

SOBRE A MORALIDADE DO DIREITO EM KANT

KANT ON THE MORALITY OF LAWS

JOÃOSINHO BECKENKAMP
(UFPEl - Brasil)

Resumo

Na atual literatura sobre a filosofia prática de Kant há uma tendência a negligenciar a distinção feita na *Metaphysik der Sitten* entre direito (*Jus*) e ética (*Ethica*), a ponto de ser a doutrina do direito de Kant vista como uma mera aplicação do imperativo categórico. Este artigo procura mostrar que Kant apresenta em sua doutrina do direito uma série de argumentos que logram estabelecer o direito de modo inteiramente independente da ética.

Palavras-chaves: Moral, Direito, Ética, Kant, Criticismo.

Abstract

In present days there is a trend in writings on Kant's practical philosophy to neglect the important distinction made in the *Metaphysik der Sitten* between Law (*Jus*) and Ethics (*Ethica*), so that Kant's Doctrine of Law could be seen as a mere application of the categorical imperative. This paper aims to show that in his Doctrine of Law Kant follows a chain of arguments that establish Law as Natural Law entirely independent of Ethics.

Key-words: Moral, Law, Ethics, Kant, Right, Criticism.

No contexto de formação do pensamento jurídico e político alemão, não é de pouca importância esclarecer em que medida Kant concebeu a esfera do direito independentemente da moral. Pois antes mesmo da publicação de seu texto capital sobre o direito, os *Princípios metafísicos da doutrina do direito* (de 1797), vinha a público o *Fundamento do direito natural* de Fichte, já no ano de 1796. Em sua obra, Fichte assume uma posição claramente contrária “àqueles que procuram deduzir a doutrina do direito da lei moral”,¹ propondo-se a expor a doutrina do direito de maneira inteiramente independente da moral.

Com relação a Kant, Fichte, que se apóia sobretudo no texto *À paz perpétua* (de 1795), não quer decidir a questão se Kant está entre os que deduzem a lei jurídica da lei moral ou não, mas arrisca afirmar ser “pelo menos altamente provável que sua dedução concorde com a fornecida aqui”,² ou seja, que Kant exponha o direito independentemente da moral.

Ora, em nossos dias vem-se reforçando entre vários leitores de Kant a posição contrária, ou seja, que a doutrina do direito de Kant é essencialmente baseada num conceito moral de direito, derivando-se as leis e obrigações jurídicas de um imperativo categórico do direito. Em particular, é esta a posição defendida por Otfried Höffe, em diversas obras dedicadas ao pensamento jurídico. Que sirva aqui de resumo de sua posição e ponto de confronto para nossas considerações o trabalho apresentado no II Congresso Kant Brasileiro (1997) e publicado na revista *Studia Kantiana* com o título de “O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”. Höffe é mesmo enfático em sua leitura moral da doutrina kantiana do direito: “a “In-

trodução” trata do imperativo categórico do direito no singular, do conceito e padrão de medida do direito ordenado moralmente. As duas partes principais, o Direito Privado e o Direito Público, desenvolvem, por outro lado, o imperativo categórico do direito no plural, o imperativo categórico do Direito Privado e o do Direito Público.”³

Sem dúvida, Kant concebe a esfera prática de tal maneira que incide sobre as obrigações jurídicas também uma obrigação moral. A questão da independência da esfera do direito não se decide, no entanto, como se verá, com esta incorporação das obrigações externas àquilo que constitui propriamente a ética, isto é, a obrigação interna. Sendo assim, parece mais indicado procurar definir em que medida a doutrina kantiana do direito foi concebida independentemente de sua ética propriamente dita. Para tanto, analisa-se, no que se segue, a posição de Höffe e as passagens do texto kantiano que lhe servem de fundamento. Em seguida, retoma-se a posição de Fichte, ressaltando o sentido de uma doutrina do direito independente da moral. Finalmente, procura-se mostrar que a doutrina kantiana do direito fundamenta uma ordem do direito independente da ética ou moral em sentido estrito, retomando a distinção mais incisiva de moral e ética encontrada na *Metafísica dos costumes*.

1. Direito e moral com Höffe

A ênfase dada por Höffe à caracterização das relações jurídicas como tendo a natureza do imperativo categórico insere-se em seu programa de pensar o direito enquanto desdobramento das exigências da moralidade, pois só imperativos propriamente morais comandam categoricamente, quer dizer, sem requerer ou mesmo admitir qualquer condição. Por mais respeitável que seja tal programa em si mesmo, sua extensão à leitura da doutrina do direito de Kant tende a causar mais dificuldades do que ajuda a resolver.

No artigo que passo a apreciar aqui, Höffe lança mão seguidamente de um parêntesis que se encontra no § B da “Introdução da doutrina do direito” para falar de um conceito moral de direito. A passagem relevante do texto de Kant é a seguinte, não sendo necessária para o presente propósito a citação de toda a frase: “O conceito do direito, enquanto relacionado a uma obrigação correspondente (*i. e.*, seu conceito moral), diz respeito [...]” (*MS*, AA VI, 230). Portanto é certo que ao menos uma parte das considerações de Kant em sua filosofia do direito diz respeito a um conceito moral do direito. Partindo daí, Höffe passa a insistir nesta adjetivação do conceito do direito, estendendo-a ainda a outros momentos: além de determinar “a doutrina do direito natural (§ A) e o conceito moral de direito (§ B)”, diz ele na abertura de seu artigo, a “Introdução à doutrina do direito” estabelece “o princípio correspondente e igualmente moral do direito (§ C), justifica a faculdade de coagir (§ D), define o direito (sempre moral) em seu significado estrito (§ E)”.⁴ A expressão “conceito moral” é retomada diversas vezes ao longo do texto de Höffe.⁵

Ora, como será detalhado na última seção deste artigo, Kant opera na *Metafísica dos costumes* com uma clara e mesmo enfática distinção entre moral e ética, uma distinção que não se faz nas línguas naturais. Quando Kant fala do conceito moral do direito no § B, parece estar, assim, apregoando indistintamente um conceito moral ou ético de direito. Höffe ignora completamente a distinção entre moral e ética introduzida por Kant na *Metafísica dos costumes*, valendo-se da confusão mantida desta forma para colocar a filosofia kantiana do direito no rol daquelas que derivam o direito da moral ou, no caso, da ética. Esta é, aliás, claramente a linha de leitura de Höffe em todos os textos em que se ocupa da doutrina do direito de Kant. No artigo visado aqui em particular, a confusão de moral e ética é explícita em diversas passagens: “a ciência do direito, como teoria com pretensões morais sobre o direito, como ética do direito, é uma metafísica do direito” (p. 210); “também o conceito moral de direito adapta-se ao seu programa de uma ética universalista” (p. 221); “uma ética do direito [...] é mais do que uma ética social parcial” (p. 222); “as possibilidades da ética do direito” (p. 226). Em outros textos, que não cumpre analisar neste curto trabalho,⁶ Höffe contorna a necessidade de, a partir ao menos da *Metafísica dos costumes*, tomar posição em relação à distinção entre moral e ética (em alemão, *Moral* e *Ethik*, derivados respectivamente do latim e do grego), empregando preferencialmente “*Sittlichkeit*”, o termo equivalente de origem germânica. Como Kant, lá onde sustenta a distinção, emprega os termos “*Moral*” e “*Ethik*” e os adjetivos derivados “*moralisch*” e “*ethisch*”, sem chegar aparentemente a delimitar o emprego de “*Sittlichkeit*” e “*sittlich*”, que ocorrem nos dois sentidos, o deslocamento terminológico constatado nos textos de Höffe contribui para escamotear um problema importante na interpretação da doutrina do direito de Kant. Pois a distinção entre moral e ética na *Metafísica dos costumes* é uma peça importante no tratamento do direito independentemente da ética sem abandonar a pretensão à racionalidade prática pura na doutrina do direito natural, sustentada na subsunção à filosofia moral em seu sentido amplo. Desconhecendo esta distinção, uma boa parte da literatura kantiana dedicada à doutrina do direito acaba se enredando em dificuldades e contradições perfeitamente evitáveis.

Antes de investigar aquela distinção da *Metafísica dos costumes*, sua origem e função na compreensão kantiana do direito, será importante contextualizar historicamente o esforço de tratar o direito independentemente da ética, ressaltando-se a devida relevância do ponto em questão. Provisoriamente, empregar-se-á doravante o termo “ética” e seus derivados para falar daquilo que em geral é tratado indistintamente por ético ou moral, reservando-se para a última seção a explicitação do sentido específico que Kant atribui ao termo “moral” na *Metafísica dos costumes*.

2. Direito e moral com Thomasius e Fichte

Para precisar a posição que a filosofia kantiana do direito ocupa no âmbito da formação do pensamento jurídico alemão, cumpre esclarecer como sua doutrina do direito se relaciona com a

filosofia moral e, em particular, com a ética. Pois desde a obra *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* de Thomasius, cuja primeira edição é de 1705, encontra-se no pensamento jusnaturalista do iluminismo alemão a clara distinção entre o direito e a moral ou, em precisão importante ocorrida no âmbito da escola wolffiana, entre direito (*jus*) e ética (*ethica*). Tendo em vista este horizonte histórico, coloca-se a questão se Kant desenvolve sua doutrina do direito com fundamentos independentes da ética. Sendo nossa resposta afirmativa, torna-se necessário mostrar como se dá este desenvolvimento da doutrina do direito paralelamente à ética.

Na época mesma da elaboração da filosofia do direito de Kant, encontra-se a defesa incisiva da necessidade de tratar o direito independentemente da ética na obra *Fundamento do direito natural* de Fichte, publicada um ano antes da doutrina do direito de Kant (respectivamente, 1796 e 1797). Segundo Fichte, é precisamente a relação entre direito e ética que permite distinguir duas tendências no pensamento jusnaturalista, encontrando-se numa a derivação do direito a partir da ética, enquanto a outra (na linha inaugurada por Thomasius) estabelece um argumento independente como fundamento do direito. Fica então para Fichte a questão de saber em qual das duas se situa Kant: “Não fica claro, no escrito mencionado [*A paz perpétua*], se Kant deduz a lei jurídica da lei ética,⁷ segundo a maneira usual, ou se adota uma outra dedução da mesma. Mas, com base na nota sobre o conceito de uma lei permissiva (p. 15 [AA VIII, 347-8]), torna-se ao menos bastante provável que sua dedução concorda com a fornecida aqui.”⁸ A dedução apresentada por Fichte opera com uma concepção do direito como permissão ou autorização prática de fazer ou deixar de fazer algo, o que nos textos kantianos anteriores à *Metafísica dos costumes* encontra pouco respaldo, mesmo admitindo uma interpretação mais laxa do que é dito sobre leis permissivas na *Paz perpétua*. Esta concepção do direito como permissão ou autorização de fazer algo é de fato aquela que determina o desenvolvimento independente do direito na *Metafísica dos costumes*, como se verá abaixo.

A partir da exposição de Fichte, ressalta claramente uma fundamental ambigüidade na terminologia jurídica, a começar pelo termo latino “*jus*”, traduzido em alemão por “*Recht*”,⁹ e que encontramos também em nosso “direito”, podendo significar, segundo o *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, tanto “aquilo que é justo, reto e conforme à lei”, quanto a “faculdade legal de praticar ou deixar de praticar um ato” e a “prerrogativa, que alguém possui, de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos, ou o respeito a situações que lhe aproveitam”.¹⁰ Os dois últimos sentidos passaram a ser decisivos com o desenvolvimento do moderno direito natural, a que Fichte dá continuidade em sua obra. Se em Kant os diversos sentidos estão presentes, ainda que confundidos, em Fichte predomina precisamente o segundo: “Um direito é evidentemente algo de que podemos nos valer ou não”,¹¹ ou seja, o direito é uma possibilidade ou uma permissão para algo em si mesmo contingente (do ponto de vista prático, quer dizer, nem ordenado nem proibido).

O único apoio que Fichte encontra nos textos de Kant até a data em que está escrevendo é sua concepção de lei permissiva. Assim, Fichte concluirá dizendo que o direito “resulta, por conseguinte, de uma lei permissiva. [...] A permissão não se encontra expressamente na lei [...] É simplesmente

incompreensível como se deveria poder deduzir da lei moral, que comanda incondicionalmente, uma lei permissiva.”¹² Incidindo sobre uma ação praticamente contingente, o direito não poderia ser deduzido da lei moral, que elimina toda contingência e introduz a necessidade prática, seja como comando (lei preceptiva), seja como proibição (lei proibitiva).

Deixando de lado, por ora, o sentido preciso da expressão lei permissiva empregada na *Paz perpétua*, pode-se dizer que é a contingência envolvida no ato de permitir que leva Kant a suspeitar do próprio conceito de lei permissiva: “Não sem fundamento duvidou-se até hoje se podem existir, além do mandamento (*leges praeceptivae*) e da proibição (*leges prohibitivae*), ainda *leis permissivas* (*leges permissivae*) da razão pura. Pois leis em geral contêm o fundamento de uma necessidade prática objetiva, enquanto a permissão contém o fundamento de uma contingência prática de certas ações; portanto uma *lei permissiva* conteria uma obrigação a uma ação a que ninguém pode ser obrigado, o que seria uma contradição se o objeto da lei tivesse o mesmo significado em ambas as relações.” (*Zum ewigen Frieden*, AA VIII, 347-8 nota). Vê-se, pois, que constitui um problema para Kant saber se o permitido ou meramente lícito é objeto de uma lei particular, nem preceptiva nem proibitiva, mas meramente permissiva. O caráter problemático do conceito de uma lei permissiva não deveria ser esquecido quando se acompanha seu emprego na *Metafísica dos costumes*.

Todo este problema fica oculto, entretanto, quando Kant emprega, por exemplo, o conceito de lei permissiva para caracterizar o postulado jurídico da razão prática: “Pode-se denominar este postulado uma lei permissiva (*lex permissiva*) da razão prática, que nos dá uma autorização que não poderíamos derivar de meros conceitos do direito em geral: a saber, a autorização para impor a todos os outros uma obrigação, que eles não teriam sem isto, de se absterem do uso de certos objetos de nosso arbítrio, porque nos apossamos deles primeiro.” (*MS*, AA VI, 247). Ainda que Kant expressamente se esforce para interpretar o postulado jurídico e a autorização de coagir como uma lei de tipo *sui generis*, cumpre expor claramente a opção implícita aqui. A alternativa foi formulada e desenvolvida por Fichte, que entende a função da razão na constituição da esfera jurídica a partir de outra concepção do direito, para a qual pensa poder contar com o conceito de lei permissiva, tirada de Kant. Fichte entende o direito basicamente como uma permissão da qual o sujeito pode se valer ou não.¹³ A associação deste conceito de direito com o conceito de lei permissiva causa embaraço também no texto de Fichte, como mostra a passagem acima citada. Pois no texto kantiano esse conceito é desenvolvido em confronto permanente com o conceito de uma lei incondicional, resultando finalmente um conceito paradoxal de uma lei que manda fazer o que deveria apenas ser permitido, e assim já não permite, mas obriga.

O embaraço de Kant e de Fichte com o conceito de lei permissiva deveria servir de advertência para o esforço de interpretar a doutrina do direito independentemente da ética. A ênfase dada por Fichte ao momento da autorização ou da permissão acaba apontando para uma perspectiva de interpretação que, bem explorada, mostra-se capaz de apresentar a doutrina do direito de maneira coerente independentemente de toda exigência ética. É melhor, assim, deixar de lado o proble-

mático conceito de lei permissiva, que terá servido apenas para dirimir preliminarmente algumas dúvidas.

A interpretação que será proposta em seguida orientar-se-á, por conseguinte, pelo conceito de autorização, que Kant já explicitou em *À paz perpétua*: “O que quer dizer “autorização”? A possibilidade de uma ação na medida em que por ela não se comete injustiça contra ninguém.” (*Zum ewigen Frieden*, AA VIII, 350 nota). O desafio será, portanto, apresentar a doutrina kantiana do direito na medida em que desdobra esta autorização ou possibilidade ou permissão, deixando bem para o fim a tese da incorporação das leis jurídicas à ordem da obrigação ética.

3. A moralidade do direito em Kant

A interpretação mais corrente da filosofia do direito de Kant, de que Höffe é um dos mais proeminentes representantes, procura demonstrar a continuidade dos princípios da filosofia moral kantiana no âmbito do pensamento jurídico de Kant, reivindicando-o assim para aquela linha de pensamento que imiscui indistintamente a ética no direito e na política. A reconstituição da doutrina kantiana do direito passa então coerentemente pelo conceito moral do direito, pelo princípio do direito, pela lei permissiva como uma espécie de lei moral e, finalmente, pelo imperativo categórico jurídico. Inegavelmente, encontra-se na doutrina do direito de Kant este desdobramento das conseqüências éticas de sua concepção do direito, mas não deve ser esquecido que elas são conseqüências e não o fundamento racional do direito em sua especificidade. Para compreender este fundamento da especificidade do direito, é preciso recuperar os passos decisivos da doutrina kantiana do direito segundo a linha de interpretação que trata consistentemente o direito como autorização da razão prática pura, antes de considerar se daí resultam obrigações éticas para o ser racional envolvido.

Ora, nesta linha de interpretação do direito independentemente da ética situa-se uma plêiade de autores que entendem que o pensamento jurídico de Kant não faz parte essencialmente de sua filosofia moral. Essa conseqüência (funesta para a filosofia prática kantiana) pode ser facilmente desfeita com base na distinção entre moral e ética sustentada por Kant na *Metafísica dos costumes*, deixando assim livre o caminho para uma interpretação da doutrina racional do direito que coloca em segundo plano as exigências éticas, sem que se abandone, entretanto, o domínio da filosofia moral.

3.1. Distinguindo moral e ética

O contexto histórico da distinção entre moral e ética foi objeto de um estudo meu já

publicado,¹⁴ não sendo necessária aqui uma exposição detalhada. Dando continuidade ao trabalho de R. Terra,¹⁵ foi possível lançar alguma luz sobre questões que na literatura específica vinham criando confusão. Assim, ficou claro que, na *Metafísica dos costumes*, Kant traça uma nítida distinção entre o moral e o ético, tornando possível o desenvolvimento do direito separado da ética, mas não da filosofia moral, porque o direito e a ética passam a ser entendidos como as duas espécies da moral, o gênero que as abrange. Ou seja, tratado em sua especificidade, o direito é distinto da ética, mas continua sendo um dos capítulos da filosofia moral.

O conceito de moral em sentido amplo, quer dizer, como gênero que abrange as espécies direito e ética, ganha sua primeira delimitação já na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* com a distinção entre leis da natureza e leis da liberdade. A moral em sentido geral, que em Kant tem a mesma extensão da filosofia prática (cf. *KU*, ABXII-XIII e *MS*, AA VI, 217), diz respeito a tudo o que está sujeito, não a leis da natureza, mas a leis da liberdade. Como é lembrado na *Metafísica dos costumes*, tudo o mais é objeto da filosofia teórica: “tão-somente o prático segundo leis da liberdade pode ter princípios que não dependem de nenhuma teoria” (*MS*, AA VI, 217). O estudo das leis da liberdade é o verdadeiro escopo da filosofia moral, definindo o sentido de moral em geral: “estas leis da liberdade chamam-se *morais*, à diferença de leis naturais.” (*MS*, AA VI, 214).

Ou seja, a alternativa às leis da natureza, leis daquilo que é, são as leis morais, como leis da liberdade ou daquilo que deve ser. Neste nível geral e abstrato, é preciso tomar o termo “moral” de uma forma bastante neutra, como sinônimo de prático ou possível segundo a liberdade, evitando as conotações éticas ou moralizantes no sentido vulgar. Pois aquele termo tem de cobrir tanto o ético quanto o jurídico, tomando-se mesmo esse último em seu sentido estrito de legalidade meramente externa, como propõe a distinção kantiana: “Na medida em que incidem apenas sobre ações meramente externas e sua legalidade, as leis morais se chamam *jurídicas*; mas, se exigem também que elas sejam mesmo os fundamentos de determinação das ações, elas são *éticas*” (*MS*, AA VI, 214). Com uma pequena precaução, é possível evitar que se confunda o moral, que constitui aqui o gênero, com o ético, apenas uma de suas espécies, ao lado do jurídico.

A divisão do gênero moral nas espécies do jurídico e do ético ocorre em torno dos móveis da vontade, que são diferentes em cada uma das espécies, como revela a análise dos elementos envolvidos numa legislação prática ou moral: “Toda legislação [prática] contém duas partes: *primeiro*, uma *lei*, que representa *objetivamente* como necessária a ação que deve acontecer, *i. e.*, que faz da ação um dever, *segundo*, um móbil, que liga *subjetivamente* à representação da lei o fundamento de determinação do arbítrio para esta ação; a segunda parte é, pois, esta: que a lei faz do dever um móbil. Pela primeira, a ação é representada como dever, o que é um mero conhecimento teórico da determinação possível do arbítrio, *i. e.*, de regras práticas; pela segunda, a obrigação de assim agir é ligada efetivamente no sujeito ao fundamento de determinação do arbítrio.” (*MS*, AA VI, 218). Do ponto de vista da razão prática, o jurídico e o ético se distinguem nisto de que a ética só admite como móbil para o cumprimento da lei o próprio dever ou, em termos da sensibilidade, o respeito

pela lei, enquanto o direito não só admite, mas mesmo requer um móbil determinante do arbítrio distinto do próprio dever, ou seja, um móbil não ético: “Toda legislação pode, portanto, distinguir-se ainda em vista dos móveis. Aquela que faz de uma ação um dever e deste dever ao mesmo tempo um móbil é *ética*. Mas aquela que não inclui o último na lei, admitindo assim também um outro móbil que não a idéia do próprio dever, é *jurídica*.” (MS, AA VI, 218-9).

Desde a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant vem insistindo na necessidade de que, nas determinações morais ou éticas, o dever ou a representação da lei constitua o próprio móbil da vontade; esta condição é explicitada agora, na *Metafísica dos Costumes*, como valendo incondicionalmente apenas na esfera do ético, admitindo-se para a esfera do jurídico móveis empíricos: “Percebe-se facilmente, em vista da legislação jurídica, que este móbil diferente da idéia do dever tem de ser tirado dos fundamentos *passionais* de determinação do arbítrio, [ou seja,] das inclinações e aversões, e, dentre essas, dos da última espécie, porque deve ser uma legislação, que é coercitiva, e não um incentivo, que é convidativo.” (MS, AA VI, 219). Em outras palavras: a legislação jurídica deve poder contar com um móbil do arbítrio que não decorre da própria lei, em particular com uma aversão (naturalmente às conseqüências desagradáveis de ações ilícitas) causada por mecanismos coercitivos externos, cuja legitimidade ou racionalidade ainda terá de ser demonstrada. A necessidade de móveis externos para que se constitua uma legislação jurídica propriamente dita leva à compreensão do direito como exterioridade na ordem da legislação moral: “Os deveres pela legislação jurídica só podem ser deveres externos, porque esta legislação não exige que a idéia deste dever, a qual é interna, seja por si mesma fundamento de determinação do arbítrio do agente, e, uma vez que precisa ainda assim de um móbil apropriado para as leis, ela somente pode ligar móveis externos com a lei.” (MS, AA VI, 219).

Se os deveres que decorrem da legislação jurídica são fundamentalmente deveres externos, quer dizer, deveres que têm de ser cumpridos externamente, pois são cobrados externamente, estando a eles associados móveis externos coercitivos, então não estamos falando ainda de deveres em sentido estrito ou deveres éticos decorrentes de um imperativo categórico. Do ponto de vista jurídico, o sujeito cumpriu plenamente seu dever se simplesmente se ateu à lei, não importando se de má vontade ou mesmo com segundas intenções. Leis jurídicas propriamente ditas instauram relações externas de obrigação, responsabilidade, imputação, coação e punição; a exterioridade destas relações, que demanda a instituição de mecanismos físicos capazes de fazer valer a lei no âmbito externo, é essencial para o direito como Kant o entende.

Ora, a doutrina kantiana do direito não evita inteiramente a confusão do fundamento racional das leis jurídicas propriamente ditas com o problemático conceito de lei moral permissiva, esse, sim, inserido no contexto da legislação moral pura ou ética. As diversas passagens que sustentam essa confusão têm sido exploradas sistematicamente por aqueles que entendem a doutrina kantiana do direito como derivada daquilo que agora pode ser precisado como legislação ética da razão, dificultando a compreensão do que é o desenvolvimento essencial do direito como algo externo e

ainda assim racionalmente fundamentado. O caminho ensaiado por Kant nas passagens que envolvem o conceito de lei permissiva parece ser o seguinte: 1) as leis morais em sentido estrito ou ético comandam incondicionalmente; 2) se for possível mostrar que as leis jurídicas são uma espécie de leis morais neste sentido, então estará provado que elas comandam incondicionalmente, ou seja, constituem imperativos categóricos; 3) das três espécies de leis morais, quais sejam, leis preceptivas, proibitivas e permissivas, as duas primeiras acarretam obrigações demasiadamente fortes para o direito, pois ninguém deve ser obrigado a fazer valer seu direito nem pode ser proibido de o fazer; 4) as leis jurídicas são, portanto, leis permissivas da razão prática pura ou uma espécie de lei moral em sentido estrito; 5) como tais, as leis jurídicas comandam incondicionalmente, constituindo, portanto, imperativos categóricos.

Já foi visto acima que este caminho é interrompido no momento em que transparece a inconsistência do conceito de lei permissiva, como Kant mesmo não deixou de reconhecer. Mas ao longo de seus textos sobre o direito sempre de novo aparecem traços daquele raciocínio, levando a crer que esteja querendo, ainda que de maneira obscura, derivar o direito da ética. Ficará claro abaixo que a concepção de um imperativo categórico do direito se sustenta em outro contexto; mas, enquanto não tiverem sido esclarecidas as confusões envolvidas, o imperativo categórico do direito claudica tanto quanto as leis permissivas que supostamente lhe dariam sustentação.

3.2. *Conceituando o meramente permitido*

As confusões mais relevantes que os leitores encontram, tanto nos textos de Kant sobre o direito quanto na maioria de seus comentadores, podem ser esclarecidas depois de reconstituído o argumento principal da doutrina kantiana do direito. Esse argumento opera essencialmente com base no conceito de autorização (*Befugnis*), chegando à ordem da legislação moral (primeiramente jurídica – natural e positiva –, depois também ética) e do imperativo categórico só num segundo momento. Na introdução à *Metafísica dos costumes*, a autorização é definida precisamente pela ausência de restrição estabelecida por algum imperativo: “*Lícita* é uma ação (*licitum*) que não é contrária à obrigação; e esta liberdade não restringida por nenhum imperativo contraposto se chama a autorização (*facultas moralis*).” (*MS*, AA VI, 222). Tanto leis ou imperativos prescritivos, que mandam fazer algo, quanto leis ou imperativos proibitivos, que mandam evitar algo, estabelecem obrigações e restrições da liberdade de agir. Não havendo prescrição nem proibição de uma ação, diz-se que a ação é lícita ou permitida, facultada, autorizada: “Uma ação que não é nem ordenada nem proibida é meramente *lícita*, porque em relação a ela não há nenhuma lei restritiva da liberdade (autorização) e, portanto, também nenhum dever.” (*MS*, AA VI, 223). É óbvio que, em relação a ações meramente lícitas ou autorizadas, não há obrigação nem de fazer nem de deixar de fazer, razão pela qual não faz sentido dizer que incide sobre elas um imperativo categórico.

Kant, entretanto, complica sua doutrina com uma série de considerações sobre a possibilidade de leis permissivas, cujo resultado foi apontado acima. Ora, na filosofia moral kantiana, uma lei moral sempre se apresenta como um imperativo categórico assim que se trata de vontades imperfeitas. Se não faz sentido falar de um imperativo categórico em relação ao que é meramente permitido, tampouco parece fazer sentido falar em leis morais do meramente permitido ou leis permissivas. A razão mais fundamental para Kant, apesar disso, continuar a admitir uma lei moral meramente permissiva se encontra em sua recusa inicial de ações moralmente indiferentes, o que na *Metafísica dos costumes* se manifesta de maneira confusa: “Uma tal ação se chama moralmente indiferente (*indifferens, adiaphoron, res merae facultatis*). Pode-se perguntar se há ações desta espécie e, em as havendo, se é requerida, a fim de que alguém fique livre para fazer ou deixar de fazer algo a seu bel-prazer, além da lei preceptiva (*lex praeceptiva, lex mandati*) e da lei proibitiva (*lex prohibitiva, lex vetiti*), ainda uma lei permissiva (*lex permissiva*). Se é assim, a faculdade nem sempre diz respeito a uma ação indiferente (*adiaphoron*), pois para uma tal ação, se considerada de acordo com leis morais, não seria requerida nenhuma lei particular.” (MS, AA VI, 223).

Em geral, a possibilidade de ações indiferentes (*adiaphora*) constitui na filosofia prática kantiana um problema, pois toda e qualquer ação é concebida como sendo realizada com base em uma máxima; ora, todas as máximas estão submetidas ao princípio da universalidade, como princípio formal que decide da possibilidade prática (lícito ou ilícito) das máximas adotadas, não restando, por conseguinte, uma margem para máximas e ações que não estejam submetidas ao princípio da moralidade. Estando em questão a própria possibilidade de ações indiferentes, vê-se sem mais por que o conceito de lei permissiva, que deveria incidir sobre ações indiferentes, constitui um problema, uma vez que não tem aparentemente nenhum objeto. Além disto, contudo, a própria expressão “lei permissiva” parece conter uma *contradictio in adjecto*, pois uma lei comanda ou proíbe, enquanto uma permissão apenas confere uma licença, sem nenhuma obrigação.¹⁶

No texto sobre a religião, onde se trata de traçar uma linha inconfundível entre o bem e o mal, Kant se coloca do lado daqueles que chama de rigoristas em questões de moralidade, quer dizer, dos que não admitem ações indiferentes entre o bem e o mal moral: “É muito importante para a moral, entretanto, não admitir meios termos, quer em ações (*adiaphora*), quer em caracteres humanos, porque numa tal ambigüidade todas as máximas correm risco de perder sua determinidade e firmeza.” (*Religion*, AA VI, 22). Este rigorismo é reforçado ainda em nota: “entre uma disposição má ou boa (princípio interno das máximas), de acordo com a qual deve ser julgada também a moralidade da ação, não há nada intermediário.” (*Religion*, AA VI, 22 nota). Portanto não se pode sem prejuízo da legislação moral admitir ações moralmente indiferentes, do que parece seguir-se que uma ação é ou ordenada (boa) ou proibida (má), constituindo ações meramente permitidas um problema. Ora, já o texto sobre a religião desfaz esta impressão, numa nota em que a permissão é listada entre as determinações que suprimem a indiferença: “em relação a uma ação moralmente indiferente não haveria nem mandamento nem proibição, tampouco permissão (autorização legal)”

(*Religion*, AA VI, 23 nota). Moralmente indiferente seria aquela ação de que se poderia dizer que não tem nada a ver com a legislação moral. No caso das ações lícitas ou permitidas, no entanto, a própria terminologia já indica sua relação com a legislação moral, pois só são lícitas aquelas ações que não se opõem a nenhuma lei moral, seja prescritiva, seja proibitiva. Nesta medida, Kant pode mesmo falar de uma lei permissiva, ou seja, de uma regra explicitando que toda ação concordante com as leis prescritivas e proibitivas é permitida. Mesmo não comandando nenhuma ação, a permissão estabelece uma cláusula moral de admissão, situando conseqüentemente as ações meramente permitidas na perspectiva da moralidade. Na introdução à doutrina da virtude da *Metafísica dos costumes*, Kant vai nesta direção ao questionar o excesso de rigor nas exigências morais: “Pode-se chamar, entretanto, de quimericamente virtuoso aquele que não admite *coisas indiferentes* (*adiaphora*) em vista da moralidade e cobre todos os seus passos com deveres feito estacas, não considerando indiferente se me alimento com carne ou peixe, cerveja ou vinho, mesmo se ambos me fazem bem; uma micrologia que, se admitida na doutrina da virtude, tornaria seu domínio uma tirania.” (*MS*, AA VI, 409).

Uma vez desfeito o receio de que o meramente permitido poderia cair no rol do moralmente indiferente, é possível elucidar as articulações conceituais em torno do permitido sem abandonar o domínio da moralidade. Para fazer frente àqueles intérpretes da doutrina kantiana do direito que a vêem fora da moral em geral, é aconselhável interpretar todas as passagens relevantes da *Metafísica dos costumes* no sentido de uma permissão propriamente moral.¹⁷ A licitude constitui um elemento definitivo do que é direito ou justo: “*Justo* ou *injusto* (*rectum aut minus rectum*) em geral é um ato enquanto é conforme ou contrário ao dever (*factum licitum aut illicitum*)” (*MS*, AA VI, 223).¹⁸ No caso da ilicitude, está desde logo claro que se trata de uma determinação contrária à lei e, em sua execução, ao dever. Mas o lícito tampouco deve ser entendido no sentido de uma total indiferença em relação à moralidade, como poderiam sugerir os termos “*erlaubt*” e “*Erlaubniss*” empregados por Kant, mais literalmente traduzidos por “permitido” e “permissão”, respectivamente. Na concepção prática de Kant, o lícito é antes caracterizado como aquilo que é conforme ao dever (*pflichtmässig*). Para evitar que a conformidade ao dever seja interpretada, entretanto, como decorrente de uma exigência igualmente moral, é importante lembrar a distinção entre “conforme ao dever” e “por dever”, que Kant introduz já na *Fundamentação da metafísica dos costumes* (cf. *GMS*, AA IV, 397ss).

A mera conformidade ao dever ou à lei pode ocorrer, seja em ações obrigatórias, nas quais a liberdade está restringida por uma lei prescritiva ou proibitiva, seja em ações meramente permitidas. No primeiro caso, a mera conformidade ao dever constitui o que é simplesmente devido, enquanto a adoção da lei como máxima de sua vontade constitui mérito moral: “É *meritório* (*meritum*) o que alguém faz em conformidade ao dever *a mais* do que lhe pode ser exigido segundo a lei; aquilo que ele faz apenas justamente *conforme* à lei é *devido* (*debitum*); por fim, o que ele faz *a menos* do que exige a lei é *culpa* moral (*demeritum*).” (*MS*, AA VI, 227). Essa apreciação vale tanto para

a ética quanto para o direito, como ressalta de uma passagem da introdução à doutrina da virtude: “Ainda que a conformidade das ações ao direito (ser um homem direito) não seja algo meritório, a [conformidade] das máximas de tais ações como deveres, i. é, o *respeito* pelo direito, é *meritório*.” (MS, AA VI, 390). Quer dizer, fazer o que é direito porque é direito, e não porque há dispositivos externos de coação, constitui um mérito moral. Mas o direito não é definido por esse mérito, e sim pela autorização de constituir aqueles dispositivos de coação externa.

No segundo caso, a conformidade ao dever se apresenta em relação a uma cláusula que exclui certas ações (a saber, todas as ações ilícitas), deixando as demais a critério do agente. Esse é livre para fazer ou deixar de fazer o que bem lhe aprouver, desde que se restrinja ao lícito, quer dizer, desde que não queira o ilícito. Neste caso, a conformidade ao dever não implica diretamente uma obrigação ou a submissão a uma lei que ordena ou proíbe ações determinadas. O meramente permitido ou lícito descortina uma ampla esfera de decisões e ações arbitrárias, sem que seja abandonado por isto o horizonte da moralidade.

Em relação ao que lhe é permitido, a liberdade já não é restringida por nenhuma lei, seja prescritiva, seja proibitiva. Pode, portanto, fazer ou deixar de fazer a seu bel-prazer. Esta liberdade ainda não determinada por lei alguma constitui a autorização como faculdade moral (*facultas moralis*), ou seja, como mera possibilidade moral de agir. Na introdução à doutrina da virtude (cf. MS, AA VI, 383), essa autorização originada no âmbito da legislação moral é especificada ainda como faculdade moral em geral (*facultas moralis generatim*), para distingui-la da autorização de coagir outros no sentido de respeitar as decisões e ações provenientes do meu arbítrio, a qual constitui uma faculdade propriamente jurídica (*facultas juridica*). No desenvolvimento da doutrina kantiana do direito, então, esta dupla ordem de autorização proveniente da razão prática pura constitui o recurso fundamental.

3.3. *O direito como autorização da razão prática pura*

A autorização como *facultas moralis generatim* ou licitude moral em geral se encontra enunciada naquilo que Kant chama de princípio universal do direito: “É *justa* toda ação segundo a qual ou segundo cuja máxima a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal etc.” (MS, AA VI, 230). Na ação justa ou direita não se trata necessariamente de uma ação derivada de uma lei universal (prescritiva ou proibitiva); para que uma ação seja justa ou direita basta que a determinação do arbítrio de quem a realiza possa coexistir universalmente com as determinações dos arbítrios alheios, ou seja, basta que a ação não lese as determinações dos arbítrios dos outros, o que por sua vez significa que a ação não seja ilícita. Tomada em si mesma, a ação pode ser realizada desde que não vá contra nenhuma lei universal (prescritiva ou proibitiva). É claro que isso não torna a ação obrigatória.

A formulação de Kant não prima exatamente pela clareza neste ponto. A enunciação teria sido muito mais clara se tivesse recorrido ao conceito de permissão ou licitude, como ocorre na introdução da *Metafísica dos costumes* (cf. *MS*, AA VI, 223). A formulação seria então aproximadamente a seguinte: é justa, reta ou direita toda ação lícita ou conforme ao dever. Em vez de se perder em confusos lembretes ao leitor para que não esqueça que se trata da ação tomada em sua exterioridade, de uma mera conformidade externa à lei ou ao dever, e não da exigência ética de uma conformidade interna da vontade à lei (por respeito à lei) ou ao dever (por dever), o texto teria sido mais elucidativo se tivesse em seguida se limitado a explicitar o lugar que ocupa na conceituação prática de Kant o meramente lícito, permitido ou conforme ao dever. Como se viu acima, é preciso repassar quase toda a obra de Kant para encontrar os elementos que permitem situar claramente na filosofia prática kantiana o conceito da licitude e, por conseguinte, da autorização. Enunciado como está o princípio universal do direito, não surpreende que muitos leitores de Kant encontrem nele uma formulação confusa da própria lei moral, arrematada na última alínea do parágrafo por uma lei universal do direito na forma de um imperativo categórico! Lido com atenção, entretanto, o parágrafo mostra o esforço de Kant em manter afastada a interpretação ética de sua terminologia insuficientemente elucidada.

O conceito ou princípio geral do direito diz apenas que é direito de cada um realizar ou deixar de realizar todas aquelas ações que não são contrárias a uma lei universal, ou seja, são lícitas. Neste momento, tem-se, portanto, a autorização mais geral da razão prática pura, sendo o direito entendido simplesmente como uma permissão ou faculdade moral em geral. Para que esta autorização moral em geral possa desdobrar-se em suas conseqüências externas, quer dizer, em suas conseqüências para o arbítrio dos outros, é preciso que a razão prática pura autorize algo mais, que será definitivo do direito em sentido estrito ou como *facultas juridica* (faculdade ou autorização propriamente jurídica): “está ligado ao direito ao mesmo tempo uma autorização de coagir aquele que lhe causa prejuízo” (*MS*, AA VI, 231). A autorização de coagir os outros constitui, portanto, o direito em sentido estrito. A dedução racional desta autorização de coagir os outros explicita apenas o que está implícito no próprio conceito de licitude ou autorização moral: se minha ação é lícita, quer dizer, não lesa nenhuma determinação lícita de um arbítrio alheio, então a ação decorrente do arbítrio de um outro que impede minha ação ou lesa meu arbítrio é por sua vez ilícita, estando eu autorizado a lhe opor resistência para impedir que o outro impeça ilicitamente minha ação lícita ou suas conseqüências.

Na demonstração da racionalidade do direito, seja em geral, seja em sentido estrito, o ponto de partida é a autorização que cada um recebe de fazer ou deixar de fazer o que bem lhe apraz. Este desenvolvimento do direito em sua especificidade vem misturado infelizmente com a dimensão da obrigação que dele decorre posteriormente, como se vê, por exemplo, numa passagem como a seguinte: “Esta proposição quer dizer que o direito não deve ser pensado como composto de duas partes, a saber, a obrigação segundo uma lei e a autorização daquele que obriga o outro através de seu

arbítrio de coagi-lo ao cumprimento da obrigação, mas se pode fazer o conceito do direito consistir imediatamente na possibilidade da conexão da coação recíproca universal com a liberdade de qualquer um.” (MS, AA VI, 232). Uma única frase apresenta assim duas formulações conceitualmente distintas das partes envolvidas no conceito do direito. No final da frase, encontra-se a formulação adequada ao contexto: é possível ou permitido conectar o direito como liberdade de qualquer um (entenda-se: como licença de fazer ou deixar de fazer arbitrariamente tudo o que é lícito) imediatamente com a coação do arbítrio dos outros, a saber, para que respeitem minha liberdade. Da minha liberdade licitamente exercida decorre uma obrigação dos outros de respeitar as determinações do meu arbítrio, uma obrigação que é tirada do nível do meramente ético ou das disposições internas com a autorização da coação, que, sendo lícita por sua vez, constitui uma ordem racional de obrigações externas e propriamente jurídicas. Para que resulte daí uma obrigação para mim, basta inverter os lados: o que é direito do outro, constitui para mim um dever. É esse último desdobramento que se encontra, entretanto, no início da frase em análise, dando a impressão de que a primeira parte envolvida, ou seja, aquela que define o conceito do direito em geral, só pode ser pensada como uma obrigação moral.¹⁹ A reconstituição que vem sendo feita aqui do argumento kantiano mostra que esse não é o caso. Também o conceito do direito em geral, que Kant chama em outra passagem de conceito moral do direito (cf. MS, AA VI, 230), tem de ser entendido como autorização moral em geral, antes de se passar a considerar a ordem das obrigações que dele decorrem.

Na dedução da autorização de coagir, Kant emprega um conceito de possibilidade que ainda requer uma análise. Este conceito de possibilidade será fundamental nos argumentos que Kant desenvolve ao longo da doutrina do direito, tratando-se de mostrar, ora que “é possível...”, ora “como é possível...”. Seguidamente os argumentos são introduzidos com a questão: “Como é possível...?” A compreensão desses argumentos, sobretudo de sua natureza prática, depende obviamente da compreensão do sentido do conceito de possibilidade neste contexto. Foi visto acima que o par lícito/ilícito ocupa no rol das categorias modais da razão prática o lugar do possível/impossível. A explicitação do novo significado que o par possível/impossível adquire nos textos sobre filosofia prática não é feita nas respectivas considerações sobre a tábua daquelas categorias na *Crítica da razão prática*, mas pode ser encontrada na introdução à *Metafísica dos costumes*, onde é dito que, de acordo com a legislação moral, “certas ações são *lícitas* ou *ilícitas*, *i. e.*, moralmente possíveis ou impossíveis” (MS, AA VI, 221). O conceito de possibilidade tem, portanto, um sentido bem preciso no âmbito da filosofia prática kantiana, a saber, o de licitude, permissão, faculdade ou autorização.

Assim, a “possibilidade de uma coação externa” (cf. MS, AA VI, 232) não diz respeito à possibilidade física de lançar mão de dispositivos externos para coagir os outros, mas à permissão ou autorização racional (à licitude) de assim proceder. Da compreensão deste deslocamento semântico na terminologia modal empregada por Kant depende a compreensão do restante de sua doutrina do direito. Como o ponto está suficientemente claro agora, bastará apontar para algumas estações importantes do desenvolvimento dessa doutrina. A primeira se encontra logo na abertura

da doutrina do direito privado, no enunciado do postulado jurídico da razão prática que vai autorizar a posse e a propriedade: “É possível ter como o meu qualquer objeto externo de meu arbítrio” (*MS*, AA VI, 221). Este postulado nada mais diz, portanto, do que “é permitido ter como seu um objeto externo de seu arbítrio”, razão pela qual acaba sendo chamado em seguida de lei permissiva da razão prática, uma expressão cuja inconveniência foi apontada acima. Na dedução da propriedade, em que se trata de demonstrar a possibilidade (quer dizer, mais uma vez, a permissão racional) de uma posse inteligível ou simplesmente jurídica (cf. *MS*, AA VI, 252), encontra-se a segunda estação das demonstrações de possibilidade ou licitude de fazer e pretender algo com conseqüências jurídicas.²⁰ A questão da possibilidade da posse jurídica leva mesmo a “uma antinomia das proposições sobre a possibilidade de uma tal posse” (*MS*, AA VI, 254): é possível..., não é possível..., quer dizer: é permitido..., não é permitido... Outras estações correlatas no âmbito do direito privado são a da possibilidade de uma aquisição em geral (cf. *MS*, AA VI, 258), de uma aquisição originária do solo (cf. *MS*, AA VI, 262) e de uma aquisição por usucapião (cf. *MS*, AA VI, 292). Mas a questão da possibilidade no sentido da permissão pode ser colocada facilmente em relação aos demais conceitos jurídicos de que se ocupa a doutrina do direito de Kant. Na análise dos textos kantianos no âmbito da filosofia prática, é importante sempre estabelecer o significado dos termos modais empregados, pois Kant alterna continuamente entre o significado teórico e o prático, de modo que a compreensão depende do contexto.

No desenvolvimento do direito privado, Kant remete seguidamente ao postulado da razão prática como o verdadeiro fundamento do conceito que se pretende deduzir. Ora, como visto, este postulado enuncia uma permissão ou autorização da razão prática pura, revelando-se este momento da determinação racional como essencial para a dedução puramente racional dos conceitos jurídicos. Além disto, segue-se da mera possibilidade ou permissão de ter algo externo como seu ainda a autorização de obrigar os outros a entrar num estado jurídico: “antes da constituição civil (ou *abstraindo* dela), deve ser admitido como possível um meu e teu externo e ao mesmo tempo um direito de obrigar qualquer um, com quem pudéssemos chegar a ter contato de uma forma qualquer, a se juntar conosco em uma constituição em que pode ser assegurado aquele meu e teu externo.” (*MS*, AA VI, 221). Como esse direito de obrigar o outro a entrar comigo numa constituição civil que garanta nossos direitos privados constitui o momento decisivo na dedução do conceito de Estado, vê-se a importância que esta linha de desenvolvimento com base no conceito de autorização tem na doutrina kantiana do direito.

4. À guisa de conclusão: dificuldades superadas

Reconstituindo a linha de fundamentação do direito como uma seqüência de autorizações da razão prática pura, obtém-se o direito como espécie da moral, ou seja, a doutrina do direito

natural como uma das duas partes da filosofia prática ou moral de Kant. Sem extrapolar o domínio da legislação moral, a esfera específica do direito só se constitui a partir de decisões arbitrárias do agente que levam a ações meramente possíveis do ponto de vista das leis morais propriamente ditas, sendo todas autorizadas desde que não impliquem um ilícito (moralmente impossível).

Compreendendo-se o direito em sua relação contínua com esta cláusula moral excludente do que é ilícito (o direito como autorização de tudo o que não é ilícito, quer dizer, como permissão do não-não-permitido, do lícito como não-não-lícito), é possível já responder à dificuldade que muitos leitores de Kant encontram com o enquadramento de sua doutrina do direito na filosofia moral. A resposta aqui é inequívoca: a doutrina kantiana do direito é parte de sua filosofia moral.

A dificuldade seguinte parece decorrer desta primeira resposta: em que medida os princípios do direito natural constituem imperativos do direito? Pois na filosofia moral kantiana a lei moral tem de se enunciar como um imperativo categórico sempre que se trata de uma vontade imperfeita. Vontades perfeitas, aliás, sequer precisariam da ordem do direito, pois não precisariam ser coagidas externamente para respeitar o arbítrio dos outros. Os princípios do direito natural constituem então necessariamente imperativos do direito? Indiretamente sim, mas, o que é fundamental para a leitura aqui proposta, diretamente não. Diretamente, os princípios puramente racionais para o direito envolvem tão-somente autorizações, que não constituem obrigações, mas apenas licenças para fazer ou deixar de fazer a bel-prazer. A fundamentação racional do direito se baseia nesta ordem das autorizações da razão prática pura.

Para se chegar daí a um imperativo, entretanto, é preciso inverter a relação, uma inversão tornada necessária pela mesma razão prática pura: uma vez que o lícito ou autorizado já traz o selo da racionalidade, impedir os outros na execução do que é lícito constitui para mim um ilícito, estando, portanto, submetido a uma lei obrigatória, de que decorre diretamente o imperativo categórico do direito: “age exteriormente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal” (*MS*, AA VI, 231). Em termos mais triviais, a inversão pode ser formulada assim: o meu direito constitui um dever para os outros, o direito dos outros constitui um dever para mim. Esse meu dever é inicialmente um dever jurídico, ou seja, um dever que me pode ser cobrado externamente; mas, como corresponde a um direito do outro que lhe foi conferido pela razão, ele será indiretamente também um dever ético, ou seja, um dever que um ser racional deve admitir como máxima de sua vontade.

Com isso tocamos já na dificuldade seguinte, qual seja, a da relação do direito com a ética, como as duas espécies da moral. Como visto, o que distingue a ética é a exigência de admitir a lei como máxima da vontade, de ter a ordem do dever como móbil de suas ações. Diretamente, o direito, mesmo o natural, não faz esta exigência. Entretanto, como o direito natural apenas explicita as autorizações conferidas pela razão prática pura, os deveres que me tocam em virtude dos direitos dos outros são necessariamente incorporados pela ética, sendo os deveres jurídicos indiretamente

também deveres éticos: “A ética certamente possui seus próprios deveres (p. ex., os deveres para consigo mesmo), mas tem também deveres em comum com o direito, apenas não o modo de *obrigação*. Pois realizar ações simplesmente por serem deveres e fazer do princípio do próprio dever, de onde quer que venha, o móbil suficiente do arbítrio é o característico da legislação ética. Assim, portanto, há certamente muitos deveres *diretamente éticos*, mas a legislação interna também torna todos os demais indiretamente éticos.” (MS, AA VI, 220-221).

Estando claro já como esta incorporação ética pode valer para os deveres decorrentes do direito natural, apresenta-se uma nova dificuldade: as obrigações propriamente jurídicas decorrentes do direito positivo também são indiretamente éticas? A resposta neste caso é igualmente afirmativa, apesar de serem necessários alguns passos intermediários cuja análise extrapola o objetivo do presente trabalho. Sejam apenas mencionados os essenciais: 1. ao meu direito de obrigar os outros a entrar comigo no estado jurídico corresponde um direito igual dos outros que constitui para mim o dever de entrar com eles num tal estado, cuja garantia será o Estado; 2. o Estado a que estou sempre já submetido é o Estado em que devo estar. Leis contestáveis do ponto de vista puramente racional devem ser reformadas, mas enquanto em vigor devem ser obedecidas.

Como a obediência à lei jurídica pode ser meramente externa, há quem defenda a tese de que na doutrina kantiana do direito as leis jurídicas se apresentam, no concernente à legislação interna ou ética, como imperativos meramente hipotéticos,²¹ acarretando mais uma dificuldade: os imperativos jurídicos são imperativos categóricos ou hipotéticos? Esta dificuldade não diz respeito naturalmente ao caráter do mandamento jurídico em sua exterioridade, onde sua incondicionalidade depende da eficácia do poder público; trata-se do caráter do imperativo decorrente da lei jurídica com sua incorporação à ética. Uma vez compreendido o princípio da incorporação do jurídico ao ético, esta dificuldade se desfaz, pois é claro que no domínio da ética a razão se impõe por imperativos categóricos.

Uma última dificuldade pode ser encontrada na relação da legislação jurídica com os princípios determinantes da vontade, colocando-se a seguinte questão: as leis do direito, enquanto leis que comandam externamente, são leis de autonomia ou de heteronomia? Como a garantia efetiva dos direitos só pode ser dada com o Estado, que outorga e cobra externamente suas leis, mesmo contra a vontade dos seus membros, parece que essas leis só podem ser entendidas como leis de heteronomia, ou seja, como leis dadas de fora da vontade dos indivíduos. Para evitar essa conclusão apressada, é preciso cuidar para que a doutrina kantiana do direito público seja entendida devidamente como parte do direito natural, estando em questão precisamente as condições sob as quais um Estado pode ser reconhecido como racional, ou seja, como fonte de leis universalmente válidas. Entre essas condições está a de que o povo ou a totalidade dos indivíduos submetidos a um Estado constitua o poder legislador, de tal modo que as leis a que todos têm de se submeter são originárias da vontade de todos, o que define a liberdade jurídica ou externa de cada um: “Minha liberdade externa (jurídica) [...] é a autorização de não obedecer a quaisquer leis externas a não ser

àquelas a que eu tenha podido dar minha anuência.” (*Zum ewigen Frieden*, AA VIII, 350 nota). Nesta medida, mesmo as leis positivas de um Estado constituído são leis da autonomia, e não leis heterônomas.

Mostrando-se capaz de superar tantas dificuldades levantadas pela literatura kantiana, a interpretação aqui apresentada ganha um reforço por este lado. Seu maior mérito me parece ser, entretanto, a possibilidade de reconstituir de maneira coerente as diversas etapas da doutrina kantiana do direito natural, como esboçado acima.

Notas

¹ J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts (Fichtes Werke III)*, Berlin, de Gruyter, 1971, p. 10.

² J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, p. 13.

³ O. Höffe, “O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito””, in *Studia Kantiana I/I* (1998), p. 205.

⁴ O. Höffe, “O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito””, p. 203.

⁵ Cf. O. Höffe, “O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito””, pp. 211 (duas vezes), 215, 220, 221 (aqui ocorre ademais a expressão “direito moral”), 223 e 226.

⁶ Talvez seja útil para o leitor brasileiro, tendo em vista a publicação de uma tradução pela Martins Fontes, a indicação de *Immanuel Kant*, Munique, Beck, 2000, onde o deslocamento em questão ocorre na seção “10.1. O conceito racional do direito”.

⁷ O termo empregado por Fichte é “*Sittengesetz*”, literalmente “lei dos costumes”. Como a precisão do ponto de vista kantiano depende de uma clara distinção entre moral e ética, desconhecida de Fichte, é preferível neste contexto traduzir o termo por “lei ética” em vez de “lei moral”. A ética propriamente dita, que Kant trata em sua doutrina da virtude, é apresentada por Fichte em sua obra *Das System der Sittenlehre* de 1798, ficando claro que a “*Sittlichkeit*” é para ele objeto da ética no sentido delimitado por Kant na *Metafísica dos costumes*.

⁸ J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, p. 13.

⁹ A ambigüidade do termo “*Recht*”, tal como empregado por Kant, aparece já nas equivalências latinas indicadas na *Metafísica dos costumes*: por um lado, fazendo par com “*Unrecht*”, equivale a “*rectum*”, conforme a expressão da escola “*rectum aut minus rectum*” (cf. *MS*, AA VI, 223), ou, fazendo par com “*ungerecht*” ou também “*Unrecht*” (*injustum*), corresponde a “*justum*” (cf. *MS*, AA VI, 224 e 229); por outro lado, “*Recht*” tem em geral como equivalente latino o termo “*jus*”. Nos preparativos para a *Metafísica dos costumes*, encontra-se uma lista de cinco significados distintos do termo “*Recht*”: “1. Direito (*rectum*) em geral é aquilo que é conforme a uma regra. / 2. *Proceder*, agir direito (calcular, escrever, falar direito) quer dizer não ir contra a regra na execução. / 3. Agir direito em algo ou não fazê-lo contra o dever. / 4. Ter (logicamente) razão <*Recht haben*> em afirmações postas em dúvida, enquanto são verdadeiras. / 5. Ter (praticamente) um direito.” (AA XXIII, 255-256). Importante para o problema aqui colocado é a distinção entre (1) e (5), variada em outra passagem: “*Recht* (*justum*) é aquela ação livre cuja máxima pode subsistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal. ... Um direito (dos quais existem mais de um que alguém pode ter) é uma autorização do arbítrio de obrigar juridicamente a outros.” (AA XXIII, 262)

¹⁰ O *Dicionário Houaiss* igualmente registra os três sentidos, nas seguintes formulações: “o que é justo, correto, bom”; “aquilo que é facultado a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos por força de leis ou dos costumes”; “prerrogativa legal (para impor a outrem alguma medida, procedimento etc.)”.

¹¹ J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, p. 13.

¹² J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, p. 13.

¹³ Em termos da filosofia prática kantiana, pode-se dizer que Fichte chegou mesmo a conceber a esfera do direito como condicionada por uma decisão arbitrária de conviver com os outros em sociedade. Depois de caracterizar a obrigatoriedade incondicional implicada pela lei moral, Fichte conclui: “Ora, na doutrina do direito não se trata desta obrigatoriedade moral; cada um é obrigado [no direito] apenas pela decisão arbitrária de viver com outros em sociedade; e, se alguém não quer restringir seu arbítrio de forma alguma, então não se lhe pode opor no domínio do direito natural nada mais do que isto: que então ele terá de se afastar de toda sociedade humana.” (J. G. Fichte, *Grundlage des Naturrechts*, p. 11). Comparado com o imperativo categórico jurídico de Kant, tem-se aqui pensado até o fim um conceito de direito que não constitui mais do que um imperativo hipotético.

¹⁴ Ver “O direito como exterioridade da legislação prática da razão em Kant”, in *Ethic@* 2/2 (2003), p. 111-131.

¹⁵ Cf. R. Terra, “A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana”, in *Filosofia política* 4 (1997), p. 49-65.

¹⁶ O caráter contraditório de leis que não são nem prescritivas nem proibitivas foi ressaltado recentemente por Guido de Almeida, que entretanto chega a uma conclusão diferente: “seria realmente surpreendente se as leis jurídicas, que Kant introduziu como uma modalidade das leis morais, devessem ser consideradas não prescritivas. Isso, sim, seria de fato uma *contradictio in adiecto*, visto que as leis morais, de que as leis do Direito são uma espécie, valem contrafactualmente, “em sua idéia”, e por isso mesmo se exprimem através de imperativos como um dever.” (“Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant”, in *Kriterion* 114 (2006), p. 222). A dificuldade remanescente só pode ser explicitada e resolvida com base na clara distinção entre moral e ética, a partir da qual resultará que as leis jurídicas podem perfeitamente ser leis morais sem que sejam, entretanto, leis éticas em sua origem.

¹⁷ Na *Crítica da razão prática*, o meramente permitido aparece como categoria da liberdade na classe da modalidade (cf. *KpV*, A117). No prefácio, Kant antecipa mal-entendidos, explicitando que entende o lícito (permitido) e o ilícito (não permitido) num sentido bastante amplo, sem as implicações morais que o leitor poderia introduzir inadvertidamente:

“Aqui às vezes me preocupa mais (do que aquela falta de entendimento) a falsa interpretação de algumas expressões, que escolhi com o máximo cuidado para não deixar fracassar o conceito a que elas remetem. Assim, na tábua das categorias da razão *prática*, sob o título da modalidade, o *lícito* e o *ilícito* (o prático-objetivamente possível e impossível) têm no uso lingüístico comum quase o mesmo sentido que a categoria subsequente do *dever* e do *contrário ao dever*. Aqui, porém, o *primeiro* deve significar aquilo que está de acordo ou colide com uma prescrição prática meramente *possível* (como aproximadamente a resolução de todos os problemas da Geometria e da Mecânica); o *segundo* deve significar o que se encontra em tal referência a uma lei que jaz *efetivamente* na razão em geral. E essa diferença de significado não é inteiramente estranha também, se bem que um tanto inabitual, ao uso lingüístico comum. Assim, por exemplo, a um orador enquanto tal *não é lícito* forjar novas palavras ou junções de palavras; ao poeta isso em certa medida *é lícito*. Em nenhum dos dois casos cogita-se aqui de dever. Pois, se alguém quer perder sua reputação de orador, ninguém pode impedi-lo. Aqui se trata somente da distinção dos *imperativos* sob fundamentos determinantes *problemáticos*, *assertóricos* e *apodícticos*.” (KpV, A 20-21 nota; tradução de V. Rohden). Na *Metafísica dos costumes*, não há indícios de que Kant pensasse neste sentido amplo quando fala do lícito ou ilícito.

¹⁸ A correspondência que se estabelece assim entre o justo/direito, o lícito e o conforme ao dever pode ser encontrada também numa passagem da *Lógica*: “Temos de *estar* inteiramente *certos* se algo é justo ou injusto, conforme ou contrário ao dever, lícito ou ilícito.” (*Logik*, AA IX, 70). Para completar a lista, bastaria acrescentar o praticamente possível/impossível e o moralmente possível/impossível, que têm o mesmo significado.

¹⁹ Aliás, Kant só pode falar em obrigação moral nesta altura do texto porque inverte a relação: a obrigação de que se trata é claramente a do outro de respeitar o meu direito, obrigação moral a que se liga então a autorização que me é conferida pela razão de coagi-lo externamente a cumprir essa sua obrigação. A ordem direta do argumento é a seguinte: ao meu direito (licença, autorização, faculdade moral) de fazer ou deixar de fazer o que me aprouver, desde que seja lícito, está vinculado ainda o direito ou autorização de coagir os outros caso não respeitem este meu direito, quer dizer, caso se disponham a fazer o ilícito para impedir o meu lícito.

²⁰ Esta dedução é introduzida por uma questão que constitui quase um cacoete da filosofia crítica kantiana, a saber, a questão do “como...”: “A questão “Como é possível um *meu e teu externo*?” reduz-se então a esta: “Como é possível uma *posse simplesmente jurídica* (inteligível)?”; e essa, por seu turno, à terceira: “Como é possível uma proposição jurídica *sintética a priori*?” (*MS*, AA VI, 249). As duas primeiras questões indagam simplesmente: “É lícito...?” Já a última questão reproduz um outro cacoete de Kant, a saber, o de tentar converter suas investigações em outras tantas demonstrações de juízos sintéticos *a priori*, o que em geral complica mais do que explica.

²¹ Esta posição e a seguinte (acerca da heteronomia) são defendidas, entre outros, por N. Bobbio, em seu livro *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*.

Referências

Abreviações empregadas:

AA – *Kants Gesammelte Schriften*. Edição da Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften e seus seguidores. Seguem-se o volume em números romanos e a página em arábicos.

GMS – *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*

KpV – *Kritik der praktischen Vernunft*

KU – *Kritik der Urteilskraft*

MS – *Metaphysik der Sitten*

Religion – *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*

ALMEIDA, G. A. de. “Sobre o princípio e a lei universal do direito em Kant”, In.: *Kriterion 114* (2006), p. 205-222.

BATSCHA, Z. (ed.). *Materialien su Kants Rechtsphilosophie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

BECKENKAMP, J. “O direito como exterioridade da legislação prática da razão em Kant”, In.: *Ethic@ 2/2* (2003), p. 111-131.

BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UNB, 1999.

FICHTE, J.G. *Grundlage des Naturrechts (Werke III)*. Berlin: de Gruyter, 1971.

GREGOR, M.J. *Laws of Freedom: A Study of Kant's Method of Applying the Categorical Imperative in the "Metaphysik der Sitten"*. Oxford: Blackwell, 1963.

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

HÖFFE, O. *Immanuel Kant*. München: C. H. Beck, 2000.

HÖFFE, O. “O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito””, In.: *Studia Kantiana I/I* (1998), p. 203-236.

KANT, I. *Kants gesammelte Schriften*. 29 vols. Edição da Academia Prussiana das Ciências e seus seguidores. Berlin: 1910-1983.

KERSTING, W. *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1993.

LUDWIG, B. *Kants Rechtslehre*. Hamburg: F. Meiner, 1988.

ROHDEN, V. (coord.). *Kant e a Instituição da Paz*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS e Goethe-Institut/ICBA, 1997.

ROHDEN, V. *Interesse da razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981.

SOLARI, G. *Studi storici di filosofia del diritto*. Turim: G. Giappichelli, 1949.

TERRA, R. “A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana”, In.: *Filosofia política 4* (1997), p. 49-65.

TERRA, R. *A Política Tensa: Idéia e Realidade na Filosofia da História de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995.