

do universo como fundamento da ordenação física, este é, desde Sócrates, o problema da filosofia.”¹⁰

Percebe-se, portanto, que, a despeito de sua admissão e fundamentação metafísica da malignidade teórica e prática, Schopenhauer se mantém incondicionalmente solidário à aspiração kantiana no sentido de uma perfeita concordância entre os fenômenos físicos da natureza e os fins morais da humanidade, isto é, à tese da significação ou ordenação ética do universo.

“Que o universo tenha uma significação meramente física, nenhuma significação moral é o erro fundamental, o maior, o mais perverso, a autêntica *perversidade* da maneira de pensar (*Gesinnung*) e é, no fundo, bem aquilo que a fé personificou como o Anticristo. Todavia, e a despeito de todas as religiões que, em seu conjunto, afirmam o contrário disso e procuram fundamentá-lo à sua maneira mítica, esse erro fundamental nunca expira definitivamente na terra, porém sempre de tempos em tempos eleva de novo sua frente, até que a indignação universal o constranja a ocultar-se novamente a contragosto.”¹¹

A título de conclusão, gostaria de sugerir a idéia de que é com essa mesma raiz ético-filosófica que subterraneamente reatam as reflexões contemporâneas que, de maneira singularmente diferente, pretendem sustentar a possibilidade do universalismo ético, por meio do recurso a uma ‘utopia implícita no conceito de razão’.

Na tradição da filosofia moderna, caberá certamente a Friedrich Nietzsche, o *Anticristo* professo, a tarefa de tornar-se tal justamente pela tese negativa em relação a esse legado da significação ética do universo. A conseqüência incontornável desse imoralismo radical consiste na ruptura irreversível com o conjunto da tradição do pensamento ético e o enclausuramento na condição incômoda e desesperada de ter que ser condenado a pensar a ética apenas como estilização estética da existência.

¹⁰ Schopenhauer, A: Die Welt als Wille und Vorstellung II, ed. cit. volume II, p. 755.

¹¹ Schopenhauer, A: Parerga und Paralipomena II, Kapitel 8, # 108, ed. cit. vol. 5, p. 238.

O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”*

Otfried Höffe

Universidade de Tübingen

A filosofia do direito de Kant, propriamente dita, começa com a “Introdução à Doutrina do Direito”. A “Introdução à Metafísica dos Costumes”, que a antecede, concerne também à sua segunda parte, a “Doutrina da Virtude”.

A “Introdução à Doutrina do Direito”, chamada, no que se segue, também de “Introdução”, é a seção certamente mais densa. Como seção clara e convincentemente articulada, ela determina o objeto da filosofia do direito de Kant: a doutrina do direito natural (§ A) e o conceito moral de direito (§ B). Estabelece o princípio correspondente e igualmente moral do direito (§ C), justifica a faculdade de coagir <*Zwangbefugnis*> (§ D), define o direito (sempre moral) em seu significado estrito (§ E) e o contrasta, no “Apêndice”, com dois conceitos de direito equívocos, a equidade e o direito de necessidade.

* Endereço do Autor: Philosophisches Seminar der Universität Tübingen, Bursagasse 1, 72070 Tübingen, Alemanha. Telefone: (0049-7071) 297 60 85/297 45 49, Fax: 29 52 95

Ciência do direito como metafísica do direito <e> como ética do direito

Lemos o título *Rechtlehre* <Doutrina do Direito> naturalmente como uma investigação do direito <*Rechts*>, ou mesmo como sua ciência, ou seja, disciplina científica, ou, como o kantiano Hans Kelsen (1960, 2. ed., p. 1) esclarece a própria *Teoria Pura do Direito* <*Reine Rechtlehre*>, como sua teoria. Nesse sentido, costuma-se traduzi-lo por *Doctrine du Droit* (Philonenko), ou *Doctrine of Right* (Gregor 1991), ou também *Philosophy of Law* (Hastie 1887/1974)¹. De fato, a expressão não indica uma disciplina, mas seu objeto, o conteúdo; assim, *Lehre* em alemão também pode significar “o conteúdo integral de uma lição, aquilo que em um ramo de conhecimento é ensinado articuladamente” (Grimm 12, 554). Como o suplemento latino *Ius* (linha 6) confirma, a “Doutrina do Direito” é, contudo, para Kant, a suma de certas leis (229, 5), e a doutrina do direito natural não é a ciência, mas o próprio direito natural: *Ius naturae* (linha 13s.).

Kant serve-se das expressões mais complicadas “doutrina do direito” <*Rechtlehre*> em vez de “direito” <*Recht*> e “doutrina do direito natural” <*natürliche Rechtlehre*> em vez de “direito natural” <*Naturrecht*> para acentuar a pretensão sistemática de seu objeto. De resto, a expressão mais fácil “direito” já está preenchida. Analogamente à expressão “verdade” (l. 22), ela é compreendida, no § B, no sentido “moral” (p. 230, 7s.), de “justo e injusto”. Seu esclarecimento como *iustum et iniustum* afasta-se, sem dúvida, dos antecedentes “Conceitos Preliminares”, que traduzem as expressões latinas por *gerecht e ungerecht* (224, 8), enquanto *Recht oder Unrecht* são sinônimos de *rectum aut minus rectum* (223, 35).

Uma vez que o conceito moral de direito refere-se a uma obrigatoriedade <*Verbindlichkeit*> a ele correspondente (230, 7), e que a obrigatoriedade não significa uma obrigação <*Verpflichtung*> qualquer, mas sim “a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da

¹ Avon, *The Metaphysical Elements of Justice*. Trans. John Ladd. Indianapolis, 1965.

razão” (“Conceitos Preliminares”: 222, 3s.), a “Introdução” 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. Desde que em ambos os domínios manifestem-se, por sua vez, vários imperativos — só para dar um exemplo: no Direito Político <*Staatsrecht*> o direito penal como imperativo categórico — há (assim um terceiro nível) o imperativo categórico do direito também no plural (cf. Höffe 1990, espec. cap. 5). E já a circunstância, de que se trata de um imperativo categórico, que por sua vez se deve à filosofia moral crítica de Kant, que em contrapartida é recapitulada na “Introdução à Metafísica dos Costumes” (espec. seção IV “Conceitos Preliminares”), fala contra a tese de Ebbinghaus (1960) de que a doutrina do direito de Kant seja independente de sua filosofia crítica.

No interior da Doutrina do Direito — como, aliás, já Achenwall (§ 210) —, Kant contrasta claramente a parte positiva da natural. No primeiro caso, trata-se da *questio facti*: o que é de direito <*Rechtens*> (*quid sit iuris*), “isto é, o que as leis em um certo lugar e em uma certa época dizem ou disseram” (l. 22s., o § A diz: “Uma tal legislação existe efetivamente”: l. 6), no segundo, do que é “justo” <*recht*>, contanto que não se realcem casos singulares, mas sim o “critério universal, pelo qual se pode conhecer em geral tanto o justo quanto o injusto (*iustum et iniustum*)” (l. 25s.). Em contraposição a positivistas jurídicos “dogmáticos” e, do mesmo modo, a “dogmáticos” teóricos do direito natural, Kant não admite um direito de exclusividade a nenhuma das duas partes, nem à consideração positiva do direito, nem à suprapositiva. Ele sabe também que não a consideração positiva, mas a consideração natural do direito, carece de justificação, a qual ele fornece no § B na forma de uma questão aberta: uma consideração exclusivamente positiva (“positivista”) do direito não sabe se o que é de direito também é justo; o valor positivo, a legalidade jurídica, deixa em aberto a validade suprapositiva, a legitimidade moral.

A equivalência entre “doutrina do direito natural” (§ A) e “critério para o justo e o injusto” (§ B) segue-se da própria tarefa de “a toda legislação positiva fornecer os princípios imutáveis” (§ A), ou seja, “estabelecer o fundamento de uma legislação positiva possível” (§ B). Este esclarecimento fornece, ao mesmo tempo, uma regra de prioridade: a legislação positiva tem de regular-se pela natural, <e> não inversamente. Pois: “Uma doutrina do direito simplesmente empírica (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) é uma cabeça que talvez seja bela, mas, que pena!, não tem cérebro.” Normalmente, entende-se aqui a expressão “doutrina do direito empírica” no sentido de ciência do direito positivo ou jurisprudência, de tal modo que a ela Kant negaria sem hesitar todo o cérebro (assim um crítico de outrora: Anônimo 1797, 306). De fato, Kant dirige-se primariamente contra o próprio direito positivo, na medida em que não se submete a princípios (morais), e apenas secundariamente contra aquela teoria do direito positivista, que quer deixar o direito livre de todas as pretensões morais.

O cérebro tem a função de refletir, encontrar decisões e, com sua ajuda, governar a conduta. Ao negar que uma doutrina simplesmente empírica do direito tenha cérebro, Kant nega o que posteriormente a teoria de sistemas de Luhmann (v. sobretudo Luhmann 1993) afirmará: uma autoregulação do direito. A autoregulação luhmanniana — segundo a qual as leis positivas sobre atos de direito positivos alcançam a realidade concreta, e <isso> por meio de outros atos de direito positivos, por exemplo, por meio de eleições parlamentares e de suas decisões — é, para Kant, “desprovida de cérebro”, na medida em que reprime a questão do justo e do injusto e só presta atenção aos fluxos dos processos de poder e ao poder subjacente. O que deve acontecer no caso de uma contradição, Kant na verdade não diz. Mas seu conceito da legislação positiva torna claro que do fato de uma lei ser injusta não se segue aquela invalidade devido à qual alguns positivistas, como Kelsen e também Luhmann, acreditam ter de recusar leis suprapositivas.

Kant distingue, então, quatro tipos de uma crescente competência jurídica. A elevação dessa competência não consiste num conjunto

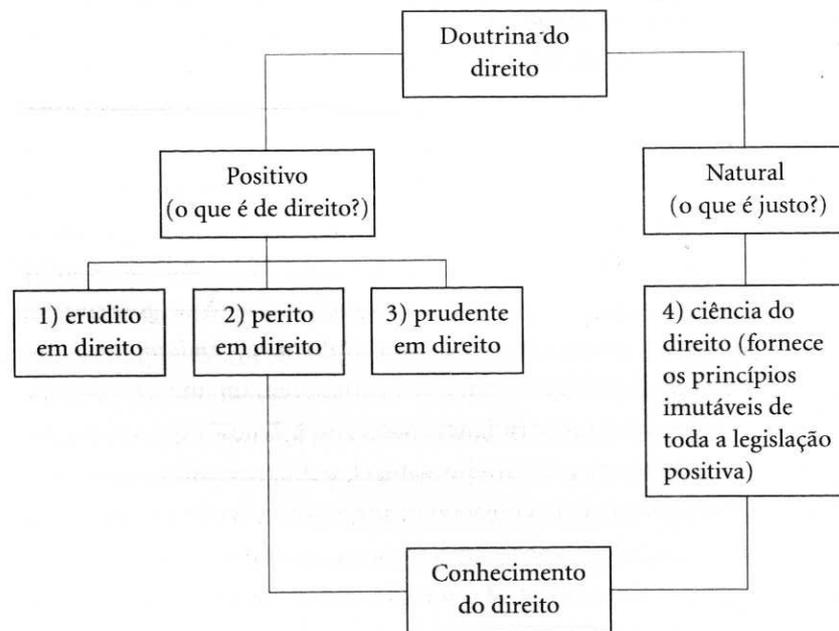
crescente de matérias — que se conheça aproximadamente em primeiro lugar apenas o direito civil, então também o direito público, o direito de outros países e, finalmente, também a história do direito — mas sim em uma relação cada vez mais soberana com o direito: quem apenas conhece as leis (sempre: exteriores) chama-se jurisconsulto (*iurisconsultus*); e quem adicionalmente (“também”) sabe aplicá-las aos casos, chama-se perito em direito <rechtserfahren> (*iurisperitus*). O conhecimento do direito <Rechtskunde> desses dois níveis consiste em um saber meramente técnico, em um conhecimento jurídico meio-fim, que pela elevação ulterior (“também bem ... pode tornar-se”), à jurisprudência <Rechtsklugheit> (*iurisprudencia*) estende-se à prosperidade. Da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (IV 416), conhecemos a prudência como “habilidade na escolha do meio para seu máximo bem-estar próprio”. Essa razão direcionada à felicidade (*Rel. VI 58*) pode distribuir conselhos tendo em vista a prosperidade (*GMS IV 416s.*), portanto, pôr o saber jurídico a serviço ou do bem-estar próprio ou da prosperidade daqueles que pedem conselho jurídico.

Contra a interpretação pragmática da jurisprudência, pode-se objetar que ela contradiz a intenção fundamental de Kant de um conceito genuinamente moral do direito. (Cf. “A melhor forma de governo não é aquela na qual se vive da maneira mais confortável (*eudaimonia*), mas sim aquela na qual o cidadão tem o seu direito maximamente assegurado.” XXIII 257) Mas a jurisprudência não é, no § 7, autônoma, mas muito mais ligada à doutrina do direito natural, por conseguinte, à moral do direito. Esta surge no quarto nível do conhecimento do direito, que interrompe o crescimento até agora “linear” da competência.

Kant curiosamente vê o pico da competência crescente, o grau epistemicamente mais alto, a ciência do direito (*iuriscientia*), como dado lá onde ao mesmo tempo se verifica um déficit epistêmico, ou seja, onde faltam perícia jurídica e jurisprudência (“sem ambos juntos”). O acréscimo de Kant “simples” ciência do direito diz que a ciência do direito pode ser inteiramente ligada à perícia jurídica e à jurisprudência, mas essa ligação é contingente. Ela não pertence à ciência do direito como tal, por isso

aparentemente pertence ao nível 1, da (simples) erudição jurídica <Rechtsgelehrsamkeit>. Porque Kant a identifica com o ‘conhecimento sistemático da doutrina do direito natural’, ela não pode ser também uma ciência do direito positivo, como considera Ladd (1965, 33). Em vez disso, parece que há, para o primeiro nível, dois candidatos sem dúvida não equilibrados. Em verdade, porque a erudição jurídica se dirige às leis positivas <e> a ciência do direito, ao contrário, “tem de fornecer os princípios imutáveis a toda a legislação positiva” (l. 14s.), está a última, apesar de seu déficit, um nível mais acima.

A doutrina do direito divide-se, portanto, de acordo com o § A, da seguinte maneira:



Essa classificação consegue algo muito além do que apenas uma ordenação sistemática fundamental do direito. Ela contém também três teses que esclarecem o título do livro inteiro e sua pretensão cognitiva característica.

Primeiro Kant afirma que uma ciência do direito existe apenas para as leis naturais pré- e suprapositivas. Essa tese poderia valer como pré-juízo <Vorurteil> típico da filosofia, de conceder o título honorífico de ciência apenas ao próprio *metier*, do que a história da ciência não fez caso algum. Pois, para o direito positivo, a ciência é bem estabelecida, para o direito natural, duvidosa. E mesmo os que permanecem teóricos do direito natural não pretendem exercer, no campo do direito, a única ciência possível. O que hoje se chama ciência do direito não é absolutamente questionado por Kant. Todavia, ele tem para a ciência o conceito normativo de um conhecimento sistemático a partir de princípios (Cf. l. 13 e 15; ver também *KrV B 860ss.*: a ciência como unidade sistemática e esta como um todo orgânico sob uma idéia; sobre isto, Höffe 1998). Se se compreendem os princípios em um sentido amplo e ao mesmo tempo comparativo, e se têm em mente “todas as proposições gerais” (*KrV B 358*), então uma ciência positiva do direito pode também preencher o ideal de ciência de Kant. Em sentido estrito, “simplesmente princípios” quer dizer apenas ‘conhecimentos sintéticos a partir de conceitos’, os quais “o entendimento”, <e> também o entendimento jurídico, “não pode de modo algum fornecer” (*B 358*).

Imediatamente a seguir, isso quer dizer, na *Crítica* (*B 358*): “É um desejo antigo, que — ninguém o sabe quando — talvez algum dia se cumpra, que se possa enfim descobrir, em lugar da infinita multiplicidade de leis civis (em sentido jurídico público — O. H.), os seus princípios, pois nisto unicamente pode consistir o segredo para simplificar, como se diz, a legislação.” Kant adota esse sentido filosófico de simplificação na sua ciência filosófica do direito. Portanto, dois pontos de vista fundamentalmente diversos levam Kant ao mesmo resultado, à posição, para o direito superlativa do direito natural: O — de acordo com o § A — saber supremo em sentido normativo, o conhecimento das pretensões imutáveis para toda a legislação positiva, coincide — de acordo com a *Crítica* — com o saber supremo em sentido epistêmico, o conhecimento sintético a partir de conceitos.

Em segundo lugar, a tarefa normativa aparece, à primeira vista, como não sendo inequívoca. Ela poderia ser também considerada descri-

tiva e, por exemplo, destacar, com a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, os princípios do direito. Os princípios de Kelsen, contudo, não são ‘imutáveis’ no sentido kantiano. Falta-lhes a propriedade de serem *a priori* (sintéticos), que, por outro lado, distingue a metafísica, de tal modo que o § A esclarece, segundo o título provocativo quanto ao tema do livro de Kant: a ciência do direito, como teoria com pretensões morais sobre o direito, como ética do direito, é uma metafísica do direito, todavia — o que mais uma vez fala contra Ebbinghaus — no sentido de crítica da moral.

Enquanto Kant levanta com as duas primeiras teses contida no § A uma grande pretensão, ele advoga modéstia na *terceira* tese: a ciência do direito como tal distingue-se por meio de uma falta agravante, pela carência de perícia jurídica e de jurisprudência. Ora, como não se esperam estas da filosofia enquanto tal, a referência de Kant a suas falhas significa que no âmbito do direito ele não toma o saber como tendo um fim em si mesmo. Ele, muito antes — aqui inteiramente no sentido do famoso pensamento aristotélico de uma filosofia genuinamente prática —, está a serviço dos “casos que sucedem na experiência” e, por fim, da prosperidade visada pela jurisprudência e obrigada pela moral do direito do direito natural. Em última análise, trata-se na filosofia do direito de que a aplicação à realidade — ou seja, a questão é “realizar” (218, 7 s.) —, é fechada a ela como um simples conhecimento de princípios. Enquanto para a justiça do aqui-e-agora são competentes os poderes públicos (em última instância, os negócios da justiça), o filósofo é portador da responsabilidade pelo uso público da razão (*Que é esclarecimento?* VIII, 379). Também para o saber correspondente, para um conhecimento epistemicamente supremo, mas deficitário do ponto de vista da práxis, introduziu Aristóteles o conceito decisivo de um saber-elementar <*Grundriß-Wissen*> (ver Höffe 1995).

As condições de aplicação são metafísicas?

O critério para justo e injusto procurado no § B, o conceito moral de direito, é, de acordo com o título do livro todo, de natureza metafísica, e, para Kant, portanto, um *a priori* sintético. Ora, esse conceito compõe-se de dois momentos fundamentalmente distintos metodicamente, o da “obrigatoriedade” e o do que ela “trata” (230, 8), das condições de aplicação. Determinada como “necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão” (222, 3s.), a obrigatoriedade é um conceito moral, e, enquanto tal, metafísico, no sentido da metafísica prática; é independente do conteúdo de toda a força motivacional condicionada empiricamente, a inclinação. Uma vez que esse aspecto dos prolegômenos éticos, da *Fundamentação* e da segunda Crítica, é conhecido e lembrado nos “Conceitos Preliminares”, a segunda alínea do § B ocupa-se principalmente com o outro momento, as condições de aplicação. Elas não são mais de natureza moral, mas descritiva, e por conseguinte, também não são metafísicas, no sentido da metafísica prática.

Em vez de justificar as condições de aplicação e com isso rejeitar seu caráter metódico — são elas agora metafísicas em sentido teórico? —, Kant as coloca de modo simplesmente tético. É natural derivar as condições de aplicação do conceito de doutrina do direito como a “suma das leis, para a qual uma legislação exterior é possível” (229, 5) e sustentá-las por isso como analíticas, obtidas com ajuda da pergunta: quais são as condições necessárias e igualmente suficientes para uma legislação exterior? De fato, isso requer uma reflexão criativa. Segundo o esclarecimento ao § E, ela é ‘como que a construção’ de um conceito, a saber, a ‘apresentação do mesmo em uma intuição pura *a priori*’ (232, 32s.). No § E, trata-se, na verdade, da lei jurídica e da faculdade de coagir; a tarefa deixa-se, entretanto, transpor ao conceito de direito: construa as condições necessárias e suficientes que são requeridas para a aplicabilidade de uma legislação exterior. Uma tal espécie de construção não é para Kant um trabalho analítico, mas sintético. Se ela além disso é de natureza *a priori*, pertence à metafísica teórica.

Nessa interpretação, o conceito de direito fica composto de dois momentos fundamentalmente distintos metodicamente, mas igualmente metafísicos. Enquanto espera-se de uma metafísica dos costumes uma filosofia moral simplesmente prática, ao menos a sua primeira parte, a filosofia do direito, consiste na ligação de duas espécies de metafísica: uma metafísica genuinamente prática, da obrigatoriedade moral, e uma construção *a priori*, que chega ao âmbito de uma metafísica teórica.

Na medida em que a construção *a priori* diz respeito principalmente aos homens, poder-se-ia ordená-la segundo uma antropologia, mais concretamente, segundo uma antropologia do direito. Ela é, contudo, rigorosamente distinta daquela “antropologia moral — pode-se dizer também didática” da “Introdução à Metafísica dos Costumes”, que “conteria somente as condições subjetivas, tanto as adversas quanto as favoráveis, de execução das leis ... bem como as doutrinas e prescrições que se fundam sobre a experiência” (217, 10-16). Mais sutilmente, ela distingue-se da antropologia do ponto de vista fisiológico, da “investigação daquilo que a natureza faz do homem”, e da antropologia do ponto de vista pragmático, que se ocupa com o que o homem “como ser agindo livremente faz, ou pode e deve fazer de si mesmo” (*Antropologia* VII 119). A antropologia do direito praticada na *Doutrina do Direito* expõe-se à questão, sob que condições da *conditio humana* precisa-se em geral de direito.

Dentre os seres conhecidos por nós, são as condições de aplicação indicadas por Kant satisfeitas na verdade apenas pelos homens. Mas também são válidas para outros seres, contanto que se tratem de pessoas responsáveis que, por viverem no mesmo mundo, influenciam-se mutuamente. As condições de aplicação de Kant são, por isso, relevantes para uma antropologia do direito, mas não são obtidas dela, mas da tarefa do direito, de uma legislação externa. A questão, se a tarefa do direito não é apenas consistentemente pensável, mas efetivamente ocorre no mundo conhecido por nós, deixa-se responder somente ao nível empírico, certamente ao nível empírico muito geral, que põe de lado as diferenças de cultura e época, mesmo até de uma antropologia do direito.

O resultado corresponde à situação dos *Primeiros Fundamentos Metafísicos da Natureza*, à que em verdade o próprio Kant remete no “Prefácio” à *Metafísica dos Costumes* (VI 205), mas sem expor mais precisamente a analogia. No “Prefácio” aos *Primeiros Fundamentos Metafísicos da Natureza*, Kant distingue aquela parte transcendental da metafísica da natureza, que é insuficiente “sem referência a algum objeto qualquer determinado da experiência” (IV 469), de duas disciplinas de uma metafísica especial da natureza ou ciência natural metafísica, que aplicam “aqueles princípios transcendentais às duas espécies de objetos de nossos sentidos”. Para essa tarefa certamente se emprega um conceito empírico — obviamente muito geral e além disso elementar, não dedutível ulteriormente: na física (metafísica) o conceito empírico de matéria, na psicologia (metafísica) o conceito empírico de um ser pensante (IV 470). E na execução da metafísica correspondente são acrescentados novos conceitos, que — aliás mediante a tábula das categorias — na física (metafísica) começam com o conceito de movimento (IV 476). Analogamente, a *Metafísica dos Costumes* aplica os princípios da filosofia moral, na doutrina do direito (metafísica), a uma legislação exterior e, na doutrina da virtude (metafísica), a uma legislação interna, e conquista lá a moral da vida em comum, a moral social, aqui porém a moral da atitude interior, a moral pessoal. A totalidade das condições — constitutivas ou da legislação exterior ou porém da legislação interior — é de natureza empírica, mesmo que segundo o “Prefácio” o conceito de direito seja um “conceito ... puro” (VI 205). Todavia, desde que “não seja empregado”, analogamente aos *Primeiros Fundamentos Metafísicos da Ciência Natural*, “nenhum outro princípio empírico para o conhecimento da mesma” (IV 470), não existe uma *metafísica* dos costumes. Vistas epistemologicamente, as suas asserções fundamentais são um *a priori* sintético não puro, que aplica o *a priori* sintético puro, o conceito de moral, a um facto² empírico geral e

² Para distinguir os termos *Faktum/Fakta* de *Tatsache(n)*, seguindo uma prática adotada por Guido A. de Almeida, mantém-se para o primeiro caso a forma portuguesa, de origem latina, “facto(s)” (N. dos T.).

elementar, a não ulteriormente dedutível coexistência de seres racionais finitos, que compartilham o mesmo mundo. Trata-se além disso de um facto sem alternativa: Em decorrência da limitação espacial do globo terrestre, não dispomos de outra escolha que viver em comunidade com outros. E de acordo com o § E — ver a seção 4 abaixo —, o facto corresponde à construção de um espaço preenchido por forças.

Notoriamente também Hume considera a escassês uma condição, sob a qual se coloca a questão do direito moral ou da justiça (*A Treatise of Human Nature*, 1739, livro 3, parte 2, seção 2; *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, 1751, seção 3, parte 1). Kant, porém — ve-lo-emos a seguir —, simplifica as condições de aplicação da justiça. Que os homens possuam, em certa medida, forças corporais e espirituais semelhantes, ou que domine uma módica escassês de bens, estas e outras pressuposições de Hume revelam-se irrelevantes para a construção do conceito de direito.

Assim como a física metafísica de Kant, também a sua doutrina do direito metafísica carece de ulteriores elementos empíricos, o “direito privado”, por exemplo, que o homem tenha corpo e vida que possam ser lesionados, que haja objetos no espaço que possam converter-se em títulos de propriedade, que se fechem contratos, utilize-se dinheiro, que haja maridos, esposas e crianças, etc. Mesmo que esses elementos não assumam uma função fundadora, mas antes especifiquem o âmbito de aplicação, é certo o que Kant não torna suficientemente claro: que sem elementos empíricos gerais não se faz uma doutrina filosófica do direito.

As condições de aplicação

A questão que serve de base às condições de aplicação, Kant a não formula já no § B, mas apenas na passagem do direito privado ao público (§ 42: 307, 9s.): o que é a relação social que desafia o direito, ou seja, a relação social inevitável (307: o inevitável estar um ao lado de outro com todos

os demais)? As condições de aplicação correspondentes são desenvolvidas em três passos:

O conceito moral de direito diz respeito **primeiramente** à intersubjetividade na reciprocidade (diretamente sobre “reciprocidade” Kant fala no § 8), a saber: “Só concerne à relação exterior, e na verdade prática, de uma pessoa com outra, de modo que suas ações, como factos, possam (imediate ou mediatamente) influenciar-se entre si” (230, 9-12). Essa complexa determinação tripla começa com um momento de valor juridicamente não específico para o conjunto da *Metafísica dos Costumes*:

1) De obrigatoriedades morais pode-se falar com sentido apenas aí onde não forças naturais, mas apenas pessoas — para Kant, sujeitos responsáveis (223, 24s.) — agem e influenciam-se mutuamente por meio de “factos”, o que, segundo os “Conceitos Preliminares” (227, 21-23) significa: por meio de atos imputáveis. Que tais espécies de ser efetivamente existam e que o homem, mas não o animal, lhes pertença, isso se sabe apenas por meio de uma experiência, certamente muito geral. Pelo fato que Kant se contenta com ela, com o conhecimento da aptidão para pensar e falar, por causa das quais se pode atribuir responsabilidade ao homem — ao menos em princípio — portanto, pelo fato que Kant reserva o conceito mais exigente de liberdade da vontade para a ética, isto é, para a doutrina da virtude, a censura de Isaiah Berlin (1969, 37ss.) não procede, de que Kant se coloque contrariamente ao conceito negativo de liberdade, de fazer e deixar de fazer. O que Berlin contesta a Kant, na verdade é para ele essencial: um correspondente liberalismo. Segundo Kant, o direito diz respeito apenas à liberdade externa, independente do necessário arbítrio de outro para fazer e deixar de fazer, e não exatamente àquela liberdade interna ou moral, à independência da vontade dos impulsos, necessidades e paixões, que para a virtude é imprescindível.

2) Também quando alguém pode encontrar-se em conflito consigo mesmo, verificam-se problemas de direito somente quando há diversas pessoas (i: pluralidade de pessoas) que estão umas com as outras (ii: intersubjetividade), numa relação que não é meramente de natureza estética ou teórica (contemplativa), mas muito antes de natureza prática

(iii: intersubjetividade e reciprocidade): uma vez que as pessoas vivem no mesmo mundo exterior, não podem deixar de se influenciar mutuamente por meio de suas ações imputáveis (cf. §§ 42-43). (Entre parêntesis, uma pergunta: pode-se objetar a Kant que sua distinção entre conduta externa e interna não seja rigorosamente exequível porque ao fato de algumas normas de direito, nomeadamente o delito de homicídio — no caso de motivos vis, o homicídio transforma-se em assassinato — pertencem também traços de caráter? Poderia haver poucas normas jurídicas, e sobre sua legitimidade ainda se teria que discutir.)

3) Que a vida em comum não seja nunca de natureza simplesmente estética ou teórica depende de duas condições empíricas gerais adicionais: que o mundo exterior seja limitado, “a Terra <é> uma ... superfície fechada em si mesma” (§ 43: 311, 23s.; cf. § 62 e antes o § 13, de acordo com os quais, devido à superfície esférica, — se tem que acrescentar: finita — a comunidade de seres humanos é uma consequência necessária da sua existência sobre a terra). Por outro lado, as pessoas não são inteligências puras (“anjos”), mas antes têm um corpo, que já, em virtude de sua extensão, exige uma parte do mundo comum. Além disso, seres corporais necessitam bens para a satisfação de suas necessidades e interesses, por causa dos quais interferem de muitas maneiras no mundo comum.

Esses três momentos parciais constituem em conjunto a primeira condição de aplicação. Com ela, a coexistência prática de sujeitos responsáveis — Kant salienta o que é decisivo com clareza genial —, transforma em letra morta <*macht zur Makulatur*> a discussão de todas as questões adicionais e ganha tanto em força persuasiva quanto em elegância filosófica. E, uma vez que ele se concentra em condições invariantes da humanidade ou do ser racional finito, escapa às objeções porventura levantadas contra Hobbes: mesmo que as condições de aplicação de Kant tenham um lado empírico, este pertence a uma antropologia do direito e não depende das condições econômicas e sociais da sociedade de competição burguesa.

A segunda condição de aplicação esclarece o que já foi chamado na primeira condição de momento da intersubjetividade na reciprocidade:

não se trata da “relação do arbítrio com o desejo (por conseguinte, com a simples necessidade) ... mas unicamente da relação com o arbítrio de outro” (230, 12-15). Que Kant ressalte o arbítrio, isto é, uma faculdade ‘de fazer ou deixar de fazer à vontade’ (213, 16s.), portanto a liberdade de ação e não a liberdade da vontade, concorda com o princípio da responsabilidade. Além disso, pode-se desejar algo que não se pode alcançar com as próprias capacidades; o arbítrio diz respeito apenas àquilo que se crê poder efetivamente alcançar por meio das próprias ações. (Kant: “Na medida em que está ligado à consciência da faculdade de sua ação para a produção do objeto”: l. 17s.) Visto que o direito dirige-se a ações imputáveis e a sua influência mútua, mas simples desejos permanecem internos, Kant faz bem em partir da liberdade de ação. Mundos internos diversos — por mais heterogêneos que possam ser — podem subsistir sem problema uns ao lado dos outros; primeiramente o próprio mundo exterior cria uma relação social inevitável.

Ao desejo, que Kant desconsidera, subsume ele as necessidades (230, 12s.), portanto, tacitamente também sua satisfação, a felicidade. Na medida em que Kant toma o cuidado de subtrair o bem ao próximo — “ações de caridade ou impiedade” (l. 13s.) — do âmbito das tarefas do direito, ele dirige-se contra a suposição de que uma comunidade jurídica seja uma comunidade de solidariedade. Do mesmo modo, rejeita aquelas teorias utilitaristas do direito, que não são porventura representadas apenas no espaço lingüístico inglês, nomeadamente por Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Uma vez que uma clara separação entre direito e ética também falta na filosofia do direito alemã anterior a Kant, essa posição é aqui bem divulgada: por exemplo, por Christian Wolff (1750, I, 2, § 43) e antes por Samuel Pufendorf (1687, I, 1). Bentham e Mill falam da “prosperidade de todos os envolvidos”, e os iluministas alemães, dos deveres de humanidade (*officia humanitatis*). Diversamente se passa já em Christian Thomasius, que limita o direito aos deveres impostos (Liber I, Caput V, § VIII), por conseguinte, as tarefas de caridade são desconsideradas, no que o segue o jurista, cujo compêndio Kant utiliza, Gottfried Achenwall (1750) (p. ex., §§ 196-198).

No “bem-comum” utilitarista, a diferença, que entre arbítrio e necessidade permanece conceitual, é suprimida, e por meio disso, de acordo com Kant, a distinção entre lei jurídica e deveres de virtude da caridade é confundida (230, 14). Um Estado construído sobre o princípio da felicidade trata seus cidadãos, com suas distintas representações de felicidade, como crianças e menores. Ainda mais: “O soberano quer tornar o povo feliz de acordo com seus conceitos e torna-se um déspota; o povo não quer se deixar tomar a pretensão humana universal à própria bem-aventurança e rebela-se.” (*Gemeinspruch*, VIII 302). No *Religionsschrift*, diz: “Infeliz, porém, do legislador que quer realizar uma constituição, guiada por fins éticos, por meio da coação” (VI 96).

O argumento aqui não enunciado de Kant contra o utilitarismo poderia significar: apenas a relação de arbítrio cumpre a condição fundamental do direito, a coexistência inevitável. As simples necessidades de outro podem-se muito bem desprezar; mas relativamente ao mesmo mundo exterior, em princípio é impossível subtrair-se ao arbítrio de outra pessoa.

A próxima pergunta, que aqui se impõe, de como os ainda não responsáveis (crianças) e os em princípio responsabilmente inaptos (gravemente incapacitados) devem ser tratados, Kant não se coloca. Como uma questão verdadeiramente ineludível, mas secundária do ponto de vista sistemático, ela talvez possa também faltar na “Introdução”.

A crítica do utilitarismo implícita em Kant não tem apenas um significado jurídico-teórico, mas também jurídico-político. Ela não exclui completamente as tarefas do Estado social e do Estado de bem-estar (v. Obs. Ger. e Apêndice 8.), mas as exclui amplamente do conceito moral de direito. Kant é um representante claro, mas não estrito, do liberalismo. A partir do fundamento pragmático-social, de com sua ajuda “assegurar o estado jurídico” ... tanto internamente quanto “contra inimigos externos (...)” (*Gemeinspruch*: VIII 298), ele considera como legítimo o caráter social-estatal. Poder-se-ia procurar um outro argumento no mandamento de não humilhar os outros, razão pela qual apresenta-se “a caridade ou como simples obrigação, ou como pequeno favor”;

Kant contudo considera esse mandamento apenas uma obrigação de virtude (448s.).

Para uma apreciação sistemática do conceito kantiano de direito, outras reflexões são importantes. Em primeiro lugar — deixa-se objetar —, Kant acentua demais a separação conceitual entre arbítrio e necessidade; uma boa parte da liberdade de ação está especialmente a serviço das necessidades. A essa objeção, Kant contraporía que as necessidades que levaram a certas ações são compatíveis com seu conceito de direito, e que aí onde permanecem internas, não surge problema jurídico algum. Isso parece similar com a objeção segundo a qual a liberdade de ação é um conceito comparativo, dependente do poder econômico ou das capacidades intelectuais, não menos que da estabilidade psíquica. Tais distinções — responderia Kant — inicialmente, porém, não vêm ao caso, mas apenas a imputabilidade da ação.

A terceira condição de aplicação coloca uma especificação adicional: na relação recíproca do arbítrio, não se trata da matéria, mas da forma (230, 16s.). O que esse elemento determinante — um formalismo — significa, fica claro por meio do exemplo de Kant. Conforme esse exemplo, alguém que compra uma mercadoria não é perguntado se também é vantajosa para ele. Aqui o arbítrio repousa na compra e na respectiva venda, a relação recíproca na troca de mercadoria e dinheiro; a matéria do arbítrio — não juridicamente considerável, pois permanece interna —, na intenção que os parceiros de troca perseguem, e a forma da relação recíproca, consiste em que a troca — sem coação ou fraude — realiza-se consciente e livremente de ambos os lados (“livre”, l. 21).

Que no direito não se trate da matéria do arbítrio, pode-se fundamentar com a perspectiva moral; pois segundo Kant para ela a exclusão da matéria e a concentração sobre a forma é constitutiva (cf. *KpV*, §§ 2-4). Contra essa suposição fala, no entanto, o fato que o processo de troca também pode ter lugar sob coação e fraude, e então toma uma forma não moral. Kant emprega inicialmente um outro conceito de forma; o fundamento para sua tese deve ser procurado no elemento pré-moral do conceito de direito: visto que o imperativo categórico do direito refere-se

a uma relação social inevitável, ele pode desconsiderar as intenções, na medida em que não entram no modo da ação.

Conceito de direito, lei jurídica e princípio do direito

A partir da ligação do olhar moral sobre o Direito (§ B e 1ª alínea) com as condições de aplicação do Direito (2ª alínea), a terceira alínea obtém o conceito moral de direito. Tão logo se ajuíze a coexistência de pessoas responsáveis de acordo com o critério kantiano de moral, a legislação universal, obtém-se a muito citada fórmula: “O direito é pois o conjunto das condições, sob as quais o arbítrio de um pode unificar-se com o arbítrio de outro de acordo com uma lei universal da liberdade.” (§ B, 3ª alínea). Kant não deduz o direito do princípio da moralidade pessoal, da liberdade interna ou da autonomia da vontade, mas da razão prática pura e de seu critério da legislação universal, ainda indiferente à diferença entre moral pessoal e moral social (“jurídica”).

A medida de clareza que Kant alcança aqui torna-se explícita em comparação com o correspondente parágrafo 83 do Direito Provincial Geral dos Estados Prussianos <*Allgemeinen Landrechts Preussischer Staaten*>.³ Lá vale como “liberdade natural” “poder procurar e promover seu próprio bem-estar sem sacrifício dos direitos de um outro”. Segundo Kant, trata-se ao contrário, em primeiro lugar, menos da liberdade “natural” do que da liberdade “determinada juridicamente”. Em segundo lugar, no “bem-estar próprio” soa uma limitação; o direito permite também contribuir para a infelicidade própria, razão pela qual em Kant “arbítrio” é o conceito mais adequado. Finalmente, tem que determinar-se antes de tudo o conceito daqueles direitos que não podem ser sacrificados, o que acontece na fórmula de Kant.

³ Codificação abrangente, de 1794, que retomou em grande parte a tradição do direito natural, afastando-se das idéias fundamentais do direito romano (N. dos T.).

Depois da primeira alínea — “critério geral” (229, 25) — o conceito de direito de Kant é um padrão de medida que distingue o direito moralmente legítimo do moralmente ilegítimo. Ele permite a cada um de comportar-se como lhe apraz, sob a pressuposição de que as regras observadas correspondam à “lei universal da liberdade”. Por isso o adendo “universal” não deve ser lido explicativamente. O fato que toda lei, formulada sem nomes próprios, contém um certo grau de universalidade, é óbvio demais para que precisasse ser dito duas vezes (230, 22 e 25ss.). Kant relembra muito mais seu critério moral geral; também o conceito moral de direito adapta-se ao seu programa de uma ética universalista.

Kant admite um pluralismo, característico do liberalismo, tanto no plano intra-estatal quanto em plano global: toda pessoa e todo grupo tem direito a suas idiosincrasias, mesmo ao seu capricho, contanto que sigam regras que sejam reciprocamente iguais para todos. Esta compatibilidade de liberdade de ação, oferecida pelo direito moral, tem inicialmente um lado negativo, ou seja que a liberdade de ação é limitada. Kant não indica a razão da primazia que ainda têm o direito privado e o direito público; talvez ele tenha considerado essa razão óbvia demais: com pessoas, que vivem no mesmo mundo externo, é sempre possível que queiram instalar-se onde um outro já mora, ou que desejem o mesmo que o outro. Em ambos os casos verifica-se uma concorrência, que além disso limita a liberdade de ação. De acordo com este argumento — que certamente falta em Kant — do experimento mental de um estado de natureza primitivo, a primeira limitação sistemática da liberdade não é nenhum fenômeno moral, muito antes uma contingência e uma “concessão natural”, posta inevitavelmente junta com a simples coexistência (cf. Höffe 1991, cap. 10.4): tão logo mais pessoas participem desse mundo externo, ninguém pode reivindicar para si um espaço vital, nem mesmo o lugar sobre o qual se encontra, sem com isso limitar o possível espaço vital de todos os outros. Onde existe um solo (limitado), porém várias pessoas, uma limitação recíproca da liberdade é inevitável.

Salta mais fortemente aos olhos o segundo e positivo lado do conceito de direito de Kant: que o arbítrio de um pode “ser unificado

conjuntamente” com o arbítrio de outro (230, 26): uma limitação da liberdade segundo uma lei universal significa enquanto tal uma garantia de liberdade. Ambas, a limitação e a garantia de liberdade, são inclusive dois lados do mesmo evento. O fato que lá onde se limita a liberdade segundo uma lei universal, a liberdade é protegida sob todos os aspetos e igualmente, tem um grande alcance: enquanto a vida comum de sujeitos responsáveis quiser ser, em um sentido enfático, racional, ou seja moral, ela tem que adotar um caráter jurídico. Portanto, o direito não é nenhuma instituição contingente e de modo algum arbitrária, muito antes necessária. Isto certamente não significa que cada determinação positiva do direito seja permitida ou mesmo ordenada. Ao contrário, o conceito kantiano de direito é um padrão de medida, com o qual todas as leis positivas são julgadas em sua legitimidade. Que somente aquelas determinações do direito, que permitem a compatibilidade da liberdade de um com a liberdade de todos os outros segundo leis estritamente universais, são legítimas, produz um padrão de medida, que forma a contrapartida jurídica do imperativo categórico familiar a nós. Ele obriga a comunidade da liberdade externa à legislação universal exatamente da mesma maneira que o imperativo categórico obriga a vontade pessoal em relação às máximas postas por ela mesma.

Pelo fato que o imperativo categórico do direito expressa a condição sem a qual não é possível uma coexistência de liberdade de ação, confere o maior significado à filosofia do direito moral de Kant. Enquanto em regra se espera de um princípio moral somente um significado normativo (aqui: do direito), o imperativo categórico do direito assume adicionalmente uma tarefa constituinte do direito. Uma ética do direito, que convida a configurar a coexistência humana em geral de uma forma jurídica, é mais do que uma ética social parcial: ela torna-se uma disciplina fundamental de uma teoria da sociedade.

Ao conceito junta-se o (de novo moral) *princípio* do direito (§ C). Este formula o mesmo estado de coisas apenas de um outro ponto de vista. Lá, no conceito de direito, trata-se do direito objetivo, aqui, no princípio do direito, é definido o correspondente direito subjetivo: a to-

talidade das ações às quais se está autorizado segundo o direito objetivo (230, 29-31). O princípio do direito fornece o padrão de medida moral para pretensões subjetivas. Na medida em que elas subsistem antes e independentemente de ações jurídicas positivas, trata-se daqueles direitos pré- e suprapositivos, que chamamos de direitos inatos ou direitos humanos.

Mas Kant não chega a envolver-se com um catálogo de direitos humanos; pois do seu ponto de vista “o direito inato é um só”: “Liberdade (independência do arbítrio coator de um outro), na medida em que ela pode coexistir com a liberdade de todo outro segundo uma lei universal, é este direito único e originário, que compete a cada homem em virtude de sua humanidade.” (237, 27-31) Mas a singularidade deste direito não exclui que ele seja usado como um padrão de medida, com cuja ajuda certos direitos elementares podem justificar-se como direitos humanos. Surpreendentemente Kant não discute esta possibilidade, embora ela já tivesse aflorado na Revolução Francesa e antes no Estado de Virgínia.

Visto que tudo o que é compatível com o princípio universal do direito é permitido, toda reivindicação de aumento dessa permissão revela-se como inadmissível juridicamente. Em consequência disso, “não se pode pretender que este princípio mesmo de todas as máximas seja por sua vez minha máxima.” (231, 3s.) Que alguém, a despeito da ação legítima, tenha outras máximas, é-lhe “por direito” livre; só a ação livre própria conta, e não a disposição que se encontra a seu fundamento. Há pois uma obrigatoriedade moral, à qual a gente mesma e enquanto tal não tem que < muss > submeter-se. Todo contrato, por exemplo, é justo enquanto ele se realiza livre e não enganosamente. A questão, de se a gente não engana, porque do contrário perde o respeito de seus concidadãos e talvez também seus parceiros de negócios, além de que é punido, ou se a gente permanece honesta por razões morais, é para o direito irrelevante. Sem o dizer expressamente, o seu conceito de direito exclui todo direito de caráter e toda bisbilhotice em relação a ele.

O conceito moral do direito corresponde à justiça. Das diversas espécies < dela >, que distinguimos desde Aristóteles, Kant não trata nem

da justiça distributiva, nem da justiça corretiva, mas só da justiça da reciprocidade, da justiça de troca. Trocados não são nem bens nem serviços, mas antes a limitação e garantia simultânea da liberdade de ação. E visto que não existe ainda nenhuma comunidade política, o princípio jurídico de Kant não se volta para um legislador ou um constituínte, mas para homens, e exige-lhes — indiretamente — de reconhecerem-se reciprocamente como parceiros (naturais) de direito.

Kant introduz enfim uma terceira variante de moral do direito, a lei universal do direito. Pelo fato de tomar forma de um imperativo, ela é o exato imperativo categórico do direito: “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal” (231, 10-12). Mas visto que a questão, a compatibilidade de liberdade de ação segundo uma lei universal, já foi abordada no conceito e no princípio do direito, também eles podem valer como formulações do imperativo categórico do direito.

A faculdade de coagir

Desde o iluminista alemão Thomasius (*Fundamenta juris naturae et gentium* 1718, 4. ed., Proemium, também § 23), a conexão entre o direito e a faculdade de coagir é compreendida quase como evidente. Mas Kant é que consegue pela primeira vez a sua demonstração e com isso a solução teórica de uma até hoje atual questão fundamental do direito e do Estado: por que pode haver uma faculdade de coagir de homens para homens? Na resposta, Kant rejeita tacitamente as utopias sociais que exigem renunciar a toda a coerção. Sem qualquer suposição adicional, a faculdade de coagir decorre diretamente da tarefa do direito, de possibilitar a convivência da liberdade externa segundo leis universais:

Sempre que se apresenta uma faculdade jurídica <*rechtliche Befugnis*>, é juridicamente proibido a todos os outros impedir a conduta correspondente a essa faculdade. Formulado positivamente, pertence além disso ao conceito de faculdade jurídica a faculdade de segundo ní-

vel, aquilo para o qual se está facultado a coagir. Nesta legitimação kantiana de um só nível, a faculdade de coagir está “conectada com o direito segundo o princípio de contradição” (§ D; cf. § E e 233, 34s.).

Poder-se-ia desenvolver a legitimação a partir de uma antinomia (do direito), desde a oposição entre positivismo jurídico estrito e anarquismo estrito. De acordo com a tese positivista, a ordem jurídica teria um cheque em branco; de acordo com a antítese anarquista, toda coerção seria reprovável; e a resolução da antinomia residiria em cada legitimação de coerção, que ao mesmo tempo limita seu alcance. Em uma argumentação dessa espécie, “legitimação por limitação”, em verdade sobressairia melhor o perfil característico da tarefa. Mas ela repetiria uma reflexão que já pertence às condições de aplicação do direito. Ela todavia não é desenvolvida lá por Kant: aquele experimento mental de um estado de natureza primitivo constitui a primeira parte de uma teoria contratual sistemática, enquanto prova como em si contraditórios ambos os lados, tanto a tese como a antítese. Ao anarquismo, por exemplo, é mostrado que como resultado do mesmo mundo externo, que diversas pessoas têm de dividir entre si, sempre já se verifica uma limitação recíproca respectivamente ao mundo externo reivindicado em comum, por conseguinte uma coerção (cf. Höffe 1991, espec. cap. 10). O princípio de realidade, introduzido por Freud (Freud 1920) contra um simples princípio de prazer, tem aqui, em uma coerção social primária, sua origem sistemática. Por isso, Freud engana-se quando torna a cultura responsável pelo princípio de realidade; em verdade ele decorre da simples coexistência de várias pessoas no mesmo mundo (exterior) espacialmente limitado. Aí encontram-se escondidos também os “lados sombrios” da natureza social do homem; pode-se entrever, para além de uma visão ora apenas otimista, ora apenas pessimista da socialidade humana, que ela jamais é simplesmente um prazer, jamais simplesmente um fardo.⁴

⁴ O Autor joga aqui com os termos *Lust* (prazer) e *Last* (fardo): *dass sie weder je bloss eine Lust noch je nur eine Last ist.* (N. dos T.)

O anunciado experimento mental deve ser executado relativamente ao inevitável experimento social. Lá onde em concordância com o positivismo jurídico estrito o direito (subjéctivo) tem em mente uma faculdade de coagir qualquer, anula-se o conceito de uma pretensão de direito. Ou seja, aquilo que um reivindica para si pode ser igualmente reclamado por qualquer outro. Ora, se de acordo com a antítese anarquista não existe nenhuma espécie de coerção, então para o reconhecimento fica-se à mercê do próprio poder ou senão da benevolência dos outros. Em ambos os casos não se encontra nenhuma espécie de pretensão subjéctiva. Um tal experimento mental corresponde a ambos os lados do conceito moral de direito, executa contudo mais concretamente o que lá foi apenas afirmado: que a garantia recíproca de liberdade somente é possível por uma limitação igualmente recíproca da liberdade. Na medida em que na "Introdução à Doutrina do Direito" falta o experimento mental, ela não esgota as possibilidades da ética do direito.

Kant prepara a fundamentação da faculdade de coagir no § C (2ª alínea), executa-a no § D e prova-a no § E. A argumentação extremamente formal corresponde à meta probatória de uma faculdade de coagir imanente ao direito subjéctivo porém moral. Quem ouve "coerção" pensa primeiramente em força física. Ao lado dela há porém uma infinidade de outras formas, além disso não somente a coerção directa, mas também aquela indirecta, que resulta de dependência social ou de pobreza económica. Visto que Kant não apresenta o amplo espectro dos possíveis conceitos de coerção, gosta-se de atribuir-lhe um conceito estreito de coerção, limitado à força física. Em verdade e com razão o conceito de coerção permanece aberto, porque inicialmente se tem que responder à pergunta mais fundamental, se em geral e, dado o caso, em que medida a coerção é moralmente permitida. (Neste caso, a coerção não significa nem vingança, nem autodefesa, nem pena; de pena criminal — estatal — só se pode falar pela primeira vez no direito público.)

Kant argumenta de modo tanto simples quanto convincente: moralmente legítima é toda coerção que e na medida em que se contrapõe a uma coerção ilegítima, à injustiça. Com isso, ele rejeita tacitamente

um anarquismo estrito; pois coerção se permite que exista. Mas ela é legítima somente sob duas condições restritivas, com as quais Kant contradiz a tese da antinomia do direito. Em primeiro lugar, a coerção somente é permitida onde, aliás, já existe coerção, lá nomeadamente onde um outro invade o meu espaço legítimo de liberdade. A coerção legítima não ataca, mas se defende; ela não é nenhuma coerção agressiva, mas defensiva, uma anti-coerção. E no quadro da coerção defensiva, em segundo lugar, é legítima unicamente aquela coerção que se volta contra uma injustiça. Do contrário, um ladrão, que impedisse a pessoa roubada de recuperar sua propriedade, estaria moralmente no seu direito.

A única coerção jurídica legítima, a defesa contra a injustiça, apresenta-se em duas formas: preventiva e restitutiva. Se um roubo está a caminho, pode-se impedi-lo (a gente porventura agarra o ladrão); e pode-se buscar a coisa roubada onde ela foi encontrada. Quem conscientemente fere o ladrão ou volta para buscar mais do que o bem roubado, comete ele mesmo uma injustiça.

Para justificar a defesa contra a injustiça sob forma coercitiva, Kant emprega duas negações práticas: como a simples negação de uma ação, o "obstáculo a um efeito", e como a negação dupla "a resistência que é contraposta ao obstáculo" (cf. 231, 24s.). A negação simples de uma ação moralmente legítima, o obstáculo, é uma injustiça moral (cf. 230, 32-34), enquanto uma negação dessa negação recupera a posição. Quem opõe preventiva ou restitivamente resistência a uma injustiça, anula a injustiça e reconhece de novo o direito legítimo: "Se um certo uso da própria liberdade é um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é injusto), então a coerção, que é contraposta a ele, enquanto impedimento de um obstáculo à liberdade, concorda com a liberdade segundo leis universais, quer dizer é justa" (231, 28-32).

Kant opera meramente com os conceitos de direito e de injustiça, bem como com uma operação lógica, da dupla negação, com a qual se recupera a posição. Por isso a faculdade de coagir está contida no conceito de princípio do direito. Aqui, e não nas condições de aplicação, Kant argumenta analiticamente: "Por conseguinte com o direito conecta-se ao

mesmo tempo, segundo o princípio de contradição, uma faculdade de coagir aquele que o prejudica” (linhas 32-34). O juridicamente permitido inclui a permissão de segundo nível, de coagir aquilo que é permitido no primeiro nível: um direito subjetivo não se compõe “de duas peças”, “da obrigatoriedade segundo uma lei” e da faculdade de coagir (232, 6-9) conjuntas, mas “direito e faculdade de coagir significam pois a mesma coisa” (l. 29).

Nos próximos parágrafos Kant faz de certo modo a prova. O § E parte do resultado do § D, da faculdade de coagir do direito (moral) e pergunta pela “possibilidade de uma coerção recíproca exaustiva, que concorde com a liberdade de qualquer um segundo leis universais”. A resposta reza: uma tal espécie de coerção só é possível como direito no sentido estrito da palavra. Na elucidação (232, 30ss.), Kant compara a prova com o método empregado na matemática pura, da construção de um conceito “em uma intuição pura *a priori*”. Contudo, ele não tem em vista a geometria pura, mas um axioma da mecânica teórica: o terceiro axioma de Newton, a lei da igualdade de ação e reação. Quem analogamente a esse axioma parte de entes que se influenciam reciprocamente, descobre, na construção de uma comunidade correspondente, que ela somente é representável em uma “coerção exaustivamente recíproca e igual”. Em suma, sem a coerção correspondente, a comunidade é absolutamente impossível.

De um ponto de vista mais amplo, o âmbito do direito é comparável à Matemática: as leis (“Doutrina do Direito”) têm que determinar a cada um, “com exatidão matemática”, o que lhe compete juridicamente, o que é seu; o que, no âmbito da virtude, “não pode esperar-se” (l. 19-21). Esta diferença entre Doutrina do Direito e Doutrina da Virtude lembra Aristóteles, que determina a justiça como um meio a determinar-se matematicamente (*meson pragmatos*), todas as outras virtudes porém como meios subjetivamente relativos (*meson pros hêmas*) (*Ethica Nichomachea* II 5, 106a29-31 e V 9, 1133b32s.); cf. Höffe 1996, cap. 14). A falta de exatidão matemática pertence às razões pelas quais Kant separa a equidade e o direito de necessidade do direito estrito. Onde a questão não é

exatamente determinável, não se pode, segundo Kant, falar de direito e injustiça com faculdade de coagir.

Equidade e direito de necessidade

O “Apêndice à Introdução à Doutrina do Direito” trata de dois casos, que curiosamente reclamam decisões de direito, para os quais, todavia, não se pode encontrar ninguém que os decida” (233, 24s.). Kant, de modo conseqüente, nega-lhes a possibilidade de pertencerem tanto ao direito estrito quanto ao direito com faculdade de coagir (233, 34s.) e tampouco a algum direito “mesclado com preceitos de virtude” (232, 16; cf. l. 13s.: “sem mistura de elemento ético”). Não obstante eles não caem totalmente fora do âmbito do direito, para pertencerem à virtude (cf. 234, 11-13), mas muito antes eles possuem um meio-caráter de direito. Eles pertencem a um âmbito intermediário (‘ao *intermundia* de Epicuro’: 233, 26), ao qual não falta simplesmente a “faculdade de coagir”, mas no qual ela meramente não pode ser “determinada por nenhuma lei” (234, 1s.). Por isso Kant os separa, antes de passar à “doutrina do direito propriamente dita” (233, 28s.), cuja faculdade de coagir se deixa determinar por uma lei.

A equidade é um “direito sem coerção” e o direito de necessidade, uma “coerção sem direito” (234, 4). Em ambos os casos é perfeitamente razoável falar de direito. A questão, de em que ele exatamente consiste, é tão radicalmente controversa, que “não se pode apresentar nenhum juiz para decidi-la” (l. 6s.). Kant refere-se aqui a uma instituição, a jurisdição, que na tarefa do direito pode ser aludida como determinando exatamente o seu de cada um, mas que é introduzida istematicamente apenas no § 36. Além disso, no Achenwall utilizado por Kant, faltam ambos os conceitos: a — como que supra-obrigatória — equidade (*aequitas*) e o — infra-obrigatório — direito de necessidade (*ius necessitatis*): porém a questão do direito de necessidade é tratada como estado de emergência (*favor necessitatis*, textualmente: *Gunst der Notwendigkeit* <favor de necessidade>) (Achenwall §§ 203-207).

Eqüidade. Os Antigos, enfaticamente Platão e Aristóteles, discutem a questão constitucional, igualmente fundamental e até hoje atual, de quem deve dominar: um homem ou a lei. (A variante atual reza: quem tem a primazia, a democracia ou os direitos humanos?) Visto que as leis como regras universais limitam a justiça do caso individual, Platão no *Político* considera como “o melhor, quando não as leis têm poder, mas um homem-rei, dotado de prudência” <*Einsicht*> (294a). Em face da mesma alternativa, Aristóteles considera na *Política* (III 15, 1286a17-21) ambos os lados como necessários. As leis são melhores, na medida em que, à diferença de homens dotados de paixões, são totalmente livres; contrariamente o homem entende, em particular, aconselhar melhor. Por isso a *Ethica Nicomachea* admite um direito de ambos: tanto da justiça que procede segundo regras (leis), como da eqüidade que em casos particulares corrige as regras (cap. V 14: cf. *Retórica* I 13, 1374a26ss.). Para a eqüidade, entretanto, não é competente o juiz (*dikastês*), mas o opositor, que está pronto para ceder mesmo nos casos em que tem a lei de seu lado (*Ethica Nicomachea* V 14, 1137 34-1138a3), ou uma instituição independente, a dos juízes de paz (*diaitêtês*: *Política* II 8, 1268b 4 ss.; *Retórica* I 13, 1374 b 19-22).

Com boa razão, Kant considera a renúncia pessoal como não forçável judicialmente, o que ele elucida em dois exemplos: O membro de uma cooperativa (“companhia de negociantes”), que fez mais, pode reivindicar uma parte proporcional maior; e um empregado doméstico exige uma compensação por uma perda de valor de seu salário, condicionada pela inflação (‘espécie de moeda deteriorada’). Kant alega dois argumentos em favor da coercibilidade não-judicial, um argumento “pragmático” e um argumento de princípio: De um lado, faltavam “competências específicas” para <saber> em que medida se deve atender o reclamante. De outro, desrespeitar-se iam direitos estabelecidos contratualmente, já que um outro tem de renunciar a direitos, nos quais ele pode “sem piedade” — é seu direito — teimar. Com Aristóteles pode-se renunciar livremente a direitos, mas sem coação da renúncia. No direito positivo a eqüidade é conhecida não só da Atenas clássica. Enquanto o proble-

ma platônico-aristotélico é estranho ao direito romano pré-clássico e clássico, introduz-se, não obstante, nele mais tarde. Além disso o pensamento jurídico romano abre-se à tendência cristã de compreender a eqüidade (*aequitas*) na direção da moderação e benignidade, e até da caridade, que encontrará acesso no direito eclesiástico. Do mesmo modo o direito romano cuida de distinguir entre o direito estrito (*ius strictum*) e um direito de eqüidade (*ius aequum*) mais livre, melhor adaptado às situações concretas. E na Inglaterra desenvolveu-se desde o século XIV uma jurisdição de via dupla, em que a jurisprudência da *equity* realça o instituto jurídico fiduciário <*Treuhand*> (*trust*) e, além disso, aprimora o direito do delito (privado).

Portanto, embora haja tradições de jurisprudência da eqüidade e que, além disso, a eqüidade vale como princípio jurídico geral, e por vezes é até admitida imediatamente no próprio direito positivo, Kant, sem investigar essas relações, vê em um tribunal da eqüidade uma contradição (234, 33s.). Seu argumento: Sobre algo, que pudéssemos chamar de “direito meramente moral”, não se tem nenhuma reivindicação jurídica a reclamar. Só mesmo um juiz, que (não enquanto pessoa natural, mas como representante da Coroa ou do Estado) toma a seu cargo o dano em questão, pode envolver-se em considerações sobre eqüidade.

Na conclusão dessa seção, Kant concede o ‘aforismo da eqüidade’, conhecido desde Cícero (*De officiis* 1 § 33): “O direito mais estrito é a suma injustiça” (cf. a respeito, *Summum ius summa iniuria* 1963), mas percebe que “não há como remediar esse mal pela via do direito”. A exigência concerne ao fóro da consciência (*forum poli*, textualmente: ao mercado ou tribunal celeste), portanto a um direito “apenas moral” e não convertível em direito positivo, em direito terreno (*forum soli*) (235, 6-11).

Kant contrasta enfaticamente o segundo fenômeno especial, o **direito de necessidade** com a legítima defesa (nele: antecipar-me a um agressor injusto contra minha vida: II 235, 19s.). Também segundo o direito atual, a legítima defesa consiste na defesa requerida para a resistência contra um ataque presente (cf. § 32 *Código Penal*, § 227 *Código Civil*); ela forma pois uma parte legítima do direito estrito. Quem comete um

ato de legítima defesa permanece inocente, do ponto de vista jurídico (235, 20): *ius inculpatae tutelae*: — direito de tutela inculpada). Neste caso se trata — pode-se inferir da linha 24s. — de um instituto jurídico objetivo a ser prescrito pela lei. Entretanto, há um não pequeno problema jurídico-teórico, no qual Kant porém não entra: que, dentro de uma ordem jurídica pública, a legítima defesa exhibe um ataque ao monopólio de poder do Estado e uma “recaída” na justiça privada, a justificar-se, no caso em questão, pela notória incapacidade do Estado de cumprir sua tarefa de proteção jurídica.

O direito de necessidade, contrariamente, é somente o “pretensão direito ... de, no caso de risco de perda de minha própria vida, tirar a vida de um outro que não me fez nenhum mal” (235). Enquanto a legítima defesa volta-se contra um ataque ilegal — aqui o direito de resistir opõe-se a uma injustiça agressora — o direito de necessidade fere o direito (legítimo) de um terceiro. Kant não discute o exemplo muito citado do roubo, em caso de necessidade, por fome — aqui uma terceira pessoa totalmente alheia é prejudicada —, mas o exemplo clássico, que remonta à filosofia grega de Carneades (214-129 a.C.), representante de um ceticismo acadêmico: alguém que, em um naufrágio com um outro, que corre o mesmo risco de vida, empurra-o da prancha, sobre a qual se salvava, para salvar-se a si próprio” (*ibid.*; sobre a prancha de Carneades em Kant e Gentz, ver Hruschka 1992). Porque o rechaçamento leva o outro à morte, verifica-se um grave delito de homicídio, o homicídio proposital de um outro, que o Direito Penal alemão caracteriza como assassinato (§ 213 *Código Penal*). É fora de dúvida que o envolvido leva a culpa jurídica; portanto, ele não é inocente em sentido objetivo (Kant traduz *inculpabile* por “não punível”), mas pode ser desculpado “subjetivamente”, quer dizer aqui: “perante o tribunal” (l. 25). Surpreendentemente Kant não apela aqui para um estado de necessidade desculpável, nem além disso para um estado de necessidade justificável, muito antes ele argumenta com uma teoria preventiva, que em sua teoria penal obtém, quando muito, uma legitimação secundária: visto que a “pena ameaçada ... de modo algum pode ser maior” do que aquilo que em caso contrário ameaça até

com segurança — a “perda da vida” — uma lei penal não pode mesmo assim “deixar de ter o efeito visado” (l. 31s.), de modo que o ato se torne impunível (*impunibile*). Em concordância com o tradicional direito natural de Tomás de Aquino (*Summa theologiae* II, II q. 64, art. 7), passando pelo *Leviathan*, cap. 14, de Hobbes, até Wolff (*Ius naturae*, 1664-66 § 1017), e Achenwall (§§ 203-207; cf. 232), a conservação de si próprio torna-se aqui um direito supremo, todavia não um direito no sentido de um conceito de direito estrito.

Tomemos Achenwall como exemplo para a tradição pré-kantiana: com referência ao aforismo — citado também por Kant (236, 5s.) — “necessidade não conhece lei” (*necessitas non habet legem*), lá onde um dever perfeito (sob cuja classe caem os deveres do direito) colide com a conservação do homem em geral, ele vê (§§ 203-207; cf. § 232) como dado um estado extraordinário ou irregular, para o qual vale a lei natural (*lex naturalis*): abandona o dever perfeito, para em geral te conservares! Esta lei certamente vale somente como permitida — porque concorda com a lei natural suprema (§§ 108-109) —; mas não há nenhum direito (*non est ius*). Pelo fato que Achenwall fala de lei, cabe-lhe a objeção de Kant, mas somente de modo limitado, porque ele não vê dado nenhum direito: “E esta impunibilidade **subjetiva**, devido a uma estranha confusão, é considerada pelas teóricas do direito como uma (conformidade a lei) **objetiva** (236, 2-4).

Outra diferença: Achenwall vê nessa espécie de problemas a existência de uma colisão de leis (§§ 115-120) ou de deveres (§§ 201-208), explicável a partir da finitude do homem (§ 115). Kant, contrariamente a ele, já na “Introdução à Metafísica dos Costumes” (seção III “Conceitos Preliminares”) exclui por princípio um conflito de deveres (*collisio officiorum s. obligationum*). No máximo, podem dois fundamentos da obrigatoriedade (*rationes obligandi*) entrar em conflito recíproco, dos quais um porém “é insuficiente para obrigar” (224). No direito de necessidade parece dar-se uma situação oposta; pois respeitar a vida de outros permanece um dever, do qual o que comete a infração em relação à embarcação pode ser dispensado em nome da sua própria conservação.

Mas visto que sua permissão <Dürfen> não tem o nível de um direito jurídico, e ainda menos de um direito ético (que a Doutrina da Virtude nem sequer prevê), não se verifica de fato nenhuma colisão de deveres. Em suma: a um problema da tradição Kant adere com uma solução da tradição, da qual ele porém desenvolve a conceituação ou teoria mais exata, que se afasta da tradição.

No fim de suas exposições sobre o estado de necessidade, Achenwall alude à perspectiva pública, a razão de Estado <Staatsräson> (*ratio status*: § 207), que em nome da conservação do Estado permite uma violação mesmo de direitos perfeitos. Kant não entra nessas considerações, embora a solução de Achenwall vá ao encontro de sua conceituação: mediante ações correspondentes, um Estado em verdade tornou-se culpável (*culpabile*); mesmo que houvesse um tribunal mundial <Weltgerichtshof>, não seria punível (*impunibile*) por ele.

Para terminar, uma observação sobre o direito de necessidade: No *Gemeinspruch* <Sobre o dito comum> (VIII 300) Kant discute, relativamente ao direito de necessidade, a questão de um direito de resistência, que ele contudo rejeita. Também a *Doutrina do Direito* discute esta questão e introduz, a propósito, a expressão “direito de necessidade”. Como questão porém ela não é formulada aqui, na “Introdução”, mas no Direito Político <Staatsrecht>, na “Observação Geral”, A. (Sobre a expressão “direito de necessidade”: 321, 35ss.) Kant efetua, a propósito, em comparação com o *Gemeinspruch*, uma diferenciação. Ou seja, ele chama a deposição coagida de um monarca um “crime do povo”, que ‘todavia tem ainda em seu favor pelo menos o pretexto do direito de necessidade (*casus necessitatis*), mas jamais o menor direito’.

Traduzido do alemão por Valerio Rohden e Rogério Passos Severo

Bibliografia

- Achenwall, Gottfried/Johan Stephan Pütter, *Anfangsgründe des Naturrechts (Elementa iuris naturae)*, Göttingen; lat.-al., trad. por Jan Schröder: Frankfurt/M. 1995
- Aristoteles: *Ethica Nicomachea*, ed. por I. Bywater, Oxford, 1894
- Anonymus 1797: (Recensão da *Doutrina do Direito* de Kant) in: *Tübinger Gelehrte Anzeigen*, 39. Stück, 15.5., 305-310, e 40. Stück, 18.5., 316-320
- Berlin, Isaiah 1969: Two Concepts of Liberty, in: do mesmo, *Four Essays on Liberty*, Oxford, p. 118-172
- Ebbinghaus, Julius 1960: Kants Rechtslehre und die Rechtsphilosophie des Neukantianismus, in: J. Derbolav/Fr. Nicolin (Orgs.), *Erkenntnis und Verantwortung*. Festschrift für Theodor Litt. Düsseldorf, 317-334
- Freud, Sigmund 1920: *Jenseits des Lustprinzips*, Leipzig/Wien/Zürich
- Gregor, Mary J. (Trad.) 1991: I. Kant, *The Metaphysics of Morals: 1. Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right*, Cambridge
- Grimm, Jacob und Wilhelm 1984: *Deutsches Wörterbuch* 33 vols. (1854-1971), Reprodução fotomecânica: München 1984
- Hastie, W. (Trad.) 1887: I. Kant. *Philosophy of Law*, Edinburgh, Reprodução: Clifton 1974
- Höffe, Otfried 1991: *Justiça política, fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*, trad. de Ernildo Stein: Petrópolis, RJ
- 1995: *Ethik als praktische Philosophie — Methodische Ueberlegungen* (I 1., 1094a22-1095a13, in: do mesmo (Ed.): Aristoteles, *Die Nikomachische Ethik* (Klassiker Auslegen), Berlin
- 1996: *Aristoteles*, München
- 1998: (Archit. Geschichte), in: Mohr/Willaschek: *Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft. Ein kooperativer Kommentar*, Berlin
- Hruschka, Joachim 1991: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und Kant, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 138, 1-10
- Kelsen, Hans 1960 2ª ed.: *Meine Rechtslehre*, Wien (1a. ed. 1934)
- Luhmann, Niklas 1993: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.
- Philonenko, Alexis (Trad.) 1979: I. Kant: *Métaphysique des moeurs*. 1e Partie: *Doctrine du droit*, Paris 1971
- Platon, *Politikos (Der Staatsmann)*, trad. por F. D. E. Schleiermacher, *Werke in acht Bänden*, grego e alemão, ed. por G. Eigler, vol. 6, Darmstadt 1970.
- Pufendorf, Samuel 1672: *De iure naturae et gentium liber octo*, Lund: Facsimile: Frankfurt a.M. 1967
- Summum ius summa iniuria 1963 (= *Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, vol. 9), Tübingen
- Thomas von Aquin 1962: *Summa Theologiae*, Roma (reimpressão)
- Thomasius, al. 1705: *Fundamenta iuris naturae et gentium*, Halle; facsimi-

le: Aalen, 1963

Wolff, Christian 1764-66: *Ius naturae methodo scientifico pertractatum*, 8 vols. Frankfurt a.M./Leipzig; reprodução no mesmo: *Gesammelte Werke*, ed. por J. École entre outros, Hildesheim, 1969

— 1740: *Institutiones iuris naturae et gentium*, Halle/Magdeburg; alemão: *Grundsätze des Natur — und Völkerrechts*, trad. por G. S. Nicolai, Halle 1754; reimpressão no mesmo: *Gesammelte Werke*, ed. por J. École e outros, Hildesheim, 1965

Self-understanding and philosophy: the strategy of Kant's *Groundwork**

Paul Guyer

University of Pennsylvania

The topic of this paper is the relationship between “common” and “philosophical” “rational cognition of morals” (*sittlichen Vernunftkenntnis*) that Kant has in mind in the *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. One striking fact about the argument of the *Groundwork* is that philosophy appears in it in the guise of both “popular moral worldly wisdom” — here it may be best to translate *Weltweisheit* literally rather than as just an archaic word for “philosophy” — on the one hand and that of Kant’s own “metaphysics of morals” and “critique of pure practical reason” on the other. More precisely, the *Groundwork* starts off by deriving its initial formulation of the categorical imperative from a “common rational cognition of morals” that every reasonable person is supposed to recognize as his or her own, and then relates both “popular worldly wisdom” and a genuine “metaphysics of morals” and “critique of pure practical reason” to this “common rational cognition of morals.” What is the relation of these two forms of philosophy to each other and to the pre-philosophical self-understanding from which Kant’s argument seems to begin?

One interpretation might be this: Kant thinks that every normal human being innately possesses or naturally acquires an understand-

* Este artigo também será publicado no volume *Philosophie in Synthetischer Absicht – Synthesis in Mind*, editado por Marcelo Stamm, Stuttgart: Klett-Cotta, 1998. Gostaríamos de agradecer ao editor pela autorização para que o artigo pudesse ser publicado no primeiro número da revista *Studia Kantiana*.