

A TEORIA DO DIREITO EM KANT: ASPECTOS RELEVANTES E ATUAIS

Gilberto Fachetti Silvestre*

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria do Direito kantiana como metafísica dos costumes; 3. O jusnaturalismo kantiano; 4. O que é o Direito em Kant; 5. As distinções entre Direito e Moral; 6. A pessoa e sua importância para a teoria dos direitos humanos. 7. Conclusão: “repensar Kant”; 8. Referências bibliográficas.

Resumo: Apresenta as principais contribuições kantianas para a teoria jurídica e para a formulação de um normativismo crítico pautado em valores. Propõe, para tanto, um “retorno a Kant”, no sentido de repensar seu sistema filosófico adaptando-o às necessidades da gnosiologia do Direito contemporânea, e discute a possibilidade de juízos éticos quanto ao Direito a partir de uma racionalidade universal. Enfim, utiliza o pensamento kantiano para justificar a reflexão quanto à legitimidade e aos valores no Direito.

Palavras-Chave: Kant – Direito – normatividade – legitimação.

1. INTRODUÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA FILOSOFIA TEÓRICA DE KANT PARA O CONHECIMENTO JURÍDICO.



criticismo kantiano exerceu profunda influência sobre o pensamento filosófico até o apogeu do positivismo, quando, então, viveu um momento de obscurantismo

* Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Advogado.

até seu ressurgimento, mais tarde, na forma dos neokantismos, que repercutiram grandemente na esfera do pensamento jurídico. Destaca-se, nesse sentido, o neokantismo *lógico*, que no campo jusfilosófico é bem representado por Stammler, e o *axiológico*, que no Direito tem Lask e Radbruch como expoentes. E, é claro, não se pode esquecer de Kelsen, Del Vecchio, Bobbio e Habermas, cujas idéias também bebem nas fontes kantianas.

Veja, portanto, que os grandes pensadores do Direito do século XX participam, de certa maneira, do kantismo, apesar das peculiaridades do pensamento de cada um: Kelsen um normativista; Stammler e Del Vecchio são neojusnaturalistas; e Radbruch marca a virada de paradigma para o chamado “pós-positivismo”. Dessa maneira, o pensamento de Kant, de algum modo, influencia ainda hoje a jusfilosofia e a teoria jurídica.

Apesar dessa rica influência o presente trabalho se restringirá a detalhar os aspectos mais relevantes da teoria e filosofia do Direito do próprio Immanuel Kant. A partir daí será possível responder à problemática central lançada: a relevância do pensamento de Kant para o Direito hodiernamente. Para tanto, deve-se iniciar com a perspectiva da filosofia teórica de Kant, para então entender a influência de seu criticismo sobre o Direito.

Pois bem. A filosofia kantiana se desenvolve no sentido de superar o dualismo existente em sua época entre o *racionalismo dogmático* de Descartes, Spinoza e Leibniz, e a *filosofia empirista* encabeçada por Hume. Segundo a primeira corrente, pela razão é possível deduzir toda classe de conhecimento, de tal modo que é aquela faculdade a fonte do conhecimento; já de acordo com a segunda corrente, o conhecimento é produto da sensibilidade, ou seja, da experiência, e é somente a partir da observação dos fatos que se pode produzir um conhecimento válido. Kant quer superar essa dicotomia, analisando as condições e possibilidades do conhecimento humano: o criticismo

kantiano permitirá entender o conhecimento como o produto de uma síntese da sensibilidade e da razão.^{1,2}

Segundo Kant, os dados referentes ao objeto são captados pela mente humana não tal como são em si, mas como são configurados de acordo com a sensibilidade e o entendimento do sujeito. Ihe permitem apreender. Significa, então, que o objeto, tal qual ele realmente é, será incognoscível. A isto Kant chama de *noumenon*. De maneira que só se conhece o objeto tal qual ele aparece ao sujeito (“aparicação”), ao que Kant designou de *fenômeno*.³ Nesse sentido, escreve Kaufmann, comentando Kant, que “o entendimento não conhece as coisas tal

¹ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 217-218.

² Ensina José Pedro Luchi, As três críticas de Kant, emblema da modernidade, que ao expressar a máxima “todo conhecimento vem com a experiência, não porém da experiência”, Kant tenta solucionar um problema trazido por David Hume no campo da ciência. É que para Hume o conhecimento universal (que seja sempre o mesmo) e necessário (que não pode ser de outro modo) não é possível, porque todo conhecimento dependeria da experiência, da criação de um hábito, e a ciência não permite a experimentação de elementos futuros. Assim, o problema colocado por Hume é que a ciência não permite ver o futuro e fazer previsões. Kant, portanto, deve solucionar este problema a partir do entendimento de que necessidade e universalidade não vêm com a experiência, mas com a razão. Necessidade e universalidade não estão na experiência, mas no sujeito. Isto porque o sujeito possui condições estruturais de possibilidade de conhecimento *a priori*, possibilidades estas que não advêm da experiência, mas de um aparato existente no indivíduo, qual seja, a razão. Esta é a idéia de transcendentalidade em Kant: o transcendental não é o místico, mas condições estruturais apriorísticas que permitem ao sujeito o conhecimento a partir da razão, e não da experiência. Daí quem produz o conhecimento é a razão, e não a experiência (e com isso Kant soluciona, racionalmente, o problema de Hume). A experiência, para Kant, será o momento de pôr em prática algo já pré-concebido (transcendental), pois as experiências se originam de impressões apriorísticas. O conhecimento, portanto, não vem da experiência, porém com a experiência. É daí conclusão das mais importantes do criticismo da razão pura: os elementos formais de conhecimento só valem enquanto se referem a uma experiência possível. Conhecer qualquer coisa “in se” é possível, porque o conhecimento implica sempre uma relação, de maneira que nossos juízos não serão cientificamente válidos se transcendem à possibilidade de alguma experiência. Neste sentido, Giorgio Del Vecchio, *História da filosofia do direito*, Belo Horizonte, Líder, 2004, p. 114.

³ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 218.

como elas são ‘em si’, como eles são ‘realmente’, mas apenas tal como elas lhe ‘aparecem’ por meio da sensibilidade. Só nos são dados os ‘fenómenos’ dos objectos da sensibilidade e da experiência. Aos ‘númenos’, às coisas ‘em si’, não temos acesso; isso somente seria possível, se o entendimento tivesse capacidade de intuir, se ele conseguisse apreender os objectos no seu ser em si mesmo. Mas, precisamente, não é este o caso”.⁴

No fenômeno é possível distinguir a *matéria*, que consiste naquilo que é sentido, e a *forma*, que é a aparência daquilo que é sentido. Daí se conclui que a matéria é *a posteriori*, enquanto a forma é *a priori* (localizando-se no espírito). Os elementos formais (formas) valem apenas enquanto se referam a uma experiência possível. Tal não é válido em se tratando de númeno, pois este não pode ser objeto científico⁵; não está no campo da ciência, mas sim da *metafísica*.

É justamente nesse ponto que se encontra uma primeira simpatia ao pensamento kantiano, e sua importância para a atualidade jurídica: a sua filosofia teórica permite reconhecer que o Direito tem existência além da sua positividade, isto é, o Direito não deve ser entendido apenas como aquilo que é derivado da vontade do legislador. Tem ele o seu *noumenon*, o que só será possível conhecer mediante a reflexão e a crítica, isto é, através da metafísica, afinal, não se pode conhecer o Direito apenas descrevendo seus institutos legislados. É bem verdade que talvez nunca se conhecerá o númeno do Direito, mas é justamente nessa busca que se refletirá sobre o Direito e se buscará, assim, seu aperfeiçoamento para que se realizem seus fins. Reconhecer esse númeno – e tentar compreendê-lo – é, portanto, o primeiro passo para buscar o *Direito ideal* e para aperfeiçoar eticamente o Direito posto. Por isso sua metodologia deve

⁴ Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, In: A. Kaufmann e W. Hassemer (Orgs.), *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, p. 97.

⁵ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 219.

ser *construtivista*.⁶

Nesse sentido, Billier e Maryioli bem apontam a relação forma/matéria que se verifica no Direito: “a matéria do direito é o diverso empírico constituído pelas diversas legislações que regem os afazeres humanos no mundo, ou seja, o direito positivo; mas qual é a forma dos fenômenos de direito? A resposta de Kant é notável: é a *publicação* (*Offentlichkeit*). O direito é primeiro uma Idéia, mas sua forma é a publicação”.⁷

A filosofia do Direito de Kant terá a função de desenvolver um conceito racional do Direito, ou seja, não empírico,

⁶ Sobre a importância de um juízo reflexivo que se pode extrair do sistema filosófico kantiano, Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*, tradução de Claudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 297, assim destaca: “é impossível não ficar impressionado com a intensidade que vem adquirindo, em muitos filósofos de nosso tempo, a referência a Kant e, principalmente, à *Crítica da faculdade de julgar*; é muito freqüente o apelo ao juízo reflexivo na medida em que ele tem o extraordinário poder de elevar o pensamento do particular ao universal. Disse-ram que com a terceira *Crítica* Kant se tornara ‘um oráculo’. E é mesmo o ‘oráculo’ que certos autores consultam nele hoje perguntando-lhe como fundamentar a vida ética. Em todo caso, esse aspecto do ‘retorno a Kant’ – que, aliás, é antes uma revisão do kantismo – é ao mesmo tempo tão amplo e tão claro que merece um exame cuidadoso”. Veja, portanto, em que consiste o retorno a Kant: a necessidade de buscar a fundamentação de uma vida ética. Nesse sentido pode-se inserir o Direito: quais os fundamentos éticos do Direito?

⁷ Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, tradução de Maurício de Andrade, Barueri, Manole, 2005, p. 160. Escrevem, na p. 159, que é possível identificar um pensamento construtivista em Kant que é o extremo oposto da ciência do direito dos juristas, “que é um conhecimento empírico das leis positivas remetendo à idéia de que a origem da legislação é uma origem histórica: a de uma vontade empírica dominante que situou o sistema de leis positivas em um momento dado. Essa definição da ciência do direito seria absurda aos olhos de Kant, uma vez que a uma tal teorização no final puramente técnica que subordina o direito ao fato e aos móveis do poder, a *Doutrina do direito* opõe uma concepção racional prática, uma ciência pura do direito. Sua metodologia construtivista retém apenas a forma das relações jurídicas, e não seus conteúdos, quer dizer, as simples relações externas entre liberdades franqueadas da facticidade dos conteúdos”. E continuam na p. 161: “A Idéia do direito não é, em nenhum caso abstrato, os próprios fenômenos jurídicos no que eles têm de empírico, isto é, de positivo. Ela é, antes, aquilo que permite abstrair a forma da matéria, e é dada junto com a diversidade das ações políticas humanas. A Idéia de direito *precede* transcendentemente a diversidade dos afazeres humanos, em suma, a idéia de direito *precede* o direito porque ela o torna possível”.

que, portanto, buscará seu fundamento somente na razão, e não na experiência. Porém o Direito exigirá elementos empíricos ao ser aplicado. A metafísica no Direito visará à fundamentação de princípios jurídicos que consagram as instituições e as leis como racionais e justas.⁸ É em razão disso que a filosofia do Direito não substitui nem o juiz, nem o legislador e nem mesmo o jurista, porque ela não possui condições de propor um sistema jurídico completo; ela não serve para criar o Direito, pois apenas fornece o princípio que permite ao homem criar a Lei e julgar sua legitimidade. Assim, preocupa-se com o princípio universal do Direito, ou seja, um critério julgador da legitimidade e da justiça das leis positivas, que será fundado somente na razão, e não na experiência.⁹ Essa característica é comentada da seguinte maneira por Billier e Maryioli: “O próprio direito será, como todo avatar do humano, empírico-inteligível. A doutrina do direito kantiana, como aliás o conjunto da filosofia kantiana, tem como decepcionar todo mundo: para os empiristas, a constituição transcendental do direito que Kant põe ao lado de sua gênese histórica é insuportável; para os defensores de um purismo do inteligível que gostariam de uma idéia do direito e da justiça dando as costas definitivamente

⁸ Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*, ob. cit., p. 363, destaca que: “Apesar dos ataques de Hegel, de Schopenhauer e de Marx, de Max Weber e de Husserl, de Nietzsche e depois de Heidegger contra a filosofia kantiana, ela conservou força suficiente para que, mesmo no tempo em que o irracional avança no mundo, o ‘retorno a Kant’ tenha se tornado, para um número não desprezível de filósofos contemporâneos, um procedimento salutar e esclarecedor”.

⁹ Veja que aos poucos se delinea a importância dessa filosofia para o pensamento jurídico contemporâneo. Pode-se, preliminarmente, destacar as seguintes interfaces da filosofia teórica de Kant para o conhecimento jurídico hoje: 1. Supera o formalismo exacerbado do normativismo, que por muito tempo dominou a cultura jurídica; 2. Ao trazer a metafísica para o Direito, como método construtivo, afasta o positivismo acrítico e valoriza a reflexão (construtiva e de aperfeiçoamento) quanto ao que é Direito posto; 3. O estudo do Direito não é meramente descritivo, mas também reflexivo, no sentido de que pretende apreender sua essência e verdade; 4. Aproxima teoria, filosofia e ciência, superando a neutralidade axiológica dos cortes metodológicos objetivistas; e 5. Não é possível compreender o Direito a partir de uma neutralidade, pois é preciso dar conta de seus valores e fins.

te para uma realidade muito imperfeita, a atenção que Kant dá ao aspecto empírico é insustentável. A extrema dificuldade do criticismo sempre foi a de querer colocar juntas estas duas posições, e de querer se definir por uma terceira, a da perspectiva transcendental, quer dizer, a do exame das condições de possibilidade não empíricas das realidades empíricas. [...]. Há em Kant um pensamento crítico do direito, isto é, uma crítica do direito em nome da liberdade. Nesse caso, há em certa medida uma crítica ‘moral’ do direito, uma vez que primeiramente na forma moral do dever e do imperativo categórico que se exerce a liberdade”^{10,11}

Postas as principais premissas da filosofia teórica kantiana, e suas interfaces quanto ao Direito, torna-se possível, doravante, discutir os principais aspectos da doutrina do Direito de Kant.

2. A TEORIA DO DIREITO KANTIANA COMO METAFÍSICA DOS COSTUMES.

Os costumes para Kant são as regras pelas quais é possível agir livremente; são regras de conduta ou leis que disciplinam a ação do homem como ser livre. A metafísica dos costumes, então, constitui um saber *a priori* (que, portanto, não deriva da experiência) e que permite sejam os costumes conhecidos a partir de um ponto de vista racional, ou seja, a metafísica dos costumes é o conjunto de condições formais dos costumes.

A metafísica dos costumes é algo necessário porque evita uma confusão entre os níveis empírico e transcendental,

¹⁰ Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., p. 154.

¹¹ Nesse sentido, o próprio Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., p. 51, ao discutir se sua doutrina jurídica deveria ser designada “Princípios metafísicos do Direito” ou “Metafísica do Direito”, opta pelo primeiro, pois o Direito tem elementos metafísicos, mas é essencialmente empírico.

não apresentando como dever aquilo que vem simplesmente da experiência, ou não deixando de apresentá-lo porque a maioria não o pratica. A pureza do dever é também sua força. Então, ao mesmo tempo que a metafísica dos costumes orienta os juízos morais, ela promove a disciplina da mente para a observância do dever.

Em realidade, a metafísica dos costumes representa a ética kantiana, que se dedica às leis da liberdade. A ética, então, é o conjunto de condições objetivas de cumprimento das leis, condições estas que, *a priori*, estão no sujeito (e, por isso, sua exata compreensão independe da experiência). Pode-se, então, afirmar que a teoria kantiana do Direito é uma metafísica dos costumes, já que o Direito, ao lado da Moral, constitui a ética kantiana, e como a ética é a metafísica dos costumes, logo, o Direito também o é.¹² Não se pode pensar que as leis da liberdade (costumes, ética) sejam somente as leis morais, pois as leis jurídicas também são leis da liberdade, porque o Direito é o exercício de uma liberdade.

Nesse sentido, escreve Kant sobre a divisão de uma metafísica dos costumes: “Em toda legislação (quer prescreva ações internas ou externas e quer as prescreva *a priori* pela razão somente ou pela escolha de um outro) há dois elementos: em primeiro lugar, uma *lei*, que representa uma ação que precisa ser realizada como *objetivamente* necessária, isto é, que faz da ação um *dever*; em segundo lugar, um motivo, o qual relaciona um fundamento para determinação da lei. Daí o segundo elemento é o seguinte: que a lei torne dever o motivo. Pelo primeiro, a ação é representada como um dever e isto constitui um conhecimento meramente teórico de uma determinação possível de escolha, isto é, de regras práticas. Pelo segundo, a

¹² Assim escreve o próprio Immanuel Kant, A Doutrina do Direito, In *A metafísica dos costumes*, tradução de Edson Bini, Bauru, Edipro, 2003, p. 51, no início de seu prefácio: “A *crítica da razão prática* era para ser seguida por um sistema, nomeadamente a *metafísica dos costumes*, que se divide em princípios metafísicos da *doutrina do direito* e princípios metafísicos da *doutrina da virtude* [...]”.

obrigação de assim agir está relacionada no sujeito com um fundamento para determinar a escolha geralmente. Toda legislação pode, portanto, ser distinguida com respeito ao motivo (mesmo que concorde com outro tipo com respeito à ação que transforma em dever, por exemplo, ações que podem ser externas em todos os casos). Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste o motivo, é *ética*. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é *jurídica*.¹³

Sobre esse aspecto é possível dizer, com Billier e Maryioli, que o pensamento kantiano “não será um idealismo metafísico na sua maneira de pensar o direito, já que o que define o humano é precisamente não ser divino, ou seja, é a sua finitude. Mas ela também não será jamais um empirismo satisfazendo-se com a discrição dos fatos humanos, e tentando transformar por uma misteriosa alquimia estes fatos em normas”.¹⁴

Por fim, Bulté destaca a importância a metafísica dos costumes não só quanto ao estabelecimento dos princípios gerais do Direito, mas também dos princípios gerais da ciência jurídica. É que a jusfilosofia kantiana não é uma explicação sobre o Direito, mas a explicação sobre o conhecimento do Direito.¹⁵

¹³ Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., p. 71.

¹⁴ Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., p. 151.

¹⁵ Julio Fernández Bulté, *Filosofía del derecho*, La Habana, Félix Varela, 1997, pp. 123 e 126. No mesmo sentido, Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., p. 75: “Denomina-se *doutrina do direito (ius)* a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa. Se houve realmente uma tal legislação, é a doutrina do direito positivo, e diz-se daquele nesta versado – o jurista (*iusrisconsultus*) – que é experiente na lei (*iusrisperitus*) quando não somente conhece leis externas, como também as conhece externamente, isto é, na sua aplicação a casos que ocorrem na experiência. Pode-se também dar o nome de jurisprudência (*iusrisprudentia*) a tal conhecimento; porém, na falta de ambas essas condições, ele permanece mera *ciência jurídica (iurisscientia)*. Este último título diz respeito ao conhecimento sistemático da doutrina do direito natural (*ius naturae*), embora alguém versado nesta tenha

3. O JUSNATURALISMO KANTIANO.

Questão que sempre suscitou dúvidas e questionamentos diz respeito a ser Kant um jusnaturalista ou não. E se sim, como se caracteriza seu jusnaturalismo, posto que diferente dos demais até então conhecidos. Dirimindo quaisquer dúvidas, a seguinte lição de Torre: “Suele decirse que Kant es el representante de la Escuela Racional o *Formal* del Derecho, incurriéndose en un error que debe evitarse. En efecto, Kant, en la filosofía general es criticista, [...] y, por lo tanto, formalista, pero en el *terreno de la filosofía del derecho*, no ocurre lo mismo, porque es *iusnaturalista*”.¹⁶

Não se trata de classificá-lo como tal apenas porque reconhece a existência de um Direito pré-estatal (o Direito Privado, anterior e condicionante do Direito Público)^{17,18}; Hobbes o fez e muito se discute se era representante de um positivismo ou um jusnaturalista. O jusnaturalismo kantiano representa a exacerbação da razão como autoridade epistemológica de um Direito natural; Kant utiliza a razão para além das experiências, partindo de seu valor cognoscitivo. Daí resulta sua escola de Direito natural, pois será a partir da razão que há a possibilida-

que suprir os princípios imutáveis a qualquer legislação do direito positivo”.

¹⁶ Abelardo Torre, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 501.

¹⁷ O Direito (Privado) é pré-estatal. O estado de natureza, em Kant, é provisório, porque falta segurança jurídica (= coação aplicada pelo Estado). Há relações jurídicas, há obrigações, mas não há segurança dessas relações, não há garantias de seu cumprimento. Somente com o estado civil (surgimento do Estado de Direito) é que existirá segurança jurídica, pois os direitos deixam de ser provisórios e tornam-se definitivos (Direito Público). Veja, no entanto, que o estado civil não vem para reconhecer ou criar direitos, mas para garantir aqueles pré-existentes à sua constituição.

¹⁸ Julio Fernández Bulté, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 122, escreve que Kant era jusnaturalista “en cuanto sigue la línea básica de todo el iusnaturalismo anterior, pero de forma paralela incorpora al mismo un nuevo sentido próprio de su filosofía immanentista”.

de de extrair as regras do agir moral¹⁹, diferentemente dos demais jusnaturalismos, que partiam do homem ou de Deus para determinar o Direito natural. Segundo Kaufmann, Kant faz algo novo: “No lugar do problema de uma ética material objetiva que ocupou toda a doutrina do direito natural desde então, Kant coloca o problema da moralidade *subjectiva*. A autonomia moral do homem é elevada a princípio do mundo moral. A *pessoa moral é fim em si mesma*, não meio para fins alheios”.²⁰ Para Kaufmann, este jusnaturalismo marca uma ruptura com as concepções anteriores: “este direito racionalista devia ser, em todo o seu conteúdo, um produto da razão – do entendimento –, sem prejuízo da circunstância de a natureza empírica do homem servir como ponto de partida”.²¹

Segundo Bulté, citando Menéndez, “en Kant se ‘sintetiza el derecho natural como un derecho esencial y primario presidido por la razón, pero cuyo único y primordial fundamento es la libertad no concebida como un despliegue inconsciente de anárquicas actividades personales, sino como una estructura perfectamente articulada en que cada uno, gozando de un grado máximo de ella, no lastime con su disfrute la igualmente propia e idénticamente respetable de los demás”.²²

¹⁹ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 221.

²⁰ Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, ob. cit., p. 100.

²¹ Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, ob. cit., p. 95.

²² Julio Fernández Bulté, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 129. Escreve Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, ob. cit., pp. 98-99, que “Ele provou não ser possível deduzir o conteúdo de uma metafísica – de um direito natural – simplesmente a partir de princípios formais apriorísticos, sem recorrer ao empírico, e que, por isso, uma metafísica com conteúdo jamais poderá ter validade universal e ser matematicamente exacta. Deste modo, foi rejeitada a pretebsão de se poder fundar, a partir da ‘natureza’, um direito natural com um conteúdo inequívoco ígual para todos os homens e para todos os tempos. Esta descoberta de Kant é incontornável”. Por outro lado, “Kant estava ainda, de facto, sujeito ao encanto do racionalismo. Prova-o a sua definição do direito natural como ‘o não-legal..., o direito reconhecível *a priori* pela razão de cada homem’, em con-

Entende Kaufmann que “Kant sabia não poder existir uma fundamentação exclusivamente positivista do direito e do Estado: ‘Pode ser concebida uma legislação exterior que contivesse unicamente leis positivas; mas, nesse caso, teria que estar pressuposta uma lei natural, que justificasse a autoridade do legislador (isto é, a competência de vincular outros por via do seu livre arbítrio)’. Mas o que é esta ‘lei natural’, que fundamenta a autoridade do legislador? A pergunta aponta para o mínimo material-ético necessário para legitimação de Estado e direito”.²³ Nesse sentido, comenta Lissert que “Kant exige que el derecho natural sea un sistema *a priori* que surja de la razón, no se aleja de los intentos. Necesariamente frustrados, de la época de la Ilustración, a saber, los intentos de construir junto e por encima de un sistema de derecho positivo, un sistema supuestamente supraempírico, convirtiendo así el contenido condicionado del derecho en objeto de una reglamentación incondicionada. Lo más significativo históricamente en el derecho natural kantiano consiste, en todo caso, en que todo el derecho natural es concebido por Kant como el concepto que abarca los fundamentos de toda legislación positiva”.²⁴

É preciso concordar com Kant, pois não se pode encontrar no próprio Direito a sua legitimidade e fundamentação; deve existir algo superior que permita valorar o Direito e buscar a realização de seu ideal. Infere-se daí uma outra característica do jusnaturalismo kantiano, apontada por Bulté: “su intento de saltar la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo, de la cual parte, al pretender que el primero se convierta en nervio y sangre del segundo. ‘El jurisconsulto – dice Kant – debe tomar los principios inmutables de toda legislación positi-

traste com o ‘direito positivo (legal), que provém da vontade de um legislador’”.

²³ Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, ob. cit., pp. 99-100.

²⁴ Kurt Lissert, *El concepto del derecho en Kant*, tradução de Alejandro Rossi, México – DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1959, p. 22.

va”²⁵.

4. O QUE É O DIREITO EM KANT.

O conceito de Direito, em Kant, é *racional*, pois se fundamenta em uma razão pura e prática, ou seja, não é obtido a partir das experiências humanas. Partirá da idéia de que o Direito deve possibilitar a convivência de pessoas previamente a toda experiência. Nesse sentido, escreve, respondendo à indagação “*O que é Direito?*”:

“Tal como a muito citada indagação ‘o que é a verdade?’ formulada ao lógico, a questão ‘o que é o direito?’ poderia certamente embaraçar o jurista, se este não quiser cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis m algum país em alguma época prescrevem. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis num certo lugar e num certo tempo dizem ou disseram. Mas se o que essas leis prescreviam é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele, a menos que abandone esses princípios empíricos por enquanto e busque as fontes desses juízos exclusivamente na razão, visando a estabelecer a base para qualquer produção possível de leis positivas (ainda que leis positivas possam servir de excelentes diretrizes para isso). Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente sem cérebro”^{26,27}.

Em Kant, o Direito aparece como um delineamento de fronteiras que se impõe pela coerção, constituindo-se num instrumento regulador das ações externas para tornar possível a

²⁵ Julio Fernández Bulté, *Filosofía del derecho*, ob. cit., p. 128.

²⁶ Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., pp. 75-76.

²⁷ Escreve Kurt Lissert, *El concepto del derecho en Kant*, ob. cit., p. 09, que “Para Kant tampoco el fin del derecho es empírico, lo sería si el derecho se propusiera la felicidad y quisiera suministrar los medios para ella. Si el concepto de derecho tuviera esta tarea, no sería posible ninguna legislación universal. Por tanto el fin del derecho no es ningún hecho, sino una tarea de la voluntad”.

coexistência dos homens, permitindo a coexistência das liberdades de todos de acordo com uma lei universal.^{28,29} O Direito, dessa forma, refere-se à liberdade externa para agir, e se preocupa com o exercício das liberdades individuais, punindo aquele que impede o exercício da liberdade do outro. Daí se extrai uma idéia de justiça, que significa *liberdade para agir externamente*, ou seja, o outro, no exercício de sua liberdade, não poderá impedir o exercício da minha liberdade. O próprio Kant assim escreve: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”.³⁰ Esse é o *princípio universal do Direito*.

²⁸ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffó, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 227, escrevem que Kant oferece a seguinte definição ao Direito: “conjunto das condições pelas quais o arbítrio (a liberdade) de cada um pode coexistir com o arbítrio dos demais, segundo uma lei universal de liberdade”.

²⁹ Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., p. 76. Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., p. 152, assim comentam sobre as premissas do filósofo quanto à necessidade de se considerar o Direito a partir da liberdade dos indivíduos: “O direito terá sentido somente entre pessoas livres. Essa reciprocidade tem algo de imediatamente ideal: ela dá as costas para as desigualdades de fato que sempre constituem uma sociedade. É por isso que o direito é um objeto extremamente privilegiado para entrar no pensamento kantiano: ele parece por definição implicar uma reciprocidade ideal, em suma, *do ideal*”.

³⁰ Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., pp. 76-77. Mas, em que consiste essa “liberdade” kantiana. Respondendo a esse questionamento, Francisco Carpintero Benítez, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México – DF, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 308-309, indica que, em sentido amplo, significa uma faculdade para atuar segundo leis do mundo inteligível. É, pois, a faculdade de cada indivíduo para determinar-se a fazer ou não fazer isto ou aquilo (arbítrio). Continuando sua reflexão, escreve, nas pp. 309-310, que “Si el hombre es entendido en función de la libertad, como un ente o sustancia libre que sólo exige al universo el respeto de su libertad, parece obvio que sus derechos solamente pueden ser planteados como una exigencia genérica de respeto a su arbitrio. Por esto, ya Arbicht, en los inicios de la era kantiana, mantenía que: ‘un derecho es un fundamento justificador de la voluntad para un determinado tipo de acciones u omisiones: *Ratio, quae dat facultatem agendi...* Pues los verdaderos derechos de una persona no pueden ser otra cosa que derechos de libertad... en consecuencia, para una persona no existen otros derechos verdaderos que derechos de libertad’. La filosofía crítica redujo todos los bienes protegidos por el derecho al bien único de la libertad, y por

O Direito, em Kant, é necessário porque é uma estrutura *a priori*, ou seja, deriva da razão.³¹ É evidente que as condições de aplicabilidade do Direito requerem a experiência, mas a exata compreensão do Direito e a que ele veio não depende de qualquer experiência. Porém, na verdade, é o princípio universal do Direito que é necessário, ou seja, que deriva puramente da razão. É esse princípio que determinará a legitimidade ou ilegitimidade de uma lei positiva, porque é ele (o princípio) que permite a coexistência das liberdades externas e é a medida do limite dessas liberdades. Se a lei positiva não estiver de acordo com esse princípio, ou seja, não garantir a coexistência da liberdade de todos, não pode ser avaliada como legítima, porque só são racionais, necessárias e legítimas aquelas prescrições que tornam compatível a liberdade de um com a liberdade de todos os outros. O Direito não é, portanto, arbitrário; não qualquer coisa será Direito. Isso demonstra o ocaso de qualquer positivismo legalista que reduza o Direito à mera vontade do legislador exprimida na lei.

Em decorrência de toda aquela necessidade de garantir a liberdade, o Direito apresenta-se como *coerção*, porque estabelece uma coação geral que punirá e visará impedir que alguém interfira na esfera individual de outrem. A sanção é um impedimento ao impedimento do agir livre (impede que o outro impeça minha liberdade). Ao Direito cabe, portanto, ditar as condições puras e abstratas da coexistência; constitui-se num *critério puramente formal da convivência*. A garantia da liberdade do sujeito é aquilo que o próprio Kant designou de “o

ello Hufeland explicaba que quien arrebatata los bienes de un hombre limita la libertad ou personalidad de éste, y por ello este comportamiento es antijurídico”.

³¹ Nesse ínterim, é interessante tratar de como surge o Direito. É que Kant trabalha com a idéia de espontaneidade do agir moral: o homem age moralmente cumprindo um dever pelo dever, livre de inclinações sensíveis. E como, geralmente, o homem não cumpre esse dever pelo dever, agindo de acordo com suas inclinações naturais, surge o Direito como algo necessário. Ou, resumidamente, o Direito é o conjunto de condições de convivência do árbitro de um harmonizado com o arbítrio do outro, segundo uma lei geral da liberdade.

problema do Direito”. Billier e Maryioli assim comentam sobre esta questão: “O problema do direito é então, pela própria declaração de Kant em *A idéia de uma história universal*, o problema ‘mais difícil’ e ‘aquele que será resolvido por último pela espécie humana’: este problema é o de assegurar o máximo de liberdade com um mínimo de restrições”.³²

A justificativa da coercitividade em Kant enfrenta um problema, já que se o Direito é liberdade, como se fundamenta a questão da coação no Direito? Não implicaria a coação em impedir o agir livre do indivíduo? Não haveria, então, um paradoxo, já que o Direito deve garantir a liberdade dos sujeitos? Essas são questões capitais, porque aí se adentra na importância da coerção no sistema jusfilosófico kantiano. A coação, na verdade, não vai contra a liberdade; ela se dirige contra uma ação que impede o exercício de uma liberdade, ação esta que fere a Lei Universal, pela qual as liberdades individuais devem coexistir. Não devemos encarar a liberdade jurídica como sendo ilimitada; ela é limitada, pois só é possível a coexistência de liberdades externas com limites, já que, do contrário, a liberdade, se ilimitada, anularia as demais liberdades. Nesse sentido, escreve Palombella: “A coerção é aquilo de que o Direito dispõe para criar as condições em virtude das quais o arbítrio de um possa coexistir com o do outro segundo uma lei universal de liberdade. A coerção é o Direito, no sentido de que este é coerção necessária e essencial à liberdade. É então inevitável que da coerção se possa esperar apenas a legalidade [...]”.³³ Com a coerção há uma conformidade da ação (e não da intenção) com a lei.

Dessa forma, sem a existência de coação não é possível a existência das liberdades externas; sem o poder de coerção não se concebe um ordenamento jurídico destinado a garantir a

³² Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., p. 154.

³³ Gianluigi Palombella, *Filosofia do direito*, ob. cit., p. 67.

convivência em liberdade. “Ora, tudo que é injusto é um obstáculo ou resistência à liberdade. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um *impedimento de um obstáculo à liberdade*) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio de contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola”.³⁴

A legitimidade da coerção, portanto, depende de considerá-la como *impedimento ao impedimento da liberdade externa*. E assim ela se legitima: *a coerção não vai de encontro a uma liberdade externa* (que esteja de acordo com a Lei Universal dada pela razão), *mas contra uma ação que impede a própria liberdade e que gera injustiça*. Só se fala de coerção ilegítima quando ela se volta contra uma ação legítima, isto é, que está de acordo com a Lei Universal. Todo aquele que impede o outro de realizar ações permitidas juridicamente age injustamente, e a coerção impede essa interferência ilegítima, permitindo uma liberdade legítima da ação, de maneira que o dever no outro implica num direito de coercitividade para este outro.

Observe a liberdade constitui o núcleo central do conceito de Direito em Kant. Para este, “*La libertad es un derecho natural* innato; es más, ‘*todos los derechos naturales se compendian, según Kant, en este derecho de libertad*’. En verdade la libertad es, así, lo que coloca al hombre por sobre el mundo de los fenómenos”.³⁵

Caberá ao Estado, a tutela das liberdades, uma vez que, em Kant, a comunidade jurídica não se pauta no amor ao próximo, na solidariedade: ela se refere ao respeito às liberdades externas. O Estado deverá garantir os direitos dos cidadãos;

³⁴ Immanuel Kant, A Doutrina do Direito, ob. cit., pp. 77-78.

³⁵ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 227.

não cabe ao Estado garantir a felicidade dos indivíduos e promover o bem estar, mas sim tutelar a existência das diferentes esferas individuais de liberdade.

Em Kant se verificam três formas de Direito: o Privado, o Público ou Político e o Cosmopolita. De acordo com Billier e Maryioli, esses Direitos representam, respectivamente, o passado, o presente e o futuro que virá.³⁶ O Direito Privado representa o conjunto de direitos naturais (lembre-se, compendiados no direito de liberdade) universais que se verifica no estado de natureza. Ocorre que, como ensina Kant, a ausência de um juiz competente para proferir uma sentença detentora de força jurídica tornaria tal estado destituído de justiça, pelo qual os indivíduos se tratariam mutuamente somente em termos do grau da força que cada um tem. Daí a necessidade de ingressar numa condição civil que proporcione as condições sobre as quais as leis são aplicadas em consonância com a justiça distributiva. É a formação do Estado: “Um Estado (*civitas*) é a união de uma multidão de seres humanos submetida a leis de direito”. A estas “leis de direito” mencionadas por Kant, que são verdadeiro instrumento de eficácia e segurança dos direitos da condição natural, chama-se Direito Público (ou Direito Político). Este Direito do Estado sobrevêm para assegurar relações jurídicas preexistentes, ou seja, para tornar os direitos efetivos.³⁷ É um dever passar para o estado civil, para que os indivíduos se abstenham de tomar o que é do outro e para que este se abstenha de, igualmente, tomar o que é dos outros. “Do direito privado no estado de natureza procede o postulado do direito público: quando não podes te furtar a viver lado a lado com todos os outros, debes abandonar o estado de natureza e ingressar com eles num estado jurídico, isto é, uma condição de justiça distributiva”.³⁸

³⁶ Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., p. 155.

³⁷ Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., pp. 154-155.

³⁸ Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., p. 151.

As raças comuns, as tribos e as tradições se unem e constituem a associação de sujeitos chamada de “Estado de nação” (*gens*).³⁹ Pois bem. Kant se ocupa de, por conseguinte, estabelecer uma maneira de convivência desses Estados-Nações na face da Terra. Para tanto formula a idéia de um Direito Cosmopolita, universal, capaz de reger as relações entre os diferentes povos. Assim escreve: “pelo conceito geral de direito público somos levados a pensar não só no direito de um Estado, como também num direito das gentes (*ius gentium*). Visto que a superfície da Terra não é ilimitada, mas circunscrita, os conceitos de direito do Estado de direitos das gentes conduzem inevitavelmente à idéia do direito de todas as gentes (*ius gentium*) ou direito cosmopolita (*ius cosmopolitanum*)”.⁴⁰

Veja que a partir da constituição desses três Direitos (do Privado ao Cosmopolita, passando pelo Público ou Político) tem-se a idéia de um movimento cíclico, em que se parte de um Direito universal (o Privado, no estado de natureza, que se resume no direito natural de liberdade de *todos* os indivíduos); constitui-se um Direito nacional (Direito Público), que, apesar

³⁹ Immanuel Kant, A Doutrina do Direito, ob. cit., p. 153.

⁴⁰ Immanuel Kant, A Doutrina do Direito, ob. cit., pp. 153-154. Mais adiante, na p. 194, descreve esse Direito Cosmopolita: “Esta idéia de uma comunidade universal *pacífica*, ainda que não amigável, de todas as nações da Terra que possam entreter relações que as afetam mutuamente, não é um princípio filantrópico (ético), mas um princípio *jurídico*. A natureza as circunscreveu a todas conjuntamente dentro de certos limites (pelo formato esférico do lugar onde vivem, o *globus terraqueus*). E uma vez que a posse da terra, sobre a qual pode viver um habitante da Terra, só é pensável como posse de uma parte de um determinado todo, e assim na qualidade de posse daquilo a que cada um deles originalmente tem um direito, segue-se que todas as nações *originalmente* se acham numa comunidade do solo, embora não numa comunidade *jurídica* de posse (*communio*) e, assim, de uso dele ou de propriedade nele; ao contrário, acham-se numa comunidade de possível *interação* física (*commercium*), isto é, numa relação universal de cada uma com todas as demais de *se oferecer para dedicar-se ao comércio* com qualquer outra, e cada uma tem o direito de fazer esta tentativa, sem que a outra fique autorizada a comportar-se em relação a ela como um inimigo por ter ela feito essa tentativa. Esse direito, uma vez que tem a ver com a possível união de todas as nações com vistas a certas leis universais para o possível comércio entre elas, pode ser chamado de *direito cosmopolita* (*ius cosmopolitanum*)”.

de efetivar os direitos já existentes (e que são universais), depende da posse sobre uma parte da terra; e chega-se a um Direito Internacional (Cosmopolita, de sentido universal). Nesse sentido, escrevem Billier e Maryioli sobre esse ciclo histórico (passado, presente e futuro): “Há um duplo movimento: parte-se do universal, aquele de liberdade, condição pura de possibilidade, e vai-se em direção ao universal, o da realização da liberdade em um direito cosmopolita”.⁴¹

5. AS DISTINÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL.

Preliminarmente, importante estabelecer que, para Kant, há uma distinção, mas não uma separação entre os âmbitos moral e jurídico, isto porque ambos pertencem ao campo da ética e significam leis da liberdade. Só que a legalidade significa a conformidade externa à lei, sem consideração do impulso que move a vontade, enquanto que a moralidade representa uma conformidade interna do sujeito, que cumprirá um dever pelo dever, ou seja, não usará sua ação como um meio para alcançar um fim, uma vez que sua ação já é um fim em si mesmo. Veja, dessa maneira, que a ação moral requer a boa vontade, pois é cumprida sem intenções, sem o objetivo de alcançar algum fim. A ação legal é diferente, pois ela não requer boa vontade no cumprimento da legalidade; ela aceita uma simples conformidade (externa) com a lei, e há uma finalidade: evitar a aplicação de uma sanção (o que ocasiona a convivência harmoniosa). Nesse sentido, é possível distinguir Direito e Moral a partir da coercitividade.⁴² Direito e possibili-

⁴¹ Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., p. 155.

⁴² Assim, Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., pp. 154-155: “existe entre os dois domínios uma certa oposição quanto à forma de legislação. O dever moral é uma obrigação imperativa mas interna; a legislação jurídica é um constrangimento que age exteriormente, *in foto externo*, já que, como enuncia o § 4 da *Doutrina do direito*, ‘o direito está ligado à faculdade de coação’. O direito realiza a liberdade mediante sua restrição. A lei natural em que se baseia a lei

dade de constrição são uma coisa só. Com relação à Moral, quando a lei não é cumprida com boa vontade (requisito do agir moral) o que se sente é remorso.

A partir disso, Billier e Maryioli falam de uma autonomia cruzada da moralidade e do Direito: “uma ação só é moral enquanto dever perfeito, realizado por um dever interior que obriga absolutamente sem nunca coagir, nisto a moral é oposta ao direito. A ação legal é um dever imperfeito, uma vez que a legalidade não pode fazer mais do que coagir”.⁴³ Assim escreve o próprio Kant:

“Toda legislação pode, portanto, ser distinguida com respeito ao motivo (mesmo que concorde com outro tipo com respeito à ação que transforma em dever, por exemplo, ações que podem ser externas em todos os casos). Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é *ética*. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é *jurídica*. Está claro que no último caso esse motivo, que é algo distinto da idéia do dever, tem que ser extraído de fundamentos determinantes *patológicos* da escolha, inclinações e aversões e, entre estas, principalmente destas últimas, pois se trata de uma legislação que constrange, não de um engodo que seduz. A simples conformidade de uma ação com a lei, independentemente do motivo para ela, denomina-se sua *legalidade (licitude)*; mas aquela conformidade na qual a idéia de dever que emerge da lei é também o motivo da ação, é chamada de sua *moralidade*”.^{44,45}

positiva nada mais é que a liberdade, condição de possibilidade da moral e do direito, e a finalidade do direito, por sua vez, nada mais é que esta liberdade: em suma, a liberdade torna possível a coação que a realiza”.

⁴³ Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryioli, *História da filosofia do direito*, ob. cit., p. 157.

⁴⁴ Immanuel Kant, *A Doutrina do Direito*, ob. cit., pp. 71-72.

⁴⁵ Analisando a distinção feita por Kant, Giorgio Del Vecchio, *História da filosofia do direito*, ob. cit., pp. 119-120, faz a seguinte reflexão: “O outro ramo da ética é o direito. Este, segundo Kant, contempla apenas o aspecto físico do agir, ou seja, considera somente se a ação realizou-se, ou não, prescindindo dos motivos que a tenham determinado. Tal concepção mecânica do direito [...] é, porém, insustentável, pois que o direito não prescinde inteiramente dos motivos. Pode-se observar que se Kant tivesse sido jurista teria compreendido de quanta importância é o respeito ao

Segundo Palombela, “A novidade da distinção kantiana está no fato de que uma ação moral depende de dois pressupostos, um objetivo, que é a conformidade da ação externa à lei, e outro eminentemente subjetivo, que é a conformidade da máxima da ação, do seu impulso, ao imperativo categórico. O motivo pelo qual se obedece à legislação distingue, portanto, ação moral e ação jurídica”. E continua: “O mundo jurídico kantiano, não por acaso, não é o mundo moral, não coincide com ele, assim como não coincidem o sujeito jurídico e o sujeito moral”.⁴⁶

6. A PESSOA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS.

Kaufmann destaca a importância de Kant para a teoria dos direitos humanos. Escreve que “com o princípio da autonomia moral da pessoa, Kant deu um contributo muito significativo para a fundamentação filosófica dos direitos humanos (apesar de não existir um direito natural objectivo, existem, sim, direitos subjectivos ‘naturais’, inatos aos homens por igual). O conteúdo mínimo de Estado de direito indispensável e indisponível, que encontramos, hoje, nos catálogos de direitos fundamentais das nossas constituições, é herança kantiana. Também o Art. 19, al. 2^a, da Lei Fundamental, segundo o qual um direito fundamental não podem em caso algum, ser ofendido no seu ‘conteúdo essencial’, pode fazer lembrar o ideário kantiano: uma restrição legal será lícita, enquanto o direito fundamental disser respeito ao homem ‘empírico’, não já se atingir a ‘humanidade’ na sua pessoa”.⁴⁷

animus em todo ramo do direito; e certamente se teria resguardado de fundar a distinção entre moral e direito sobre aquelas premissas. [...]. Nenhuma valorização jurídica de uma ação seria possível sem volver às intenções”.

⁴⁶ Gianluigi Palombella, *Filosofia do direito*, ob. cit., pp. 63 e 68.

⁴⁷ Arthur Kaufmann, A problemática da filosofia do direito ao longo da história, ob. cit., pp. 100-101. O art. 19, 2^a alínea, da Lei Fundamental Alemã de 1949, a que

Segundo Aftalión, Vilanova e Raffo, quando Kant determina os imperativos categóricos (aqueles que valem sem condicionamentos) estabelece, a partir deles, os princípios fundamentais para o Direito⁴⁸:

- *A humanidade considerada como um fim em si;*
- *A autonomia da vontade.*

A partir destes princípios, o imperativo que se formula é: “Aja de tal modo que use a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo, e nunca apenas como meio”.⁴⁹

Ainda segundo os argentinos, da combinação daqueles princípios decorre o seguinte imperativo: “Procede siempre de tal modo que puedas considerarte legislador al tiempo que súbdito de la república de las voluntades libres y racionales”.⁵⁰

7. CONCLUSÃO: “REPENSAR KANT”.

Kant oferece importantes contribuições para a compreensão do atual paradigma do Direito, embasado em uma filosofia dos valores e na preocupação com a correção do Direito a partir de um critério de justiça centrado no ser humano (personalismo ético, humanismo, “biocentrismo”, jushumanização). Veja, entretanto, que as contribuições kantianas desenvolvidas ao longo deste curto ensaio devem ser “repensadas” a partir da ruptura do formalismo vigente na primeira metade do século

Kaufmann se refere, tem a seguinte redação: “Artigo 19 (Restrição aos direitos fundamentais; respeito à sua essência e garantia do devido processo legal). [...] 2. Em hipótese nenhuma um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência. [...]”.

⁴⁸ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 225.

⁴⁹ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., pp. 225-226. Destacam os autores que “Por vez primera, por medio de la razón se niega la posibilidad de la esclavitud” (p. 226).

⁵⁰ Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 226.

XX (e até hoje, em muitas idéias sobre o Direito), no sentido de construir um paradigma ético-axiológico universal do Direito, capaz de dirimir a arbitrariedade na imposição do Direito positivo. Sobre a possibilidade/necessidade de revisitação do pensamento kantiano, assim escreve Goyard-Fabre: “A obra de Kant contém de fato não apenas uma filosofia prática que supõe, como tantas vezes se observou, um modelo teleológico da ação, mas também os elementos de um *normativismo crítico* que fornece ao direito a um só tempo sua arquitetônica e seu horizonte de sentido e valor”.⁵¹

Algumas dessas contribuições da filosofia kantiana – se repensada a partir de uma racionalidade axiológica – são as seguintes:

- *Um juízo reflexivo sobre a legitimidade do Direito e da situação das democracias contemporâneas;*
- *A reflexão quanto à condição e destino do homem contemporâneo*⁵²;
- *Uma reflexão sobre a ética que permita a compreensão, renovação e aperfeiçoamento da ordem jurídica;*
- *A universalização de um entendimento mútuo, pautado numa racionalidade.*

A solução dos problemas metodológicos e conceituais do Direito, inferidos da questão principal de como dirimir a arbitrariedade no estabelecimento do Direito positivo, implica na escolha por uma via filosófica crítica e reflexiva. Nesse sentido, conclui Goyard-Fabre que à elaboração do Direito se impõe uma atitude auto-reflexiva, “cujo exercício permite ao homem tender para a liberdade, ou seja, para a realização de sua humanidade”; e continua: “mais do que nunca, é necessário ‘devolver à razão prática sua função crítica’ e ter coragem de ‘pensar o que sabemos’. É o preço que se tem de pagar para que, em nosso mundo dilacerado, o homem-Prometeu não seja

⁵¹ Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*, ob. cit., p. 298.

⁵² Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*, ob. cit., p. 364.

devorado”.⁵³

É essa a contribuição que a teoria jurídica de nossos tempos pode oferecer: cooperar para o bem maior da humanidade a partir da preservação do ser humano em sua dignidade.



8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; e RAFFO, Julio. *Introducción ao derecho*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- BENÍTEZ, Francisco Carpintero. *Historia del derecho natural. Un ensayo*. México – DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- BILLIER, Jean-Cassien e MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.
- BULTÉ, Julio Fernández. *Filosofía del derecho*. La Habana: Félix Varela, 1997.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2004.

⁵³ Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*, ob. cit., p. 369. Entendem Enrique R. Aftalión, José Vilanova e Julio Raffo, *Introducción ao derecho*, ob. cit., p. 228, que o imperativo kantiano é um princípio meramente formal: diz como e com que intenção se deve agir, porém não diz o que se deve fazer. Aí está mais uma necessidade de repensar Kant: sua busca por uma ética universal é imprescindível para a construção de um referencial jurídico universal. Para tanto, faz-se necessário abandonar o mero formalismo e adentrar ao campo da reflexão como maneira de descobrir os valores que possam referenciar o Direito que se quer construir e especialmente preservar e desenvolver a espécie humana.

- GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- KANT, Immanuel. A Doutrina do Direito. In: *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A. e HASSEMER, W. (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria geral do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, pp. 57-207.
- LISSERT, Kurt. *El concepto del derecho en Kant*. Tradução de Alejandro Rossi. México – DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.
- LUCHI, José Pedro. *As três críticas de Kant, emblema da modernidade*. Texto.
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.