dependente em relação à política, quer dizer, enquanto que as normas morais são fins em si mesmas, as normas jurídicas servem também meio para a consecução de objetivos políticos. Na visão habermasiana,

fundamentação. Logo, posituação e fundamentação, para o Direito, se pressupõem mutuamente” (DUTRA, 2002, p.49).

o direito tem importância prática para a reivindicação por parte da instância política, ou seja, fins coletivos e medidas políticas têm sua força vinculante sob a forma jurídica. Por isso, o direito se situa entre a moral e a política, na medida em que serve de mediador e aglutinador de argumentos relativos à interpretação das leis (e sua aplicação). Mesclam-se, assim, argumentos relativos a objetivos políticos com argumentos relativos à justificação moral.

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 morais¹³¹.

O direito é invadido pela moral na medida em que esta tenta migrar para o direito, oferecendo-lhe o suporte necessário para a consecução de conteúdos normativos possíveis, pois [...] um direito procedimental e uma moral procedimental podem controlar-se *mutuamente*¹³². Não obstante, o direito não é uma limitação à moral, um impedimento restritivo que a sufoca em sua estruturação jurídica. Pelo contrário, o direito oferece uma *brecha*, um espaço de estímulo à fundamentação e à justificação moral, o que, por vezes, pode transcender o próprio direito vigente como seu momento de indisponibilidade. Tudo se revela, então, no problema da autonomia do direito para Habermas, embora esta não possa ser simplesmente dada por um sistema jurídico. Habermas termina a discussão deste ponto com a seguinte afirmação:

¹³¹ “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, 1997, p.167).

¹³² “Assim, um direito procedimental e uma moral procedimental podem controlar-se ‘mutuamente’” (*Idem*, p.168).

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 ético¹³³.

Direito e moral em Kant. Como veremos, a fundamentação racional kantiana do direito possui similaridades com a proposta de Habermas. Kant prescreve a exigência de princípios metafísicos da doutrina do direito para sua teoria. Como ele mesmo afirma na *Metafísica dos Costumes*:

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?¹³⁴

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

Partindo da possibilidade de um conceito racional de direito, Kant estabelecerá um critério supremo para toda legislação positiva. Se assim for, o conceito fundamental do direito é um *a priori* em que elementos empíricos ficam vetados de desempenhar uma função fun-

¹³³ “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, 1997, p.172).

¹³⁴ MC, p.134.

dadora, isto é, eles se limitam 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 empírica do mesmo¹³⁵.

No que concerne à diferenciação entre legalidade e moralidade, a necessidade da liberdade externa do ser racional se apresenta pela possibilidade de convivência deste com as demais liberdades em âmbito universal. Por isso, para que a relação entre sujeitos seja racional e, por conseguinte, moral em sentido estrito, tal relação deve ter um caráter jurídico. Logo, justamente por ser racional, o direito não pode ser um sistema fortuito, nem arbitrário. Pelo contrário, o direito deve se apresentar como algo necessário, por isso não será qualquer prescrição jurídica tomada como lícita e obrigatória.

Para Kant, é racional ou necessário o sistema jurídico capaz de compatibilizar em si as liberdades alheias, conforme leis estritamente gerais. Na teoria jurídica do direito kantiano, tal critério de legitimação equipara-se ao imperativo categórico da esfera ética, haja vista que em ambos existem determinações para a construção legítima de leis. Entretanto, não podemos pressupor que a utilização de um princípio universalíssimo faz com que o direito sofra uma moralização. Kant não deriva o direito do princípio da moralidade pessoal, mas da razão pura prática e do seu critério de legitimidade geral. Como vimos, sua proposta é clara na distinção entre leis éticas e leis jurídicas. Além disso, o uso da coerção é um elemento irrenunciável e válido *a priori* de todo ordenamento de leis. Na esfera legislativa da moral, a coerção assume a forma de autor repreensão, enquanto que no direito a força coercitiva é externa e visa possibilitar a convivência das liberdades sem conflito.

¹³⁵ HÖFFE, 1986, p.200.

O fato é que a pretensão kantiana de elaborar uma legislação prática perpassa pela necessidade objetiva de uma ação que deva ser cumprida. Nesse caso, os princípios de determinação da vontade do racional se executam 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 arbítrios e forma da relação)¹³⁶. 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 sendo *in foro interno*. Como não se reporta ao domínio das subjetividades, segue-se que deveres jurídicos exigem tão somente a adesão *in foro externo*.

Dado que o direito não se confunde com a moral quanto a seu *móbil* ou forma de coação, ele requer apenas uma conformidade à lei. O ponto é compreender como Kant extrai o princípio geral do direito a partir da aplicação do princípio moral a relações externas, ou seja, precisamos compreender se há ou não complementariedade entre direito e moral. 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 ideia de que a “[...] oposição abstrata entre o inteligível e o fenomenal, que serviam de pano de fundo à metafísica kantiana, não convenciam mais ninguém”¹³⁷.

Não há como negar que o direito kantiano tem como base um universalismo formal, porém não se pode dizer que este mesmo direito é um tipo de moralidade exterior. Pelo contrário, embora possamos conceber elementos comuns para ambas as esferas legislativas, não podemos imaginar que uma determinação moral do direito implique necessariamente a sua redução a uma forma moral. Isso, tanto em Kant quanto em Habermas, implicaria limitar desastrosamente a au-

¹³⁶ 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.

¹³⁷ HABERMAS, 1997, p.27.

tonomia da esfera legal. Os deveres de direito não são determinados pelo imperativo categórico no sentido pessoal, por isso sua necessidade se dá com relação à liberdade externa. Sendo assim, essa mesma obrigação jurídica não pode ser vista como uma mera violência arbitrária¹³⁸. 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.

¹³⁸ BAYNES, 1992, p.93.

ATIVIDADES DE FIXAÇÃO

AULA 6. Evolução histórica do direito segundo Habermas

1. Disserte sobre a evolução histórica do direito.
2. Quais elementos modernos levaram o Direito a sofrer reformulações em termos de racionalidade?

AULA 7. A tripartição direito, política e moral em Habermas

1. Como a legalidade obtém legitimidade segundo Habermas?
2. Quais as definições de *racional* que Max Weber estabelece ao Direito?
3. Por que Habermas entende que o direito serve como o *medium* entre a moral e a política?

AULA 8. Direito e Moral em Kant e Habermas

1. Quais as possibilidades de relação entre direito e moral na *Metafísica dos Costumes* de Kant?
2. Como podemos definir a relação entre direito e moral na teoria habermasiana?

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 à mercê de uma fundamentação metafísica. Neste manual, procuramos 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 ideia 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 ideia 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 jurídica¹³⁹.

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*), 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 “ideia 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 “ideia” 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 as-

¹³⁹ V. g., o suicídio, que é moralmente reprovado (Cf. FMC § 35, DV § 6, 422), não pode ser juridicamente proibido.

sim for, o homem, de maneira autônoma, prescreve para si mesmo a lei moral (sentido estrito) por meio do imperativo categórico e, por consequência, 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 sujeitos livres. É preciso, então, uma lei que assegure a convivência entre tais arbítrios, visando à 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 prejudicarem 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, etc.) 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 “edifi-

cio 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 nexo 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.

Em Habermas, meu *espaço de manobra* para tratar desta relação entre direito e moral estará circunscrito às *Tanner Lectures*¹⁴⁰; por isso, o texto acompanhará os passos habermasianos na obra acima citada. Para resolver este impasse, desenvolvo minha argumentação de que há uma subordinação necessária do direito à moral – ao menos em termos procedimentais – a partir de três pontos: I. Caracterizar a evolução histórica do direito até sua concepção moderna; II. Determinar como uma legalidade legítima passa por uma análise crítica do pensamento de Max Weber acerca das sociedades em que o direito foi instituído, especialmente o direito moderno, e estabelecer uma relação entre procedimento jurídico e racionalidade; III. Determinar a relação entre direito e moral, propondo alguns elementos conclusivos derivados das análises dos itens anteriores.

Como procurei apontar, a solução habermasiana nas *Tanner Lectures* para a tensão entre normatividade jurídica e moral foi reafirmar que a legitimidade do direito implica observar princípios morais. Teríamos, assim, uma relação entre procedimentos (moral e jurídico), de modo que ao direito estaria salvaguardada sua autonomia, ao mesmo tempo em que a sua legitimidade exigiria seu entrelaçamento com a

¹⁴⁰ Não é minha intenção discutir a mudança de panorama e posicionamento de Habermas entre esta e sua obra *Direito e Democracia* (1992), muito embora me pareça que a pergunta inicial continua sem uma clara resposta: *como a legalidade obtém sua legitimidade?* Isso só reflete a dimensão do problema de justificação que a normatividade jurídica exige para se manter.

moral. Em suma, nem uma positividade carente de justificação, nem uma subordinação total à moral, pois a moral tão somente faria uma correção do procedimento jurídico sem uma invasão de conteúdo. Desse modo, ao substituir o direito racional moderno pela ideia de que a racionalidade procedimental da moral pode assegurar ao direito positivo um momento de *indisponibilidade* imune, há intervenções contingenciais, Habermas preza por uma autonomia do direito, porém, sem fazê-lo esquecer dos elementos determinantes oriundos da moral. Como ponto negativo, o resultado foi uma base crítica suficiente para compreendermos as insuficiências das visões filosóficas que concederam ao direito uma base inconsistente. Como ponto positivo, consideramos a possibilidade de legitimar e manter a *indisponibilidade* do direito via procedimento moral defendido por Habermas. Assim, o sistema jurídico surge como o ponto arquimediano onde o direito se encontra com a moral e a política.

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 deem. 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.

Referências bibliográficas

ARENDT, H. *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, J. “O direito como exterioridade da Legislação Prática de Kant”. In: *Revista Ética*, v. 2, n.2, Dez. 2003, p.151-171.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992.

BOBBIO, N. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 10ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BOBBIO, N. *Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, N. *Teoría general del derecho*. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1999.

CASCÃO, K. S. 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.

CENCI, A. V. (org.). *Temas sobre Kant: metafísica, estética e filosofia política*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

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

DUTRA, D. V. “Moral e direito nas *Tanner Lectures* de Habermas: um modelo processual de moralização do direito”. In: *Ethic@*. Florianópolis, v.10, n.3, Dez. 2011, p.13-37.

DUTRA, D. V. “Modelos de moralização do direito: um estudo a partir de Habermas”. In: *Sequência*, v.55, 2007, p.233-252.

FERRAZ, C. A. *Do juízo teleológico como propedêutica à teologia moral em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

FONTOURA, C. T. “Sobre o significado jurídico da história em Kant”. In: *Dissertatio*, Pelotas, n.15/16, 2002, p.121-140.

HABERMAS, J. “Direito e moral”. In: *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.193-248.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, J. *Ensayos políticos*. 3. ed. Barcelona: Península, 1997.

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

HABERMAS, J. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, J. *Teoría y praxis: estudios de filosofía social*. Madrid: Tecnos, 1987.

HECK, J. N. “A razão prática: uma questão de palavras? A controvérsia Habermas/Kant sobre moral e direito”. In: *Kant e-prints*. Campinas, Série 2, v.1, n.1, jan.- jun., 2006, p.19-30.

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.

HECK, J. N. “As recepções de Tugendhat e Habermas da doutrina kantiana do direito”. In: *Síntese*, v.27, n.89, 2000. p.349-374.

HECK, J. N. *Direito e moral: duas lições sobre Kant*. Goiânia: Editora da UFG, 2000.

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

HÖFFE, O. *Immanuel Kant*. Barcelona: Herder, 1986.

HÖFFE, O. *Introduction à la philosophie pratique de Kant: la morale, le droit et la religion*. 10. ed.aum. Paris: J. Vrin, 1993.

HÖFFE, O. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HÖFFE, O. *O que é justiça?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

HÖFFE, O. Visão república mundial: democracia na era da globalização. *Veritas* (Porto Alegre), v.47, n.188, 2002.

KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANT, I. *Crítica da Razão Prática*. Lisboa: Edições 70, 1999A.

KANT, I. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

- KANT, I. *Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995b.
- KANT, I. *La Metafísica de las Costumbres*. 3º ed. Madrid: Tecnos, 1999.
- KANT, I. *Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência*. São Paulo: Nacional, 1959.
- KANT, I. *Teoría e práctica*. Madrid: Tecnos, 1986.
- KETTNER, M. "The Disappearance of Discourse Ethics in Habermas's Between Facts and Norms". In: BAYNES, K., SCHOMBERG, R. von (eds). *Essays on Habermas's Between Facts and Norms*. Albany: SUNY, 2002, p. 201-218.
- KJAER, P. F. Systems in Context: On the outcome of Habermas/Luhmann Debate. *Ancilla Iuris*, 2006, 66, p. 66-77.
- KUIAVA, Evaldo Antônio. "Crítica de Levinas à estrutura da subjetividade Kantiana". In: *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n.174, 1999, p.297-310.
- LOPARIC, Z. *Ética e finitude*. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Escuta, 2004.
- LOPARIC, Z. *A semântica transcendental de Kant*. Campinas: UNICAMP, 2000.
- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*, México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.
- MARTINS, C. A. "O conceito de sujeito em Kant". In: *Veritas*, Porto Alegre, v.49, n.194, 2004, p.195-204.

MERLE, J.-C. “Uma alternativa Kantiana para a prevenção geral e a retribuição”. In: *Veritas*, Porto Alegre, v.47, n.186, 2002. p.237-247.

MUGUERZA, J. Prólogo. VELASCO ARROYO, J. C. *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

MUNTADA, J. M. C. “La teoria discursiva del derecho de Jürgen Habermas como paradigma para la ciência del derecho”. In: *Foro, Nueva época*, N^a 13/2011, p. 203-225.

NIQUET, M. *Teoria realista da moral: estudos preparatórios*. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2002.

OLIVEIRA, N. F. de. *Tractatus ethico-politicus: genealogia do ethos modernos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

NODARI, P. C. *A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

PAVÃO, A. “O direito em Kant”. In: *Dissertatio*, Pelotas, n.13/14, 2001. p.115-137.

RAUBER, J. J. *O problema da universalização em ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

RAWLS, J. *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.

REPA, L. “A normatividade do discurso em Habermas: Sobre a neutralidade do princípio do discurso em relação ao direito e à moral”. In: *Dois Pontos*. V. 5, n. 2, 2008, p.89-111.

- ROHDEN, V. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981.
- ROUSSEAU, J.-J. *O contrato social: princípios do direito público* (trad. Antônio de Pádua Danesi). 3^o ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SILVEIRA, D. C. “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.
- TERRA, R. R. *A política tensa: ideia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995.
- TERRA, R. R. “Notas sobre sistema e modernidade – Kant e Habermas”. In: *Revista de Filosofia Política*, Porto Alegre: L&PM, 1999, p.58-64.
- TOMAZELI, L. 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.
- TUGENDHAT, Ernst. *Ética y política: conferencias y compromisos: 1978-1991*. Madrid: Tecnos, 1998.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- TUGENDHAT, Ernst. *O problema da moral*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- TUGENDHAT, Ernst. *Problemas de la etica*. Barcelona: Crítica, 1988.
- VALLE, G. *Ética e direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ZINGANO, M. A. *Razão e história em Kant*. São Paulo: Edito brasileira, 1989.

WALKER, R. *Kant: Kant e a lei moral*. São Paulo: UNESP, 1999.

WEBER, T. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo Kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

WEBER, M. *Economia e Sociedade*. São Paulo: Editora da UnB e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WEBER, M. *Sociologia*. 5. ed., São Paulo: Ática, 1991.

YOVEL, Y. *Kant and the Philosophy of History*. Princeton: Princeton University Press, 1980.

DISSERTATIO
INCIPIENS