

A FUNDAMENTAÇÃO MORAL DO DIREITO EM KANT

Fábio Caires Correia¹
Italo Schelive Correia²
João Carneiro Correia³

RESUMO: O presente trabalho busca evidenciar a concepção moral do Direito na doutrina do Direito de Kant, distinguindo as ideias que conceituam a diferença entre leis jurídicas e leis éticas, a partir das leis morais. A ideia é desenvolver a antinomia: (i) o reconhecimento dos direitos de equidade e necessidade e (ii) o não reconhecimento desses direitos. *Last but not least*, o intuito do presente trabalho é mostrar a efetivação e validade do direito, desde o pensamento de Immanuel Kant.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Moral. Kant. Validade do Direito.

ABSTRACT: The present work seeks to highlight the moral conception of Law in the doctrine of Kant's Law, distinguishing the ideas that conceptualize the difference between legal laws and ethical laws, based on moral laws. The idea is to develop the antinomy: (i) the recognition of the rights to equity and necessity and (ii) the non-recognition of these rights. Last but not least, the purpose of this paper is to show the effectiveness and validity of the law, from the thought of Immanuel Kant..

KEYWORDS: Law. Morals. Kant. Validity of Law.

1 Introdução

Não há necessidade de grandiosa perspicácia para compreender o sólido e relevante lugar que detém o pensamento filosófico do alemão Immanuel Kant (1724–1804) que se destacou como pensador do século em que viveu. O período compreendido entre o fim do século XVII até o fim do século XVIII é conhecido como “Século das Luzes” que elevou a ciência para um patamar que se tornaria insubstituível na construção do conhecimento, nascendo o movimento nominado Iluminismo.

O Iluminismo, do qual Kant é um dos filósofos mais importantes, buscou explicar os questionamentos por meio da ciência e da razão, pois as crenças não mais eram vistas como modo de desvendar os enigmas do mundo. O fim da “era das trevas” daria lugar a racionalidade crítica e ao questionamento filosófico que trariam luz a humanidade deixando de lado a “obscuridade” vivida até então.

O pensamento filosófico kantiano contribuiu no sentido de determinar a crítica como

¹ Doutorando em Filosofia pela PUC-RS e professor substituto na UFT.

² Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins, *Campus* de Dianópolis. Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Tocantins, *Campus* de Porto Nacional.

³ Graduado em Filosofia. Artigo recebido em 20/01/2020 e aceito em 06/03/2020.

fonte e o fundamento do conhecimento. Kant revela o espírito crítico do *esclarecimento* (*Aufklärung*) que impõe que toda atividade humana deve se justificar diante o tribunal da razão. Kant afirma que esse espírito deve ser aplicado em todas as áreas da vida: nas ciências, na crítica estética, na moralidade, na política e acima de tudo à religião. Ao mesmo tempo, prospectivamente, Kant mudou o genuíno significado de “metafísica” ou “filosofia primeira” para um estudo de segunda ordem que legitimou a própria investigação humana como forma de acesso a qualquer objeto que se estuda. O filósofo demonstrou o modo como as teorias e investigações científicas se tornam imprescindíveis e eficazes na produção do conhecimento.

Suas obras influenciaram sobremaneira o pensamento moderno: tanto na Filosofia, no Direito e na Política. Kant é reconhecido por apresentar o racionalismo crítico ou criticismo e o prestígio de seu trabalho é vasto e inegável. Sua filosofia abarca, dentre outras, três grandes obras: *Crítica da Razão Pura*, *Crítica da Razão Prática* e *Crítica da faculdade do juízo*, que foram consideradas um divisor de águas a partir do que se propõem.

A filosofia de Kant há mais de duzentos anos é afamada por seu rigor conceitual e ainda desperta interesse entre os estudiosos da área. Apesar de o Direito já ter sido objeto de estudo de outros pensadores como Platão e Aristóteles, por exemplo, só em Kant há o fomento de maiores discussões a respeito porque a partir dele fundamentam-se boa parte das correntes contemporâneas que estruturam a lógica jurídica atual, leia-se, jusnaturalismo, os direitos humanos.

Dentre uma gama de debates que Kant apresenta, uma que se destaca é a Moral e o Direito, escopo do presente trabalho. A primeira seção deste estudo se ocupa em delimitar os conceitos centrais do pensamento kantiano sobre o direito e a ética. Para tanto, far-se-á necessário, de pronto, definir algumas chaves conceituais, sem as quais tal empreitada senão impossível, resulta frágil. Quais sejam: imperativo categórico, a lei moral, a liberdade como único direito inato. A necessidade de apontar o papel desses conceitos – no que diz respeito ao nosso problema – é fundamental, porque i) define o que Kant entende por *direito* e ii) delimita a distinção entre o que é *direito* e o que é *moral* em sua filosofia. Nos capítulos seguintes será questionada a ligação entre direito e justiça e a conexão entre a moral e o direito e como esse pensamento é dirimido na atualidade.

2 Ética kantiana

Os pensadores antes de Kant, baseavam-se no estudo ontológico, ou seja, tinham o “ser” como objeto de estudo. Kant, entretanto, traz a ideia da filosofia prática, isto é, do que

realmente pode a razão conhecer. N'outros termos, funda uma rigorosa teoria do conhecimento. Kant defende que o homem tem uma capacidade intelectual de tomar decisões. Essa capacidade não provém apenas da pura experiência, mas deriva da pura razão. Isso resulta dizer, que para Kant, as condições de possibilidades do conhecimento não são derivadas na natureza, mas desde a *unidade da apercepção originária*, i.e., desde a estrutura do sujeito transcendental. Para o filósofo alemão, há no sujeito condições, ou mesmo, faculdades *a priori* que tornam todas as experiências dos objetos possíveis. Desse modo, ele se dedica a investigar a razão e seus limites, afirmando haver duas fontes de conhecimento do sujeito: a sensibilidade, que relaciona à intuição e o entendimento, mediante o qual os objetos são pensados através de conceitos.

A intuição é a primeira "Doutrina Transcendental dos Elementos", que é definida pela sensibilidade e pelo modo passivo pelo qual somos afetados pelos objetos, é a intuição que trata do modo de como nos referimos aos objetos. A diversidade de sensações dos objetos do mundo é denominada de matéria do fenômeno que adentra ao conteúdo da experiência. Essas impressões para adquirirem algum valor devem entrar no campo do cognoscível e precisam ser colocadas primeiramente como formas da intuição, que são o espaço e o tempo.

A "Estética Transcendental" trata acerca da "Exposição Metafísica", que fundamenta que a natureza do espaço e do tempo que se divide em dois passos gerais: o primeiro evidencia as representações de espaço e tempo como não sendo empíricas e a tese do caráter intuitivo que defende que essas não são conceitos, mas intuições puras. A partir dessas ideias passa-se preocupar em delimitar: o que são o espaço e o tempo? A teoria crítica defenderá que espaço e tempo pertencem unicamente à forma da intuição, ou seja, constituem a parte subjetiva do espírito. O espaço e tempo são pressuposições das relações espaciais e temporais das quais emergem os objetos e as sensações. O espaço é o requisito necessário para o conhecimento de que os fenômenos externos ocorrem em simultaneidade com todos os fenômenos.

O passo seguinte da filosofia transcendental determinou que o entendimento seria considerado um modo discursivo e para isso relacionaria as seguintes categorias em quatro grupos: da quantidade, da qualidade, da relação e da modalidade. Essa separação era necessária, como afirma Kant: "A aplicação de tais categorias permitia dar significado às percepções. Havia ainda a possibilidade de obter conceitos derivados. Ligadas aos modos da sensibilidade pura ou entre si, as categorias fornecem uma grande porção de conceitos a

priori derivados". (KANT, 1987, p. 108).

O entendimento pode ser visto como uma faculdade de emitir juízos como reitera Kant: "o entendimento em geral pode ser representado como uma faculdade de julgar" (*ibid*, p. 94) e a aplicação das categorias a essas percepções requer um nível de análise intermediário: sendo as primeiras abstratas, intelectuais e as segundas sensíveis: o esquematismo do entendimento puro.

O esquematismo do entendimento trata sobre:

	1.	
	<i>Da quantidade:</i>	
	Unidade	
	Pluralidade	
	Totalidade	
2.		3.
<i>Da Qualidade:</i>		<i>Da Relação:</i>
Realidade		Inerência e subsistência
Negação		(<i>substantia et accidens</i>)
Limitação		Causalidade e dependência
		(causa e efeito)
		<i>Comunidade</i>
		(ação recíproca entre o agente e o paciente)
4.		
<i>Da Modalidade:</i>		
Possibilidade — Impossibilidade		
Existência — Não-existência		
Necessidade — Contingência		

(KANT, 2018, p. 110-111).

De acordo com Gardner (1995, p. 72):

Criando este aparato explicativo, Kant procurava determinar as circunstâncias nas quais as categorias podem encontrar emprego concreto. Um esquema serve como uma representação mediadora que é intelectual em um sentido, e sensível em outro. Assim, um esquema é diretamente ativado em termos da experiência sensorial, e no entanto pode-se pensar plausivelmente que ele fornece uma interpretação dessa experiência. [...] Os esquemas são em parte regras e neste sentido estão ligados à compreensão pura; mas eles também são em parte imagens, e assim estão ligados à percepção empírica. O esquema de cada categoria determina a condição pela qual ela é aplicável aos objetos da experiência em geral.

Kant defende que a “capacidade de julgar é a faculdade de subsumir sob regras, isto é, distinguir se algo está sob uma regra dada (*casus datae legis*) ou não” (*ibid*, 1987, p. 172) que é regida pelo entendimento puro. O pensador esclarece que as formas somente tem validade quando estão pautadas na experiência, e são essas conduzem ao conhecimento pois é a essência da cognição. Ele trata sobre duas formas de conhecimento: o juízo analítico e o

juízo sintético e diferencia um do outro da seguinte maneira:

No primeiro caso chamo ao juízo analítico, no segundo, sintético. Os juízos analíticos (afirmativos) são, pois, aqueles em que o enlace do sujeito com o predicado se concebe por identidade; aqueles, ao contrário, cujo enlace é sem identidade, devem chamar-se juízos sintéticos. Poder-se-ia também denominar os primeiros de juízos explicativos, e aos segundos, de juízos extensivos, pelo motivo de que aqueles nada aditam ao sujeito pelo atributo, apenas decompondo o sujeito em conceitos parciais compreendidos e concebidos (ainda que tacitamente) no mesmo, enquanto que, pelo contrário, os últimos acrescentam ao conceito do sujeito um predicado que não era de modo algum pensado naquele e que não se obteria por nenhuma decomposição. (*ibid*, p. 14)

Para o autor, os juízos analíticos não produzem conhecimento, pois versam apenas de conceitos que já se encontram definidos. Os juízos sintéticos, por sua vez, estão repletos de incerteza que derivam da singularidade que essa espécie de juízos gera, o que faz com que os resultados nele suportados em alguns dos casos, não abrangendo todos.

3 A formulação do imperativo categórico

Na *Crítica da Razão Pura*, Kant verifica que o dever, a moral, é uma ideia da razão humana, resultante da ideia pura de liberdade que pode ser conhecida, aplicada e válida para todo ser racional. Assim sendo, a lei moral deve ser provida de universalidade e encontra definida na razão pura, independentemente da experiência. Para isso, deverá desenvolver o conceito de imperativo categórico.

Segundo Kant em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o homem não pode contestar a importância do dever, denominado por ele de imperativo categórico. O imperativo categórico é a ação que independe de qualquer vontade. Assim, o filósofo fundamenta que o dever não carrega consigo atributos empíricos, pois está atrelado à ideia da racionalidade universal humana. Faz-se necessário trazer as três formulações do imperativo, quais sejam:

1ª Imperativo Universal: “devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal” (KANT, 2005, p. 33).

2ª Fórmula da lei da natureza: “age como se a máxima de tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (*Ibid.*, p. 59).

3ª Fórmula: Imperativo categórico: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto, na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (*Ibid.*, p. 69).

Atada a ideia do dever estão também as ideias de liberdade e vontade, que para ele são totalmente autônomas e desfaz qualquer tipo de espécie de submissão ou dependência. A soberana liberdade da vontade para Kant se submete ao dever, ao imperativo categórico. Assim, o dever e a lei moral que não são natos da natureza humana, mas se estabelecem a partir de uma lei, fundada na razão humana.

Nesse sentido, Kant afirma que a razão que é faculdade das ideias, é o que preserva os princípios que ligam a ideia de dever e da autonomia do sujeito. Para ele sem liberdade não há nenhum ato moral. Ao mesmo tempo, o homem precisa ser obrigado pelo dever para ser livre. O imperativo categórico em Kant é, a princípio, uma escolha racional voluntária, com objetivo na finalidade e não causalidade. Kant, esclarece que “o dever” é o fundamento essencial de toda a moralidade, pois, uma ação somente é assertiva quando é realizada tendo como base o sentimento de dever.

É por isso que, a definição de “dever” não pode ser associada à experiência, que é empírica. O “dever” tem sua origem na própria razão do sujeito que a ela se submete, sendo uma decisão moral fixada pela razão e não pelas inclinações humanas. O ser humano precisa do dever para se tornar um ser moral, pois sem a compreensão do senso do dever, as motivações estarão voltadas aos interesses próprios. A liberdade se torna apenas aparente quando se age por inclinações naturais puramente individuais, Por isso, o imperativo categórico deve ser o norte para todos a fim de não se agir por um “*arbítreo animal*”, como aprofunda Kant:

Na medida em que a razão possa determinar a faculdade de apetição em geral, o arbítrio, e também o simples desejo, podem estar contidos sob a vontade. O arbítrio que pode ser determinado pela razão pura se chama livre-arbítrio. O que só é determinável pela inclinação (*impulso sensível, stimulus*) seria arbítrio animal (*arbitrium brutum*) (KANT, 2013, p. 21).

A partir do exposto acima, podemos extrair o seguinte corolário: o objeto pode afetar o sujeito da ação, mas não permite que esta ação possa ser vista como moralmente justificável. Em outras palavras, não podemos requerer a validade de um ato sem que antes ele atenda à forma e ao procedimento de validação universal do ato: o imperativo categórico. O imperativo torna-se, portanto, nos dizeres de Guyer, o critério supremo de ajuizamento da moralidade. Assim sendo:

Parece que unicamente a razão pura é necessária para o conhecimento da lei segundo a qual devemos governar nossa liberdade, e para o conhecimento da liberdade, segundo a qual governamo-nos a nós mesmos por meio dessa lei, e que a *experiência ou o sentimento* jamais poderiam nos dar esse conhecimento (GUYER, 2005, p. 75).

Antes de qualquer coisa, o imperativo torna-se, se atentarmos bem aos pressupostos kantianos, um procedimento metodológico. Agir movido pelos sentimentos é puro emotivismo. Já o agir pela razão pura é oposto ao agir por inclinação aos seus próprios instintos ou desejos. Kant afirma que: “O arbítrio humano, pelo contrário, é um arbítrio tal que é certamente afetado, mas não determinado pelos impulsos, e não é, pois, puro por si mesmo (sem uma prática adquirida da razão), ainda que possa ser determinado às ações por uma vontade pura” (KANT, 2013, p. 22).

Assim, o imperativo categórico é a filosofia que trata sobre os deveres e que é a base para toda a prática moral. A capacidade que o homem tem de agir racionalmente constitui em uma lei que se liga à racionalidade universal humana, formulado por Kant como Princípio da universalidade, ou seja, o modo conduzir as decisões pela razão, e não pelo gosto pessoal torna essa ação uma moral válida para o indivíduo e concomitantemente válida a todos, como princípio de uma lei universal.

A ética kantiana sustenta que o compromisso racional é o próprio preceito ético fundamental, o imperativo categórico. O genuíno caráter moral impõe que a prática do bem tem de estar no campo da razão, do dever. Por isso, a lei é o único meio que realmente gera liberdade para o sujeito e quem sem ela, a liberdade é sufocada pelo arbítrio de terceiros. A liberdade é dividida por Kant em duas ideias:

A liberdade do arbítrio é aquela independência de sua determinação pelos impulsos sensíveis: este é o seu conceito negativo. O positivo é: capacidade da razão pura de ser prática por si mesma. Isso não é possível de outro modo, porém, que não o da subordinação da máxima de cada ação à condição de aptidão da primeira para a lei universal. Pois, como razão pura aplicada ao arbítrio sem ter em conta este seu objeto, e como faculdade dos princípios (e aqui dos princípios práticos, portanto como faculdade legisladora), ela só pode, já que a matéria da lei lhe escapa, transformar a forma da aptidão da máxima do arbítrio em lei universal, ou mesmo em lei suprema e fundamento de determinação do arbítrio, e prescrever essa lei simplesmente como imperativo de proibição ou de comando, dado que as máximas do homem a partir de causas subjetivas não coincidem por si mesmas com aquelas objetivas. (*ibid*, p. 22)

Essas leis de liberdade estão associadas à ideia de legalidade que na doutrina kantiana está profundamente ligada a ideia de arbítrio. Os princípios que submetem a ação humana à razão, ao dever, são chamadas de leis morais. A moral se divide em dois princípios: um que constitui a liberdade como autonomia e outro que concebe a liberdade como um meio de controle da liberdade externa. De acordo com Joãosinho Beckenkamp, “os interpretes de Kant chegaram a um consenso pelo menos em relação ao que seria sua posição definitiva em

termos de fundamentação moral” (BECKENCKAMP, 2006, p. 33). Tal posição, exposta na *Kritik der praktischen Vernunft* (*Crítica da razão prática*), pode ser resumidamente anunciada em três teses, a saber:

1. o fundamento último de toda filosofia moral é a consciência da lei moral como um fato da razão; 2. não é possível nenhuma dedução da lei moral a partir de outra instância qualquer; 3. a partir da lei moral é possível estabelecer a efetividade da liberdade” (*ibid.*, p. 33).

A partir disso, verifica-se que a consciência da lei moral (*forma*) é um fato da razão pura, portanto, não pode se estabelecer a partir do contexto, ou melhor, da *matéria*. A liberdade é, neste sentido, a *ratio essendi* da lei moral, i.e., autonomia para pensar normas e, conseqüentemente, a lei moral é a *ratio cognoscendi* da liberdade – capacidade de julgar a si-mesmo. Assim como defende Kant:

Essas leis da liberdade, à diferença das leis da natureza, chamam-se morais. Na medida em que se refiram apenas às ações meramente exteriores e à conformidade destas à lei, elas se chamam jurídicas; mas, na medida em que exijam também que elas próprias devam ser os fundamentos de determinação das ações, então são éticas. Diz-se, portanto: a concordância com as primeiras é a legalidade, com as segundas a moralidade da ação. (*ibid.*, p. 22)

N’outros termos, enquanto tomamos o imperativo como procedimento formal, portanto, a forma da lei, toma-se as leis jurídicas, como a matéria da lei. Para Kant a ideia de “lei” também é debatida em outras áreas da ciência, como na “Metafísica da Natureza” como fez Newton na lei da “Ação e Reação”. Entretanto, a palavra “lei” em Kant é um sistema de conhecimentos denominado metafísica de uma filosofia prática, que tem por objeto, não a natureza, mas a liberdade do arbítrio que irá determinar uma metafísica dos costumes.

Entende-se por Metafísica dos Costumes, o estabelecimento de condições que possibilitam a existência de uma Lei Moral Universal, lei essa que conduz a ação do homem emancipado e que a sua autonomia está edificada a partir da razão pura prática que determina, a priori, a sua vontade. A autonomia da vontade se refere à lei que se entende como o dever de seguir, tal lei é a lei moral que se apresenta como um imperativo.

4 O direito e a moral em Kant

O direito e a moral são discutidos desde sempre na filosofia. A separação dos conceitos “Direito e Moral” surgiu desde os pré-socráticos. Kant, no entanto, divide esses conceitos em duas partes de um mesmo todo. No sistema kantiano elas se destacam: as leis

morais e as leis jurídicas. Como já visto, conforme Kant, o agir moral é cumprimento do dever pelo dever. Já o agir jurídico tem outros fundamentos: o sujeito quando age em conformidade com uma lei jurídica, age segundo o dever. Segue a uma lei externa para evitar uma sanção. Todavia, se obedece a uma lei moral, sua ação é por dever, ou seja, sua obediência não é movida por uma inclinação natural ou interesse, mas pela razão que é o instrumento que determina a vontade.

Terra reforça a diferença das ideias kantianas sobre leis morais e leis jurídicas, que também podem ser chamada de Direito:

Na ética o móbil é o próprio dever: o princípio que leva a uma certa ação é a própria lei. A ação é realizada não apenas conforme um princípio objetivo de determinação válido universalmente, mas também pelo dever, com um sentimento de respeito pela própria lei moral (KANT, 2004, p.14).

Ainda segundo Terra, as leis jurídicas, no entanto, admitem outros elementos:

A lei jurídica, entretanto, admite um outro móbil que não a idéia do dever, no caso, móveis que determinam o arbítrio de maneira patológica (e não prática ou espontânea), ou seja, por elementos sensíveis, que causam aversão, pois a lei deve obrigar de alguma maneira eficaz. Portanto, no plano jurídico há legalidade, a correspondência da ação com a lei, mesmo que o móbil seja patológico; e no plano ético há moralidade, em que essa correspondência não é suficiente, sendo exigido ainda que o móbil da ação seja o respeito pela própria lei (*ibid*, p. 15).

Pode-se, então, delimitar que lei moral e lei jurídica (Direito) se diferem. O Direito não se limita às regras puramente morais, como afirma Kant em a *Metafísica dos Costumes*:

A toda legislação (prescreva ela ações interiores ou exteriores e estas ou a priori, através da mera razão, ou por meio do arbítrio de um outro) pertencem dois elementos: primeiro, uma lei que representa objetivamente como necessária a ação que deve ocorrer, ou seja, que faz da ação um dever; segundo, um móbil que conecta subjetivamente o fundamento de determinação do arbítrio para esta ação à representação da lei. Este é, portanto, o segundo elemento: a lei faz do dever um móbil. Por meio do primeiro, a ação é representada como dever, o qual é um mero conhecimento teórico da possível determinação do arbítrio, quer dizer, da regra prática; por meio do segundo, a obrigação de agir deste modo é ligada, no sujeito, a um fundamento de determinação do arbítrio em geral (KANT, 2013, p. 25).

As *leis jurídicas* são, portanto, aquelas que culminam nas ações externas do indivíduo e na validade de tais ações. A legalidade é, por conseguinte a conformidade da ação externa com as leis jurídicas. As leis morais caracterizam-se pela ação *praticada por dever*, enquanto as leis jurídicas são ações praticadas *conforme o dever*. A ação legal é externa e se preocupa com a adesão às leis exteriores, ou seja, a preocupa-se com a concordância da ação com a lei, ou seja, sua legitimidade.

Essa distinção entre ética e direito é primordialmente formal, pois se preocupa com a forma. Tendo como fundamento as leis morais, a legislação ética e a legislação jurídica se diferenciam na motivação da ação. A ética tem como motivação o dever e não há coerção externa, a coerção externa, por sua vez, é própria da legislação jurídica. Assim, a forma com que Kant diferencia as duas legislações pauta-se na motivação da ação.

5 A Doutrina do Direito em Kant

Kant conceitua o direito da seguinte forma:

Chama-se doutrina do direito (*Ius*) o conjunto de leis para as quais é possível uma legislação externa. Se uma tal legislação é efetiva, então ela é doutrina do direito positivo, e o versado nessa doutrina, ou jurisconsulto (*Jurisconsultus*), chama-se perito em direito (*Jurisperitus*) se conhece as leis externas também de maneira externa, isto é, em sua aplicação aos casos que se apresentam na experiência. Esta última pode tornar-se jurisprudência (*Jurisprudencia*). Sem que ambas estejam juntas, porém, resta apenas a ciência jurídica (*Jurisscientia*). A última denominação cabe ao conhecimento sistemático da doutrina do direito natural (*Ius naturae*), ainda que o jurisconsulto precise tomar da última os princípios imutáveis para toda legislação positiva. (*ibid*, p. 35)

A doutrina do direito é o *Ius* que é o conjunto de leis que instituem os entes racionais em suas relações externas com outros entes racionais. Dessa forma, o direito normatiza e regula a vida em sociedade. As decisões judiciais se apegam às jurisprudências que é uma expressão jurídica que tem origem em duas palavras do latim: *ius prudentia*, *ius* que significa “direito” e *prudentia* que significa “sabedoria”. Ela serve de guia nas decisões judiciais que são semelhantes em casos que envolvem questões parecidas e essas decisões são fundamentadas em normas que são coercitivas.

As leis que regulamentam a vidas em coletividade estão atreladas à aplicação dos princípios morais universais e esse conjunto de disposições é o que possibilita a efetivação dessas leis na experiência. Um dos parâmetros que irá discriminar a moral do direito é o motivo pela qual a legislação é obedecida. A vontade jurídica está subordinada a fatores externos de exigência da mesma. Em contrapartida, a vontade moral é autônoma, uma vez que o móbil desta é o dever pelo dever.

Dessa forma, Kant formula o Direito como positivo e empírico. Positivo, é o trabalhado pelo jurista, que trata dos *atos lícitos e ilícitos* e do Direito Natural e Racional que trata do *justo e do injusto* que investiga o valor do direito a partir da ideia da justiça, que é uma fundamentação metafísica. A concepção do *justo e do injusto* não está ligada ao direito

positivo. O direito positivo concerne apenas ao que é *lícito ou ilícito*. A justiça trata dos princípios imutáveis e o direito indica quais são as leis de um determinado local em um determinado tempo.

O Direito positivo não se respalda em leis empíricas, pois seus princípios estão estabelecidos na razão e se caracteriza em três partes: a relação externa, a relação de arbítrios e a forma. O Direito diz respeito a relação externa, e não interna, entre as pessoas. Isso pode ser entendido a partir da intersubjetividade. Por ser também uma relação de arbítrios, além da intersubjetividade, é também crucial para o direito a reciprocidade. O critério utilizado para julgar qualquer conteúdo específico é formal, que não diz o que é *justo e injusto*, mas apenas aponta um meio para alcançar a justiça.

A coerção é inevitável quando se trata do direito. Por meio dela é que coexistem os arbítrios segundo a lei universal. Ao interpretar o direito como um conjunto de condições que limita o homem de sua própria liberdade para que a liberdade de todos seja possível segundo uma lei universal.

A vida em sociedade exige uma conduta adequada para convívio coletivo. Ainda assim, existem situações de conflito que devem ser resolvidas somente pela força da lei, pois é a lei que regula as relações. Nesse caso, a lei jurídica se torna um instrumento de coação primordial para que haja convivência pacífica entre os homens. A coação é legítima e sem ela não há o direito. As leis fazem da coerção sua própria normatividade, pois cada um exige simultaneamente do outro o mesmo direito que tem para si. O viver em sociedade exige regras e punições, ainda sim todos são livres para infringir e invadir a liberdade do outro desde que saibam as consequências da violação das regras da sociedade.

O Direito é mais regulador do que emancipador. Esse é o chamado formalismo kantiano que, segundo alguns, vai inspirar o formalismo jurídico. Segundo Kant:

A resistência que se opõe ao obstáculo de um efeito promove esse efeito e concorda com ele. Ora, tudo o que não é conforme ao direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais. A coerção, entretanto, é um obstáculo ou uma resistência a que a liberdade aconteça. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é, ele mesmo, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é, incorreto), então a coerção que se lhe opõe, enquanto impedimento de um obstáculo da liberdade, concorda com a liberdade segundo leis universais, isto é, é correta. Ao direito, portanto, está ligada ao mesmo tempo, conforme o princípio de contradição, uma competência para coagir quem o viola. (*ibid.*, p. 17)

Assim, em sua essência a lei obriga outrem por meio de seu arbítrio, trazendo a relação entre a coerção recíproca universal e a liberdade de cada um. O Direito, devido o

formalismo acaba por ficar preso ao que foi positivado, ao que está escrito na lei. Parece simples definir o direito, a lei positiva, como o exercício daquilo que é bom e justo, Entretanto, direito e moral não carregam em si completa unidade, os grandes nomes da filosofia jurídica afirmam haver divergência entre positivistas e não-positivistas.

A coerção, segundo Kant, é mútua:

A lei é de coerção recíproca que concorda necessariamente com a liberdade de todos sob o princípio da liberdade universal é, de certo modo, a construção daquele conceito, isto é, a apresentação do mesmo em uma intuição pura a priori segundo a analogia da possibilidade dos movimentos livres dos corpos sob a lei da igualdade de ação e reação. (*ibid*, p. 38)

Para Kant o direito é estritamente ligado à coerção, promovendo aplicabilidade limitadora aos excessos da liberdade, promovendo o usufruto da liberdade por todos. Bobbio confirma a visão kantiana colocando a coerção como um ato restaurador para a liberdade:

É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença de liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém transgrida os limites que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera da liberdade do outro, torno-me uma não-liberdade para o outro. Exatamente porque o outro é livre como eu, ainda que com liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade. Pelo fato de que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta se apresenta como ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro e, portanto – uma vez que duas negações se afirmam –, como um ato restaurador da liberdade (BOBBIO, 1997, p. 125).

Por mais que a coerção possa parecer contrária à liberdade, é ela que garante a liberdade das ações dos indivíduos em sociedade, ou seja a ética do direito cumpre-se em preservar a liberdade do outro, como defende Salgado (1996, p. 280):

Preservada a esfera (liberdade) do outro, cumpre-se o ético do direito, e ainda que não se tenha cumprido o da moral (forçar-se a fazer o certo interiormente). O ético do direito está justamente nisso: preservar a esfera da liberdade do outro, realizando todo o ético na sua esfera.

O direito e a moral em Kant se relacionam, portanto, à exterioridade e à interioridade. Desse modo, o agir jurídico pressupõe outros motivos como afirma Bittar (2010, p. 331):

O agir jurídico pressupõe outros fins, outras metas, outras necessidades interiores e exteriores para que se realize; não se realiza uma ação conforme à lei positiva somente porque se trata de uma lei positiva. Podem-se encontrar ações conforme à lei positiva que tenham inúmeros móbeis: temor da sanção, desejo de manter-se afastado de repreensões, prevenção de desgastes inúteis, e da penalização das autoridades públicas, medo de escândalo etc.

O direito proporciona o livre convívio entre as pessoas, pois garante a liberdade externa que subsiste fundada em uma lei universal. Como afirma Bobbio:

o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele” (1997, p. 70)

O direito, todavia, não pode ser sintetizado apenas à moral. A obediência à lei jurídica é inquestionável, mesmo que o ato de obedecer seja contrário a vontade do sujeito. Se assim for, a razão faz o indivíduo compreender a importância da obediência para que seja salvaguardadas as leis postas pelo Estado a todos os integrantes da sociedade civil.

6 O Estado de Direito kantiano e sua aplicação na constituição do Estado Moderno

Tomando a coerção como princípio libertador, como podemos ver a aplicação do direito na atualidade? As decisões são justas ou legalistas? Antes precisamos entender como se forma o Estado, as leis e sua aplicação.

Kant argumenta sobre a indispensabilidade da formação do Estado para que o homem saia do estado natural e componha um estado jurídico em que o respeito às leis é o que de fato torna o homem racional. A defesa do contrato social não anula seu perfil de liberal filosófico. A teoria do contrato social presume um acordo de indivíduos por meio do estabelecimento de um contrato, que os obriga juridicamente a obediência de normas.

Segundo Kant:

Um Estado não é património (*patrimonium*) (como, por exemplo, o solo em que ele tem a sua sede). É uma sociedade de homens sobre a qual mais ninguém a não ser ele próprio tem de mandar e dispor. Enxertá-lo noutro Estado, a ele que como tronco tem a sua própria raiz, significa eliminar a sua existência como pessoa moral e fazer desta última uma coisa, contradizendo, por conseguinte, a ideia do contrato originário, sem a qual é impossível pensar direito algum sobre um povo. (KANT, 2008, p.7).

Esses ideais iluministas, que evocam a racionalidade do pensamento humano, resultam na elaboração dos Estados Modernos, que estão fundados nos contratos sociais realizados pelos homens para constituir a *ordem social* que preze por direitos e deveres que sejam verdadeiramente recíprocos, na busca de um bem social comum.

Esses valores seriam a liberdade, a individualidade, a igualdade de direitos, o livre pensamento e tolerância. Todas essas normas obedecidas criariam um sistema. A soberania popular seria consolidada por meio da representatividade, e da subordinação ao Estado ao Direito. Como, porém, assegurar os direitos naturais do sujeito mediante a um poder a ele externo? O Estado moderno tem o poder de legislar e de julgar. A divisão atual dos poderes demonstra isso claramente. A doutrina Positivista aponta o modo como o Direito é visto,

compreendido e idealizado. Essa doutrina transformou o Direito em uma ciência, percebendo ser essencial considerar uma sistematização, além de apontar fontes científicas para normatizar entendimentos e regras, tornando o estudo e aplicação do Direito formal e concatenado para garantir a clareza e a segurança jurídica que é o fundamento central do Direito.

7 O Direito Positivo

O “positivismo jurídico” significa “direito posto por uma autoridade”, o *ius positivum* ou *ius positum* e sobrepujou os ideais do *jusnaturalismo* que era considerado o arquétipo que guiava a resolução dos conflitos sociais. Como afirma Bobbio (1997, p. 26):

[...] o Positivismo Jurídico é uma concepção do direito que nasce quando “direito positivo” e “direito natural” não mais são considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em si próprio. Por obra do Positivismo Jurídico ocorre a redução de todo direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria de direito: o direito positivo é direito, direito natural não é direito.

Nesse caso, os *juspositivistas* defendem que só o positivismo contempla um juízo seguro e que sem ele não haveria segurança jurídica. Zanon Júnior (2015, p. 74) aponta cinco principais características do Positivismo Jurídico:

[...] primeiro, na separação entre Direito e Moral; segundo, na formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente (ou preponderantemente) por Regras positivadas; terceiro, na construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal; quarto, na aplicação do Direito posto mediante subsunção; e, quinto, na discricionariedade judicial (judicial discretion ou interstitial legislation) para resolução dos chamados casos difíceis (hard cases).

Para os positivistas, a única fonte consagrada como ideal é a norma editada imperiosamente pelo Estado. Ferrajoli (2011, p. 43) afirma que:

O postulado do Positivismo Jurídico clássico é de fato o princípio de legalidade formal, ou, se se quiser, de mera legalidade, aquela metanorma de reconhecimento das normas vigentes. Com base nisso, uma norma jurídica, qualquer que seja o seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas da sua produção.

O legislador é considerado o autêntico e legítimo idealizador do sistema e o jurisconsulto é o aplicador que liga a regra-norma ao caso concreto para solucionar o conflito social. Como então aplicar a regra ao caso concreto? No direito positivo, o juiz deve agir de forma lógica à luz dos parâmetros emitidos pelo legislador. Há, no entanto, a dicotomia entre a estruturação do Direito positivo e a sua aplicabilidade. Como julgar decisões justas?

Há possibilidade de haver decisões legalistas e que não cumpram seu papel enquanto justiça?

8 A validade do direito. Decisões justas ou legalistas?

O legado das teorias do Direito podem ser vistos ainda hoje. Mesmo com as rápidas transformações que ocorrem, o Direito se faz presente nas regulações dos contratos entre as pessoas. Os agentes do Direito precisam fazer reflexões constantes e solucionar problemas que se multiplicam e a pergunta crucial que se busca obter resposta é de como dirimir os conflitos de maneira que se aplique a lei, fazendo justiça.

Direito e Justiça são fenômenos paralelos, que podem e devem se entrecruzar. Porém, nem sempre uma norma consegue fazer justiça a um caso concreto. Uma lei mal interpretada e mal aplicada na ação jurídica certamente não será justa. Por isso, o Positivismo Jurídico que perdurou por muitos anos na seara jurídica, requer uma superação, a fim de Justiça seja, de fato, efetivada. Por esse motivo, é atual a discussão acerca de como alcançar a efetividade de suas normas jurídicas. Esse debate é o cerne das preocupações da dogmática contemporânea que busca saber se a norma jurídica corresponde a sua função social.

Nesse sentido, o operador do direito deve fazer uma leitura que contemple os processos humanos, que englobem as esferas: sociais, políticas, econômicas, culturais e jurídicas, compreendendo a transitividade desses processos para que o operador do direito, no caso concreto, possa validar o conteúdo da regra de direito.

A definição de uma Constituição, entretanto, está subordinada a argumentações jurídicas, sociológicas e políticas para que se visualize a sistemática do referido conceito para a construção de um ordenamento eficaz. Qualquer sociedade carece de uma legislação que venha regular as relações entre os indivíduos, bem como oportunizar o fortalecimento das instituições jurídicas e sociais. Para que haja a regulamentação da ordem jurídica e social se faz prudente uma legislação que esteja condizente com a realidade do território e de seu povo.

Apesar disso, para que o ordenamento jurídico vigente demonstre sua força ativa e eficácia na regulamentação das relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado, é fundamental que uma Constituição esteja ligada às fontes do poder existentes. Segundo Lassalle (2001, p. 17) “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que rege uma nação”. As normas ditam as condutas necessárias e a punição no caso de descumprimento do contido no ordenamento jurídico e têm como objetivo a segurança da comunidade de forma pacífica, ora autorizando determinadas

condutas, ora as proibindo.

De acordo com Kelsen (2001, p. 226): O princípio da recompensa e punição, ou seja, ‘princípio da retribuição’ vai determinar a obediência às normas ou o sancionamento da conduta contrária ao regramento”. De modo direto ou indireto o propósito primeiro do controle social é ser observado e respeitado, mesmo que exista a ideia de que as normas sempre atraem os indivíduos em razão de alguma motivação. Kelsen ainda afirma que:

[...] não há nenhuma norma cujo teor atraia diretamente os indivíduos cuja conduta regulamenta de tal modo que a mera ideia dela seja suficiente como motivação e toda ordem é de certo modo ‘sancionada’ pela reação específica da comunidade à conduta de seus membros que correspondem à ordem ou divergem dela. (*ibid*, p. 26)

A “motivação direta” é caracterizada pela moral, que regulamenta individualmente a conduta de uma pessoa, no entanto não tem tanta eficácia no controle social como a tem a força da regulamentação jurídica e é por essa razão que o Direito se faz presente em uma sociedade. O Direito existe para que se evite o caos; a ausência disseminariam completa desorganização.

A grande questão que norteou esse trabalho até aqui é: Como fazer com que os ordenamentos tenham validade jurídica? As decisões tomadas por um jurisconsulto são justas ou legalistas? Habermas (2003, p. 50) afirma que:

A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.

É fato que o ordenamento legítimo é primordial para o controle judicial, mas, deve haver validade na juridicidade aplicada: Segundo Moreira:

[...] só tem sentido falar em legitimidade da legalidade à medida que a juridicidade se abre e incorpora a dimensão da moralidade, estabelecendo assim uma relação com o Direito que, ao mesmo tempo, é interna e normativa. Em síntese, só é legítima a legalidade circunscrita em uma racionalidade cujo procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais. (2004, p. 74).

De acordo com: Bobbio (2003, p. 46):

O problema da validade é o problema da existência da regra enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica. Enquanto para julgar a justiça de uma

norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico- racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento.

A sociedade atual é marcada pela diversidade. Por isso, é legítima a preocupação em aplicar o ordenamento jurídico levando em consideração o diálogo entre direito e a moral. Para isso, o Direito tem que ir além da letra fria da lei, trazendo a possibilidade de entendimento entre os interessados pelo bem comum, solucionando os conflitos de maneira mais justa, fazendo isso por meio da aplicação da lei. O Direito deve fazer com que os cidadãos reconheçam o próximo como parceiro e não adversário. Para tanto, esse ordenamento não pode focar apenas na coerção, mas no diálogo que frutifique a ideia de que o sujeito deve ter sua autonomia também voltada para o coletivo, com o objetivo de melhorar a vida social, construindo uma sociedade solidária. “Pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais.” (HABERMAS 2003, p. 140, 141).

Considerações finais

O Direito é norma, forma, fato e costume com a sua aplicação muitos pretendem ter como garantia a Justiça. Todavia, o que é justo nem sempre pode ser plenamente atendido pelo Direito. A coerção exercida pela força das leis são para garantir a estabilidade do que Pacto Social, é uma tentativa de harmonizar a sociedade e a vida coletiva. A norma jurídica abarca a todos: sociedade e Estado. A norma representa o dever. A conduta, seja ela permitida ou proibida, positiva ou negativa deve ser regulada por uma norma que garantirá a liberdade e a boa convivência. Essa conduta exige, necessariamente, uma regulamentação normativa válida.

O direito e a moral devem ser vistos em uma relação de complementaridade, A moral permite conhecer os valores universais e o Direito estabelecerá suas normas para uma melhor regulamentação da sociedade. Com essa atuação recíproca, haverá validade jurídica e a legitimidade estarão contidas no mesmo ordenamento. Não obstante, se houver o abandono da união entre direito e Moral por parte dos indivíduos, pode-se criar a possibilidade de produzirem seus direitos subjetivos. Então, se a lei é positivada, como fica a relação entre direito e justiça? É o direito positivo capaz de realizar a justiça? Esses questionamentos geram muitas contestações, mas são de extrema relevância na atualidade porque a ideia de justiça é constantemente correlacionada ao direito. Assim, o jurisconsulto deve aplicar a lei considerando o caso concreto para que se realize justiça para ambas as partes envolvidas no processo legal.

Portanto, pode-se resumir e entender de tudo o que foi abordado que com os jusnaturalistas pode-se compreender o direito, de acordo com um direito superior e imutável denominado Direito Natural. O direito natural ou jusnaturalismo define a validade material do direito positivo sendo visto como uma postura dogmática. Por outro lado o juspositivismo, que se constitui no relativismo filosófico, se manifesta em um fundamento formal de validade para o direito. Esse debate doutrinário acerca do fundamento da validade do direito pôde ser visto Kant, que já propunha uma saída para o atual embate da Filosofia do Direito pós-positivista no que diz respeito ao problema do fundamento de validade do direito. A filosofia do direito em Kant não extingue a discussão, mas sugere-se que pode ser uma alternativa real para responder como um constructo jurídico-teórico quanto ao fundamento de validade do direito que se estabelece primeiro por Kant.

REFERÊNCIAS

- BECKENKAMP, Joãozinho. *Conceito de liberdade na filosofia critica kantiana*. Kant e-prints. Campinas, Série 2, v. 1, n.1, p. 31-56, jan.-jun. 2006.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno. Bauru, SP: EDIPRO, 2a ed. revista, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Apresentação José Luis Bolzan de Moraes e Alfredo Copetti Neto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- GUYER, Paul. *The unity of nature and freedom: Kant's conception of the system of philosophy*. In: SEDGWICK, Sally (Ed.). *The reception of Kant's critical philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KANT, Immanuel. *A Doutrina do direito*. São Paulo: Ícone, 1993.
- KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Um Projeto Filosófico. Tradutor: Artur Morão Coleção: Universidade da Beira Interior Covilhã: 2008.

- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Os pensadores. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2018.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. – Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP : Editora Universitária São Francisco, 2013.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1996b.
- TERRA, Ricardo R. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2004.
- ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. *Teoria complexa do direito*. 2 ed. Curitiba: Ed. Prismas, 2015.