

**DAS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A MORAL  
(UM ENSAIO SOBRE O PENSAMENTO DE KANT)**

Fabiana Silveira Karam<sup>1</sup>

**Resumo:** As relações do Direito com a Moral continua sendo um dos temas mais agudos da jusfilosofia. No atual estágio do direito positivo, como nunca antes ocorrera, a eticidade está presente radicando estas duas categorias. Mas impõe-se uma retrospectiva histórica, para acompanhar e compreender toda esta evolução. O tema mostra-se desafiador em KANT, porquanto inserido em seu sistema, o que lhe dá completude. E, a partir daí, os questionamentos sobre o imperativo categórico revelado pela razão prática, a autonomia da Moral e a heteronomia do Direito, a aparente antinomia entre liberdade e coatividade, a justiça como a medida da liberdade. A grande indagação a se fazer é até onde e como se dá uma possível interação de moralidade e legalidade em KANT.

**Palavras-chave:** KANT, imperativo categórico, Moral, Direito, liberdade, coatividade, Justiça.

**Abstract:** The connections between Law and Ethics remains one of the most interesting subjects of Philosophy. Nowadays, in judicial ordinances, Ethics appears as present as ever, embracing both categories. But we must go back in time, to apprehend and understand this evolution. The subject shows itself as a challenge in Kant, as inserted into his system, what makes it complete. Therefore, the questions about the categorical imperative revealed by practical reason, the autonomy of moral and the heteronomy of Law, the appearance of antinomy between freedom and coercion, the Justice as a measure of freedom. The question is how to join morality and legality in Kant.

**Key-words:** KANT, categorical imperative, Ethics, Law, freedom, coercion, Justice.

**BREVE INTRODUÇÃO AO TEMA**

As relações entre o Direito e a Moral constituem dos mais importantes assuntos de que se ocupa a Filosofia do Direito.

A Filosofia do Direito não é uma disciplina jurídica ao lado de outras; não é sequer rigorosamente uma disciplina *jurídica*. É um ramo da Filosofia que se ocupa do Direito.

A Filosofia como disciplina e forma de atividade mental do homem não é aplicada somente a certos e limitados setores da realidade.

Pode-se dizer que a Filosofia é um certo prisma de visão das coisas, um certo modo de olhar para elas e para a realidade e de sobre estas interrogar. Por ela vemos levantarem-se determinados problemas e dúvidas, com que não se preocupam as ciências ou já os pressupõem resolvidos.

Esta visão ou contemplação, ainda que das coisas do Direito, é precisamente a *filosófica* – nos termos em que foi definida.

---

<sup>1</sup> Juíza de Direito dos Juizados Especiais - Curitiba. Mestranda do Programa de Pós-Graduação da PUC-PR

É uma transposição do jurídico para o campo daquelas interrogações fundamentais que se impõem a respeito de tudo o que possa ser objeto do pensamento – numa palavra – para o campo das preocupações habituais da Filosofia.

A Filosofia do Direito não pode ser cultivada, em harmonia com o que fica exposto, por homens que sejam apenas juristas.

Terá de ser cultivada por homens que, tendo alguma coisa de juristas, sejam sobretudo filósofos.

E um dos grandes desafios aos jusfilósofos sempre foi o das relações entre Direito e Moral.

Escreveu JELLINEK que ele era o *Cabo Horn* da ciência jurídica: *perigoso escolho contra o qual muitos sistemas têm naufragado*.

O mundo antigo não conheceu a perfeita separação entre os domínios da Moral, do Direito e da Religião.

Entre os preceitos jurídicos de ULPIANUS, por exemplo, achamos *honeste vivere*, que é antes um preceito moral. CELSO define o Direito como *ars boni et aequi*.

Mas o grande jurisconsulto PAULUS nos legou uma distinção: *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que o direito permite é conforme a moral).

Apenas em época recente, encontramos uma teoria genuína desta distinção. THOMASIUS, em 1705, foi o primeiro a encarar a questão. Para ele, a Moral respeitava apenas ao *forum internum*, à vida interior; o Direito, ao *forum externum*, à vida exterior. Daí resultava que a **Moral não é coercível e o Direito é coercível**.

O seu pensamento foi levado a extremos e J. A. FICHTE chegou a cavar um valo quase intransponível entre o Direito e a Moral.

KANT salientou o aspecto da exterioridade do Direito, de modo especial. Realçou os motivos da ação e o seu aspecto físico. Os motivos constituem as *ações internas*, campo da Moral. O aspecto físico é *foro externo*, o campo do Direito. Mas o Direito também leva em consideração a vida interior do homem quando, por exemplo, procura discernir a boa-fé, o dolo ou a culpa.

HEGEL não separa – como KANT – o *ser* da Moral do *dever ser* do Direito. Ambos partem da mesma premissa, que é a LIBERDADE. Mas, para HEGEL, a liberdade é o signo do Direito: *o sistema do Direito é o reino da liberdade realizada*.

Mas esta liberdade não pode ser plena ou perfeita. Entra ela em conflito consigo mesma e se supera pelo conceito oposto (antítese), que a depura e a aperfeiçoa: faz-se então *moralidade*. O Direito se manifesta no mundo do espírito objetivo, a Moral é o momento

subjetivo do dever. Deste conflito entre a *tese* (causa livre) e da *antítese* (dever moral) surge a *síntese*: os costumes.

Ao sistema dos costumes pertencem três formas de organização: família (espírito natural), sociedade (espírito fenomenal) e Estado (espírito orgânico).

Certas tendências filosóficas quase acabaram por cavar verdadeiro abismo entre a Moral e o Direito.

Mais recentemente tem tido ampla aceitação a tese do *mínimo ético* formulada por JELLINEK e desenvolvida, entre outros, por BENTHAM.

O Direito seria *parte* da Moral. Um conjunto de normas éticas necessárias à vida social e, por isso, dotadas de certas características formais. O Direito deve ser precisamente determinado. A Moral, porém, vive principalmente na consciência individual. Por este motivo, os elementos essenciais da ética adquirem consistência jurídica; os não essenciais permanecem na forma moral.

BENTHAM deu formas geométricas às idéias de JELLINEK. Representou a Moral e o Direito por **dois círculos concêntricos. O Direito teria o mesmo centro que a Moral, mas não a mesma circunferência. O círculo menor representaria o campo do Direito e o maior o campo da Moral.**

Mas a inclusão de todo o Direito no campo da Moral é desarrazoada. Como dizia PAULUS, *nem tudo o que é permitido pelo Direito está de acordo com a Moral*. O Direito, *verbi gratia*, **nega execução** à dívida prescrita. Mas o devedor tem a **obrigação moral** de pagá-la.

Mais perfeita que a figura de BENTHAM parece a imagem do DU PASQUIER, que **representa o Direito e a Moral como dois círculos secantes**: a área comum contém as regras que, concomitantemente, apresentam qualidade jurídica e caráter moral.

As primeiras codificações deram primazia à letra da lei, que haveria de ser interpretada e aplicada na sua quase literalidade.

Os novos Códigos porém abriram largos espaços à eticidade, porquanto a aplicação da norma não deve prescindir de certos valores que a flexibilizem, ao invés de pretender uniformizar a realidade.

A *norma* não é mais um comando estático no tempo. Quando nela se fala, faz-se referência àquela interpretada, vivente, expressão do processo cultural do qual nasceu e sobre o qual é destinada a incidir. Singular é o seu destino: ela exprime uma realidade historicamente passada e é chamada, ao contrário, a intervir em uma realidade presente, às vezes muito diversa daquela originária.

Como esta nova perspectiva, sem dúvida o Direito codificado em seu todo passou a ser permeado pela Moral. Apesar da variação também da Moral no tempo e no espaço, os grandes preceitos morais se transformaram em normas jurídicas: os bons costumes, a boa-fé, a lealdade comercial, a equidade, foram consagrados pelo direito de quase todos os povos, sem discrepância.

Objeto deste ensaio é o de estudar o tema das relações entre o Direito e a Moral no pensamento de um dos mais geniais filósofos que a humanidade conheceu: **Immanuel Kant** (1724 – 1804).

A sua concepção está inserida nas premissas de um sistema filosófico, o que torna atraente o desafio, pois não se trata apenas de buscar diferenciações pontuais e alguns pontos de conexão entre as duas categorias, senão a de entendê-las dentro de um universo muito mais amplo.

## **1. AS PREMISSAS INOVADORAS DA FILOSOFIA KANTIANA**

Se KANT não pode ser reputado como o fundador da Filosofia moderna – que se inicia com DESCARTES e BACON – merece ao menos ser considerado como seu grande renovador. Com ele, a Filosofia conhece nova fase. Para o seu pensamento convergiram diversas correntes filosóficas, inclusive antagônicas entre si, como o idealismo, o empirismo e o positivismo. Procurou conciliar o materialismo e o idealismo em um único sistema, embora de direções filosóficas heterogêneas e opostas. Os materialistas históricos acusam que o pensamento de KANT tem sido usado como arma poderosa pelos seus críticos, ao fazerem considerar a matéria como *coisa em si (noumenon)* e pois de todo incognoscível. Mas, apesar das inevitáveis discordâncias, KANT é, sem dúvida, um dos maiores filósofos de todos os tempos.

A importância de sua obra excede em muito os limites deste ensaio. Mas não se pode falar nas relações entre Direito e Moral sem se destacar a importante contribuição que KANT deu ao tema.

Convém situar algumas de suas premissas, para entender a lógica com que abordou a questão.

KANT se propusera a indagar sobre as condições, os limites e a validade do conhecimento. Antes dele, a Filosofia cuidava mais da *ontologia*. Com KANT, passou do estudo do *ser*, para o do *conhecer*. Para ele, não conhecemos a *coisa em si (noumenon)*, senão pela *forma* pela qual ela é apreendida (*fenomenon*).

O conhecimento é pois *relativo*, pois não se conhece a *realidade*, apenas a sua *aparência*.

Se isso se passa no campo da Filosofia teórica, especialmente no campo da gnoseologia, no campo da *prática* (no mundo da **ação**) o homem já se encontra em melhores condições de chegar à certeza absoluta, que o conhecimento teórico não lhe pode dar.

KANT expõe os problemas fundamentais do Direito na *Metafísica dos Costumes* (1797), obra dividida em duas partes, intituladas *Doutrina do Direito* e *Doutrina da Virtude*. Torna-se também necessário o conhecimento da *Crítica da Razão Prática* (1788) e da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), onde KANT expõe a sua famosa teoria da moral do dever. Para melhor conhecimento das relações entre Direito e Estado, é importante a leitura do apêndice *Sobre a Paz Perpétua* (1795), onde KANT expõe o seu projeto para a solução de controvérsias internacionais.

## 2. A LEI DO DEVER MORAL: O IMPERATIVO CATEGÓRICO

No mundo prático, temos consciência de um dado *apriorístico*, fruto de uma revelação, que não cabe propriamente dentro do conhecimento científico, *que nos ensina o que devemos e o que não devemos fazer*. KANT assim afirma o primado da razão prática sobre a teórica.

Para KANT existem certas concepções *a priori*, anteriores à própria experiência e cuja existência é admitida sem necessidade de comprovação. Uma dessas concepções apriorísticas é a **liberdade**, noção metafísica da qual não se pode dar uma demonstração teórica.

A liberdade, é pois, um postulado. Mas esta liberdade não pode ser incondicional. Quais então os limites da liberdade? Para KANT, se a *causa livre*, inerente à razão humana, obedecesse a alguma lei, *livre já não seria*. A causa - *para ser livre* – não pode estar sujeita à coação. KANT encontra os limites da liberdade em uma lei que não constranja, em uma lei que é acatada porque querida e compreendida por um *ser livre*. Qual seria esta lei? É a LEI DO DEVER MORAL. A lei do dever moral está no foro íntimo de cada ser.

KANT chama esta lei de **imperativo categórico**. Trata-se de uma máxima da vontade, que o próprio indivíduo elege em princípio de legislação universal e que **ordena incondicionalmente a prática do bem**.

São imperativos categóricos aqueles que, de maneira imediata, prescrevem que uma **ação** em si mesma contingente torna-se por si mesma objetivamente **necessária** e não como

simples *meio* para atingir certo fim<sup>2</sup>. Quando um imperativo vale por si só, objetivamente, sem precisar de qualquer fim exterior, dizemos que é autônomo. E aqui a grande contribuição de KANT, ao introduzir critério de grande significado, destacando a *autonomia* da moral, em contraposição à *heteronomia* jurídica. A autonomia indica a exigência suprema que existe no plano moral de uma adequação ou de uma conformidade absoluta entre a regra e a vontade pura do sujeito obrigado<sup>3</sup>. Vontade pura que não significa *isenta de impureza*, mas sim *independente da experiência*.

Eis como KANT enuncia, no § 7º, da Crítica da Razão Prática a sua lei fundamental: **“Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”**<sup>4</sup>.

E eis o corolário que KANT tira do enunciado: *“A razão pura é por si só prática e dá (ao homem) uma lei universal, que chamamos de lei moral”*<sup>5</sup>.

No § 8º, da referida obra, KANT apresenta o **Teorema IV**, onde destaca a autonomia da vontade, como princípio da lei moral: *“A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conforme a elas: contrariamente, toda a heteronomia do arbítrio não só não funda obrigação alguma mas, antes, contraria o princípio da mesma e da moralidade da vontade”*<sup>6</sup>.

O princípio da moralidade consiste na independência de toda a matéria de lei e, ao mesmo tempo, na determinação do arbítrio pela simples forma legislativa universal.

Pode-se então concluir que a Moral é autônoma, desde que por autonomia se entenda a faculdade ou a qualidade que a vontade tem *de ser lei para si mesma*. É, em outras palavras, o dever e a possibilidade que a vontade tem de impor a si mesma a sua lei. É a identificação entre a vontade *pura* e o enunciado da regra moral.

A Moral distingue-se radicalmente do sentido de utilidade e do prazer da ação. Em se atuando com a vontade de obter um resultado útil ou prazeroso, a ação perde logo o caráter moral. O dever moral nos comanda de modo absoluto. É como uma voz sublime, que impõe o respeito, que nos adverte ainda quando não a desejemos escutar. A Moral quer que os nossos atos tenham caráter universal.

---

<sup>2</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 65.

<sup>3</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 65.

<sup>4</sup> KANT, Immanuel - Crítica da razão pura, pág. 51.

<sup>5</sup> KANT, Immanuel - Crítica da razão pura, , pág. 52

<sup>6</sup> KANT, Crítica da razão pura, pág. 55

A isso se reduz a lei moral que KANT designa como *imperativo categórico*: “*atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valer como princípio de uma legislação universal*”<sup>7</sup>.

Para MIGUEL REALE, no comum da ação moral, vive-se a regra em seu sentido pleno e espontâneo. Ninguém pode praticar um ato *moral* pela força ou pela coação. Neste ponto, a vontade jurídica, porque sujeita à coação, é heterônoma, uma vez que é muito claro que a ação mais honesta, quando cumprida pelo sentimento de não ser punido, não é mais uma ação moral.

Falando da espontaneidade do ato moral, REALE nos dá uma lição de vida, prelecionando que “*a educação para o Bem tem de ser sempre uma transmissibilidade espontânea de valores, uma adesão ao valioso, que não implica nenhuma subordinação que violenta a vontade ou a personalidade*”, o que foi muito bem visto por KANT, quando pôs em evidência o elemento da espontaneidade no mundo moral<sup>8</sup>.

Um dos problemas consiste em saber como a lei moral pode ter um caráter *universal*, em termos gerais, qual seja, totalmente universal, sendo condicionada pelos acontecimentos históricos e concepções dos diferentes povos e raças que compõem o Universo.

A resposta está na compreensão de que a Lei Moral é, *ilustrativamente*, como uma **fôrma**. Como tal é universal e imutável.

Porém, seu **conteúdo** é permeado e influenciado por contingências históricas e pelas peculiaridades dos povos, das etnias.

Isto não faz por descaracterizar a Lei Moral.

Há **preceitos morais** que são, de fato, constantes. Outros, assim considerados, podem fazer parte do *conteúdo mutável* da moralidade considerada como lei.

Não que sejam obra da vontade *individual* do homem, afetada pelas concepções pessoais de cada qual, pois aí já não estaríamos nos referindo a lei moral.

Trata-se de compreender à perfeição que este caráter de universalidade é **conceitual**, mas que o **conteúdo** dos ditames morais pode mostrar diferentes faces ao longo dos séculos e do contexto geográfico.

---

<sup>7</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 67/68.

<sup>8</sup> REALE, Miguel – Filosofia do Direito, 2º vol., pág. 393.

Quer dizer que um determinado homem, em um determinado referencial tempo-espaco, pode propor-se, livremente, ao cumprimento de um dever moral reconhecido universalmente.

Na Tailândia, por exemplo, na região mais ao norte, próxima á cidade de *Chiang Mai*, e outras cidadezinhas, como *Mae Hong Song*, há diversas tribos, chamadas minorias étnicas. De acordo com a literatura sobre tais tribos, na hierarquia *Karen* há muitas peculiaridades, tanto nas vestimentas como nos *costumes*. É o que observa a professora **Eva Paulino Bueno**, em edição mensal da Revista Espaço Acadêmico, datada de junho de 2003.

O grupo conhecido pelos turistas como *Long Neck Karen*, vive em *Mae Hong Song*. Quando a menina atinge os cinco anos de idade, são colocadas argolas de bronze em volta de seu pescoço. Quando cresce, aumenta o número de argolas. São chamadas mulheres girafa. O alongamento chega a 25 centímetros. O fenômeno diz mais com um padrão estético. Mas os documentários a respeito mostram que há uma grande deformação da clavícula, pressionando os ombros para baixo. As crianças brincam em grupos, e é fácil perceber as feridas que se formam, decorrentes de tal técnica.

Estas mulheres sofrem uma lenta e dolorosa deformação do corpo para atingir um ideal de beleza que só tem validade dentro de seu grupo. É uma questão ligada não somente à estética, repita-se, mas aos costumes.

Já as africanas do Congo, através de incrustações de objetos na cartilagem do nariz, lóbulo da orelha e lábios, distorcem radicalmente o formato original de suas feições criando furos gigantescos, e também é muito comum que produzam queimaduras na pele, criando múltiplas erupções, o que constitui propósito absolutamente cultural, com rituais significativos para estes povos.

Pois bem.

Ao observar uma menina de tenra idade, cinco anos, com argolas de bronze em volta de seu pescoço, sentadas em roda, e ver as feridas que se formam, e as deformações que cedo se denotam, podemos afirmar que dentro do contexto em que vivem, nada há em tal fato que afronte a moral .

Já se tomássemos o mesmo exemplo ocorrendo em outro contexto, outro país, não seriam considerados os ferimentos propositais causados na criança como algo moralmente aceito.

Assim é, analogicamente, que o conteúdo da moral pode ser mais ou menos variável, dentro de certos fatores temporais e espaciais.

Tal ilustração tem o propósito de compreender melhor o tema do qual tratamos.

Posto isto, temos que KANT, coerentemente, nunca hesitou em assentar a pedra angular de seu sistema no imperativo categórico.

Duas coisas – escreveu ele – me encham sempre de novo a alma de admiração e reverência: “*o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim*”.

Para KANT, a *lei do dever moral* é a maior certeza que temos; de tudo podemos duvidar, menos dela.

As nossas ações, portanto, não devem ser movidas por impulsos particulares; não deve existir contradição entre as nossas ações individuais e o que deve ser possível a *todos*.

É um princípio formal, não diz o que se deve fazer, mas o modo do dever atuar, subordinado à máxima universal.

Deve-se agir com a consciência do dever e pela consciência do dever moral, de modo a tornar possível uma legislação universal, à qual se subsume uma ação particular. O furto, por exemplo, contravem a lei moral e não pode ser *princípio universal*, porque tende a adquirir uma propriedade ao mesmo tempo em que contraditoriamente a nega.

Não se trata, na verdade, de uma nova moral, porquanto desde THOMASIUS já se falava do *foro interno* como algo autônomo, mas sim no modo original de se conceber o *imperativo categórico*.

O imperativo categórico é como que um sinal vivo da certeza absoluta, superior a qualquer conhecimento *fenomênico*. Por ele, KANT chega a admitir a existência de Deus e a imortalidade da alma, pois a razão exige necessariamente o prêmio ou a pena por nossas ações.

BOBBIO assim resume os três requisitos fundamentais da ação moral: a) deve ser praticada não para atender a um sentimento ou interesse material, apenas para obedecer a lei do dever. Se um comerciante não abusa de um cliente ingênuo, não porque seja do seu dever, mas para atender seu interesse, não estará praticando uma ação moral; b) a ação moral também não busca um fim, como a felicidade ou a saúde, mas aquela ação cumprida pela máxima que a determina; c) a ação moral é movida apenas pelo respeito à lei do dever moral, sem qualquer outra inclinação <sup>9</sup>.

### **3. O DIREITO: O MUNDO DO DEVER SER**

---

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto – Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, pág. 54.

Mas os homens não vivem isolados, convivem com os seus semelhantes. Como conciliar a *minha* liberdade, com a liberdade alheia ? É precisamente esta, segundo KANT, a função do Direito.

KANT estabelece uma nítida separação entre dois mundos: o mundo do dever (moral) e o mundo do dever ser. Parte, para isto, de uma diferença entre os modos de agir. a) **ação interna** (os motivos do agir), b) **ação externa** (o aspecto físico da ação).

Para a Moral o importante é apenas o **motivo da ação** (uma ação é boa quando tem por *motivo o respeito à lei moral*). O aspecto físico lhe é indiferente.

Uma ação é boa, quando tem por motivo o respeito à lei moral. Deve-se **atuar** com perfeita consciência do dever moral (princípio formal). A mesma ação, praticada contudo em obediência a outro motivo, como por paixão, por sentimento, por impulso, é imoral ou amoral. A ação não pode ter qualquer outra referibilidade que não seja o cumprimento do dever moral. Cite-se, a propósito, este trecho de KANT: “*O fundamento da possibilidade dos imperativos categóricos é o seguinte: não se referem a nenhuma outra possibilidade de escolha, salvo simplesmente a sua liberdade*”<sup>10</sup>.

Veja-se que é possível pensar em um *dever* que seja comum tanto à moral quanto ao direito. O que vai distingui-lo não é o seu conteúdo, mas a **forma** ou o modo de obrigar-se. Se a ação se subordina ao dever, sem qualquer outro impulso, estará no campo da moralidade. Se objetiva uma vantagem ou um interesse, estará na esfera da legalidade.

Retorne-se a KANT, para quem “*obrigação é a necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão*” e o “*dever é a ação à qual alguém está obrigado. É, portanto, a matéria da obrigação, e pode haver um único e mesmo dever, embora possamos estar obrigados a ele de diferentes maneiras*”<sup>11</sup>.

Mas, mesmo que em princípio possa parecer contraditório, podemos afirmar que, em Kant, **não há uma separação absoluta entre Direito e Moral**. Ou seja, não seriam estes representados por esferas que não se tocam. Uma ação válida do ponto de vista jurídico pode ter validade também sob o prisma da moral.

É que Kant trata de uma ação à qual o indivíduo está obrigado de diferentes maneiras, sem porém pregar uma total intangibilidade de instâncias.

Na seqüência, observemos que KANT repele qualquer forma de paixão ou de sentimento que possa arvorar-se em regra matriz do agir moral. Não faz distinção entre

---

<sup>10</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 65.

<sup>11</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 65.

princípios superiores e inferiores, altruístas ou egoístas. A moral exige a superação de todas as afeições sensíveis; exige a autonomia, ou seja, determinar-se em harmonia com a lei universal do dever. KANT atingiu com a lei do dever moral um extremo rigorismo, ao qual não foram poupadas críticas. Radicou-se na separação absoluta entre o Bem e o Mal, sem considerar graus intermediários, sem mencionar a relatividade do valor moral, na distinção de paixões que podem ser mais ou menos egoístas.

Segundo KANT, o Direito considera apenas o *aspecto físico do agir*, a ação externa. Os motivos que determinaram a ação seriam desinfluentes. Esta visão kantiana também é criticada, porque ignora a importância e o alcance do *animus* em todos os ramos do Direito, não bastando tal premissa para distingui-lo da Moral. O Direito também investiga a vontade ou a intenção do agente em sua conduta. Ele considera a boa e a má-fé, a ignorância e o erro, os vícios do consentimento, a simulação, o dolo e a imputabilidade. Não se pode desconhecer que a interioridade foi uma das mais belas conquistas do Direito. O direito penal era puramente objetivo. O *exitus* era o fundamento e a medida da pena. De nada mais se cogitava. Hoje, as apreciações jurídicas passam rapidamente do aspecto exterior ao aspecto interior ou psíquico, pois que sem atentar nele jamais poderão conhecer-se integralmente as ações.

A verdade é que a Moral parte da consideração dos motivos para chegar à consideração do aspecto físico ou externo, ao passo que o Direito adota o procedimento inverso.

Para KANT, a lei moral é *interior* a lei jurídica é *exterior*<sup>12</sup>. Daí estabelecer outra diferença: o direito é coercível, a moral é incoercível (sobre as intenções não se pode exercer violência, a consciência é algo de inacessível).

#### 4. ELEMENTOS CONCEITUAIS DO DIREITO

Sem perder de vista (a) que o homem é um ser *livre* na ordem prática; (b) que a liberdade é um corolário do imperativo categórico (da ciência do dever moral); (c) que o homem é um *ser social* (nasce e vive para conviver com o próximo), KANT conclui que o Direito se reduz a disciplinar as ações externas dos homens para tornar possível a sua coexistência, e assim o conceitua:

O direito é a soma das condições sob as quais o livre uso do arbítrio de cada um possa coexistir com o arbítrio de todos, segundo uma lei universal de liberdade<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 73.

Para BOBBIO, vislumbram-se três elementos constitutivos neste conceito. Há, primeiramente, uma *relação externa intersubjetiva* dos homens entre si. Para além disto, trata-se da conciliação de uma relação entre dois *arbítrios*. E o arbítrio diz respeito à capacidade de se autodeterminar, a consciência de que a ação pode produzir um objeto determinado. Em terceiro lugar, esse arbítrio não está referido ao fim pretendido, mas para prescrever a forma pela qual o fim pode ser alcançado. O direito não prescreve o que se deve fazer, mas como se deve fazer <sup>14</sup>.

Finalmente, nesta definição, ou *máxima da coexistência*, reafirma-se o conceito de liberdade como valor ético supremo. A liberdade coloca o homem acima do mundo *fenomênico*. O homem não é determinado ou pautado pela natureza, mas traz em si um modo superior de se autodeterminar. O homem é livre só enquanto pode se determinar segundo a lei moral, que é imanente ao seu próprio ser. KANT chega a colocar a liberdade e a moralidade acima da própria inteligência e do conhecimento. O direito é o que possibilita a *livre* coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, onde cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de serem tão livres quanto ele.

Pode-se pensar que KANT estivesse a embaralhar as categorias de Moral e de Direito, ao radicá-las na liberdade.

Mas a *liberdade* adquire uma relevância diversa, conforme entendida como corolário da lei do dever moral ou como lei universal que permite ao direito a coexistência do livre arbítrio na vida social.

Assim a liberdade também adquire uma dupla conotação, de liberdade *interna* ou *externa*, conforme referida à moral ou ao direito.

Mais precisamente, a liberdade interna inserida no conceito de Moral diz respeito a uma relação unilateral *de mim comigo mesmo*. No conceito de direito, entendido como liberdade externa, é evidente uma relação bilateral entre minha pessoa e os outros.

Diz-se que o Direito é *heterônomo*, ao contrário da moral que é autônoma. Toda a norma jurídica é instrumento de fins, que não se situam na órbita da norma mesma (segurança geral ordem pública, etc.). No mundo jurídico não é indispensável a *fidelidade integral a nós mesmos* que é a nota essencial da vida moral (heterônomo = a norma de conduta nos é ditada de fora). Mas há também que se considerar a influência do meio social que muita vez forma o

---

<sup>13</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 76.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto – Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, pág. 67/68.

fundo da moralidade e acaba se impondo ao indivíduo. O homem nasce para viver em sociedade e nem sempre pode evitar a atuação reflexa do meio sobre a sua consciência.

Na ação moral, somos responsáveis somente perante nós próprios. Na ação jurídica há um dever que nos torna responsáveis perante os outros, há uma relação intersubjetiva. O imperativo categórico se revela desde as primeiras idades no espírito do homem, não assim o dever jurídico. O imperativo categórico guia o homem em todas as suas atitudes diante da vida, inclusive naquelas onde inexistente relação, não assim o dever jurídico.

Como preleciona JOSÉ M. VILANOVA, vê-se uma diferença importante entre o imperativo categórico pertencente à Moral e ao imperativo categórico correspondente ao Direito: *“En el principio supremo de la moral no aparecen para nada (el uso del arbitrio de) los demás, en cambio en el principio del derecho está involucrada la existencia de los otros”*<sup>15</sup>.

Diga-se, porém, que nem toda a regra de direito tem por efeito necessário o nascimento de uma relação jurídica. A relação jurídica não é onipresente no direito. CLAUDE DU PASQUIER cita em especial certas regras de organização que determinam essencialmente as competências dos Poderes como as funções legislativas, administrativas e judiciárias. No direito privado, as regras que organizam a família, a tutela ou dispõem sobre a personalidade<sup>16</sup>.

## **5. LIBERDADE VERSUS COATIVIDADE**

A maioria dos jusfilósofos entendem a coação como elemento constitutivo do Direito. KANT pode incluir-se entre eles. Para DEL VECCHIO - para quem KANT acolheu o conceito de coação na sua doutrina de Direito e, nunca mais, depois dele, se rejeitou tal conceito - *“aí onde a coercibilidade faltar, faltará o Direito. O Direito é sempre a determinação de uma relação entre várias pessoas, correspondendo a uma delas a exigibilidade e, portanto, também a coercibilidade. Lógica e realmente, são inseparáveis os conceitos de direito e de coercibilidade”*<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> VILANOVA M. José – *Filosofia del Derecho y fenomenologia existencial*, pág. 136.

<sup>16</sup> DU PASQUIER, Claude – *Introduction à la théorie généralé et à la philosophie du Droit*, pág. 102.

<sup>17</sup> DEL VECCHIO, Giorgio – *Lições de Filosofia do Direito*, págs. 277 e 283.

Mas se o direito pode ser entendido como meio de livre coexistência do arbítrio humano, como ligar a coação ao seu conceito ? Há uma aparente antinomia entre a liberdade para cumprir a lei jurídica com a sua coatividade implícita.

KANT procura conciliar estes dois termos antitéticos.

Admite KANT que a coação é um obstáculo à liberdade. Mas, *se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com as leis universais, a coerção que a isso se opõe é conforme à liberdade, de acordo com leis universais. Portanto, ligada ao Direito pelo princípio da contradição, há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola*<sup>18</sup>.

BOBBIO procura desenvolver um raciocínio pelo qual as negativas do não uso devido da minha liberdade, que pode ocasionar a não-liberdade alheia, converte-se em afirmação autorizadora da coação, que passa a ser preceito consoante a lei universal.

É verdade que o Direito é liberdade, mas a liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um *ser livre*, pode acontecer que alguém *transgrida os limites* que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limite, invadindo com minha liberdade a esfera de liberdade do outro, torno-me uma *não-liberdade* para o outro.

No dizer de KANT, “*qualquer um pode ser livre, enquanto eu não prejudicar sua liberdade mediante minha ação externa*”<sup>19</sup>. O outro tem o direito de resistir ao meu ato, que representa um obstáculo à sua liberdade, que resulta pois em sua *não-liberdade*<sup>20</sup>.

Pelo fato que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta apresenta-se como *um ato de não-liberdade* (que reprime o uso incorreto de minha liberdade, cerceando-a), *cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro* e, portanto, - uma vez que duas negações afirmam – como um ato restaurador de liberdade.

BOBBIO acredita encontrar a solução para o problema, no texto kantiano: “*A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas enquanto surge como remédio contra uma não-liberdade anterior, é negação da negação e, então, afirmação. Portanto,*

---

<sup>18</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 77/78.

<sup>19</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 77.

<sup>20</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 77.

*ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade”*<sup>21</sup>.

KANT pois considera a coação como um meio indispensável para a atuação do direito, e expressa este conceito de maneira drástica: “*qualquer direito em sentido estrito (ius strictum) inclui a possibilidade de um uso inteiramente recíproco de coação, que é compatível com a liberdade de todos de acordo com leis universais*”<sup>22</sup>.

Mas admite duas situações excepcionais: a *equidade*, que é um caso de *direito sem coação* e o *estado de necessidade*, que é a hipótese de uma *coação sem direito*<sup>23</sup>.

## 6. A JUSTIÇA COMO LIBERDADE

O conceito de Justiça foi sempre controvertido, desde os romanos, que chegavam a confundi-la com a própria moral. O preceito de CELSUS, pelo qual o direito é *a arte do bom e do justo* (*Ius est ars boni et aequi*), não deixa de ter um fundamento moral (a arte de distinguir o bom (do mau) e o justo (do injusto)).

KANT procurou extrair o sentido do *justo* como uma dedução do modelo binário por ele proposto, ao distinguir direito e moral. Na esfera da *legalidade*, não haveria como desvincular o *justo* da noção de direito, de arbítrio e de liberdade.

Não haveria como se buscar a justiça na moralidade kantiana que, em certo sentido, é um preceito neutro, desprovido de sentimentos e fins

Haveríamos então de indagar onde está a Justiça no Direito, que KANT resume a um ordenamento regido pela liberdade, dispondo sobre as condições para conciliar o livre arbítrio dos homens entre si.

E esta indagação leva a outros questionamentos. O conceito kantiano de direito se refere a *que o direito é* ou a *que o direito deve ser*?. Estamos diante de duas vias: a do indicativo (*sein*) e a do imperativo (*sollen*). O que KANT nos dá: o *conceito* de direito ou a *idéia* de direito? O *conceito* de justiça ou a *idéia* de justiça?

O direito não está no mundo do ser. O direito não diz com quem devo me casar, de quem ou o que devo comprar, ou locar, ou emprestar. O direito é formal, diz *como* se deve

---

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto – Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, pág. 78.

<sup>22</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 78.

<sup>23</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 80.

contratar, *como* nos devemos conduzir na vida em sociedade. Está pois no mundo do *dever ser*.

Então como resolver o problema da *Justiça* em KANT ?

O jurista pode dizer o que é *válido* do ponto de vista jurídico. Mas nem sempre o que *vale*, o que tem eficácia, é *justo*.

Para se compreender o direito como *valor*, para se chegar à idéia de *Justiça*, tem-se que partir de princípios *racionais* apriorísticos, abandonando o terreno empírico.

Eis como KANT aborda esta questão:

(O jurisconsulto) pode, certamente, conhecer e declarar o que venha a ser o direito (*quid sit iuris*), ou seja, o que as leis, num certo lugar e numa certa época, prescrevem ou prescreveram, **mas se é justo o que estas leis prescrevem** e o critério universal por meio do qual é possível reconhecer em geral o que é justo ou injusto (*iustum et iniustum*), permanece-lhe completamente obscuro, a menos que abandone por um certo tempo esses princípios empíricos, e (ainda que possa servir-se daquelas leis como excelentes fins condutores), **busque as origens desses juízos na razão pura, como único fundamento de qualquer legislação positiva possível**<sup>24</sup>.

KANT não pretende estabelecer o *que é* o Direito na realidade histórica, mas o *que o direito deve ser*, para corresponder ao ideal de *Justiça*.

O que KANT busca é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa.

A justiça estará realizada em um ordenamento que possibilite a coexistência dos arbítrios, consoante uma lei universal de liberdade.

A justiça representa o conjunto de garantias pelas quais posso expressar a minha liberdade externa, não impedida pela ação de *não-liberdade* dos outros.

Como muito bem resume DANIEL OMAR PERES:

Una noción de justicia debe, necesariamente, tener un dominio en la cual pueda tener algún sentido. Así pues, es en el espacio de la ley que me encuentro con el otro como sujeto moral o jurídico. En esa relación lo justo o la justicia no son anteriores a la ley ni se derivan simplemente de análisis del derecho positivo. El derecho es el ámbito en el cual las proposiciones jurídicas tienen sentido, por lo tanto, la justicia es un concepto que pertenece a ese campo de significación. La noción kantiana de justicia construye su significación en los mecanismos del lenguaje, de la ley e de la coerción<sup>25</sup>.

E o que significa para KANT a injustiça ? Significa interferir na esfera de liberdade dos outros, ou seja, impedir que os outros – com os quais devo conviver – possam exercer sua liberdade na própria esfera de liceidade. O direito é concebido como um conjunto de *limites*

---

<sup>24</sup> KANT, Immanuel – *A metafísica dos costumes*, pág. 76.

<sup>25</sup> PEREZ, Daniel Omar – *Justicia y Derecho: Derrida, Kant*

às liberdades individuais, de modo que cada um tenha a segurança de não ser lesado na própria esfera de liceidade até o momento em que também não lese a esfera de liceidade dos outros. No mundo jurídico, o homem é primeiramente livre para cumprir o seu dever. Se não usa da liberdade para cumprir o seu dever, autoriza o uso da resistência para recompor o equilíbrio perdido e afastar o impedimento, o que se considera *justo* de acordo com as leis universais <sup>26</sup>.

Para KANT, *uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal* <sup>27</sup>.

Todo o pensamento de KANT conflui para teorizar a justiça como liberdade. A teoria da justiça como liberdade é aquela da qual nasce a inspiração para o Estado liberal. KANT chega mesmo a identificar o *direito inato* como o direito à liberdade externa <sup>28</sup>.

KANT não distingue uma ação jurídica, de uma ação antijurídica. Mas entre o justo e o injusto, considera que a ação será *injusta*, se impedir o livre arbítrio do outro, segundo a máxima da coexistência.

Como se verifica, a noção de Justiça em KANT está coerente com o seu sistema.

Para que a justiça brilhe com toda a intensidade, é necessário que os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação.

Justo seria apenas o ordenamento no qual fosse estabelecida uma ordem na liberdade.

Ordenamento jurídico para assegurar a coexistência das liberdades. Liberdade como postulado.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto – Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant – Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1969.

BUENO, Eva Paulino – As feias que me perdoem , mas...- Revista Espaço Acadêmico, Ano III, N. 25, Junho de 2003.

CRETELLA Júnior, J. – Novíssima história da Filosofia, 3<sup>a</sup> ed, - Rio : Forense, 1976.

---

<sup>26</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 77.

<sup>27</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 76/77.

<sup>28</sup> KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes, pág. 83.

- DEL VECCHIO, Giorgio – Lições de Filosofia do Direito, 2<sup>a</sup> ed. – Coimbra : Armênio Amado, Editor – 1951.
- DU PASQUIER, Claude – Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 4<sup>a</sup> ed. – Neuchatel/Suisse : Delachaux & Niestlé, 1967.
- KANT, Immanuel – A metafísica dos costumes (A doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude) – S. Paulo : Edições Profissionais Ltda., 2003.
- Crítica da razão prática – S. Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith e GERSON BRANCO – Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro – São Paulo : Saraiva, 2002.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da – Contribuição ao personalismo jurídico – Rio : Forense, 1954.
- M. ROSENTHAL e P. PUDIN – Pequeno dicionário filosófico – São Paulo : Livraria Exposição do Livro, 1959.
- NADER, Paulo – Filosofia do Direito – Rio : Forense, 1991.
- PEREZ, Daniel Omar – Justicia y Derecho: Derrida, Kant – Curitiba : PUC.
- PERLINGIERI, Pietro – Perfis do Direito Civil (Introdução ao Direito Civil Constitucional), 2<sup>a</sup> ed. – S. Paulo : Renovar, 2002.
- REALE, Miguel – Filosofia do Direito, 8<sup>a</sup> ed. – São Paulo : Saraiva, 1978.
- RODRIGUEZ-ARIAS, Lino – Filosofia e filosofia del derecho – Bogota : Editorial Temis Libreria, 1985.
- SICHES, Luiz Recasens – Tratado general de Filosofia del Derecho – México : Editorial Porrúa S/A, 1981.
- VILANOVA M. José – Filosofia del Derecho y fenomenologia existencial – Buenos Aires : Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- WELZEL, Hans – Introducción a la Filosofia del Derecho, 2<sup>a</sup> ed. – Madrid : Aguilar, 1977.