

A NATUREZA METAFÍSICA DO DIREITO E SUA FUNDAMENTAÇÃO ‘A PRIORI’ NA TEORIA DA JUSTIÇA DE IMMANUEL KANT

Aluízio Rodrigues Lana*

Dr. Márcio Antônio de Paiva**

RESUMO

Este artigo aborda a formulação transcendental do conceito de direito na obra de Immanuel Kant, partindo das duas concepções que o autor fornece em seus textos, a liberal e a moral. Será analisada a origem metafísica do direito a partir da idéia da causalidade pela liberdade, num paralelo entre a gênese de seu princípio universal e a do princípio supremo da moralidade. Além disso, no debate sobre a inter-relação destes princípios é levantado o questionamento sobre a possível interdependência entre moral e direito. Também, mostrar-se-á que o alicerce metafísico do direito pode resolver o problema da regressão infinita de fundamentos na legitimação da validade de um ordenamento jurídico, mormente, tratando o sujeito com as propriedades da autolegislação e da autodeterminação.

PALAVRAS-CHAVE

KANT, DIREITO, MORAL, METAFÍSICA.

ABSTRACT

This article aboard the transcendental formulation of the juridical law concept in the Immanuel Kant's work, beginning of the two conceptions that the author provides in him texts: the liberal and the moral conceptions. The metaphysical origin of the juridical law will be analyzed departing from the liberty idea, how one particular causality kind,

* Mestrando em Teoria do Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte, na linha de pesquisa: Fundamentos Filosóficos do Conceito de Justiça e sua Aplicação na Compreensão do Estado Democrático de Direito. E-mail: aluiziolana@bol.com.br

** Doutor em Filosofia pela Pontifícia Università Gregoriana, em Roma e professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte, na linha de pesquisa: Fundamentos Filosóficos do Conceito de Justiça e sua Aplicação na Compreensão do Estado Democrático de Direito. E-mail: drdepaiva@yahoo.com.br

tracing a parallel between the genesis of the universal principle of juridical law and the supreme morality principle. Therefore, in the discussion about the inter-relationship of these principles is raised the question about the possible interdependence between moral and juridical law. Also, will be showed that the metaphysical foundation of the juridical law can to solve the problem of an infinite recourse of the foundation in the legitimating of validity of a juridical order, principally treating the subject with the properties of the self-legislation and the self-determination.

KEYWORDS

KANT, JURIDICAL LAW, MORALS, METAPHYSICS.

INTRODUÇÃO

Conforme salientam Gomes e Merle (2007, p. 77) no início de seu ensaio sobre *A posição do direito na filosofia prática*, há tempos os estudiosos de Kant parecem apresentar uma amnésia em relação à compreensão da ética¹ e do direito como uma construção unitária, tendendo, os filósofos, a ignorarem a *Doutrina do direito* (KANT, 2003a) no estudo da ética e os juristas, a relevarem o papel da *Fundamentação da metafísica dos costumes* (KANT, 2004) e da *Crítica da razão prática* (KANT, 2003b) na construção do direito. Essa dupla omissão afirmada pelos autores parece apresentar-se devido à dificuldade dos pesquisadores em compreender o direito como uma idéia da razão pura, tendo em vista os caracteres de possibilidade empírica nele compreendidas.

Com vistas à desatar este embaraço, primeiramente será feito um excuroso sobre a concepção de direito de Kant, com ênfase ao debate sobre a possível duplicidade de

¹ Em alguns de seus textos, como por exemplo na *Metafísica dos costumes* (2003a), Kant tenta distinguir as palavras ética e moral, salientando que esta última tem uma conotação mais ampla, abrangendo o direito e a ética. Também usa as denominações ‘moral em sentido amplo’ e ‘moral em sentido estrito’ para designar as palavras em questão. Porém, em outras obras, confunde os termos e os utiliza com a mesma semântica. No presente trabalho, não é necessária tal diferenciação, uma vez que só se refere à moral em sentido estrito e seu paralelo com o direito. Ademais, as origens da palavra ‘moral’ referem-se ao latim ‘*mos/mores*’, cujo significado reporta a ‘hábito, modo de ser, costumes, ordenamento’; e seu correspondente em grego - ἦθος - ἔθος - ‘*ethos*’ - que pode ser entendido como ‘toca, morada (de animais), hábito, costume, caráter’, isto é, etimologicamente têm um campo semântico coincidente, motivo pelo qual parece mais coerente a opção pela equivalência dos termos.

noções contidas em sua obra. Em um segundo momento, proceder-se-á uma análise da origem metafísica da justiça e, em seguida, o exame da relação entre a ética e o direito e sua provável imbricação. Ao final, tentar-se-á a demonstrar a necessidade de compreensão do direito como uma idéia *'a priori'* da razão, sobretudo com vistas a uma fundamentação autônoma e coerente do ordenamento jurídico, que solucione o problema do infinito regresso, bem como tenha sua validade legitimada nos princípios da autodeterminação e da autolegislação.

1. As duas concepções de direito em Kant e sua conexão com a moral

Não obstante haver posturas as mais distintas e discutíveis sobre a concepção que Kant faz do direito, mostram-se mais nítidas nas obras do autor, bem como convincentes em seus comentadores, as duas noções que Gomes e Merle (2007) denominam como sendo: *“I. um conceito liberal de direito e II. uma derivação do direito do imperativo categórico, que conduz a um outro conceito de direito incompatível com o conceito liberal”*. (GOMES; MERLE, 2007, p. 114-115). Para estes autores o conceito liberal considera *“o direito como coexistência das liberdades externas de acordo com a lei de igualdade de tratamento”* (GOMES; MERLE, 2007, p. 113), enquanto o conceito derivado considera que o direito origina-se da lei moral, uma vez que provém do mesmo princípio, qual seja, o imperativo categórico (GOMES; MERLE, 2007, p. 102).

No mesmo sentido, Beckenkamp (2003) defende existir nas obras de Kant duas concepções correspondentes às descritas por Gomes e Merle (2007), às quais denomina respectivamente *“o direito em sentido estrito como coação externa”* (BECKENKAMP, 2003, p. 165) e o direito em sentido amplo, *“como exterioridade da legislação prática”* (BECKENKAMP, 2003, p. 159). Em relação à primeira noção, que determinaria o caráter liberal do direito, este comentador parece dar foco principal à coação externa como instrumento que asseguraria o livre uso do arbítrio em coexistência com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal. Enquanto isso, em relação à segunda concepção de direito, o autor faz a consideração de que tem caráter categórico

e incondicional, como o da lei moral, uma vez que “*ele é decorrente de princípios práticos a priori da razão, e não meramente de uma positiva à revelia das exigências da razão prática pura.*” (BECKENKAMP, 2003, p. 156)

Neste passo, buscando fatores na própria fonte, Kant salienta que o direito consiste apenas na limitação da liberdade de outrem com a condição de que ela possa coexistir com a minha segundo uma lei universal (KANT, 2004b, p. 77); sustenta que a lei universal do direito ordena: “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.*”² (KANT, 2003a, p. 77). Através dessas transcrições não parece que, em verdade, Kant quis produzir dois conceitos de direito, um decorrente e o outro independente da moral³. Isso talvez possa ser esclarecido através do exame da distinção entre direito e moral.

Na *Doutrina do direito* Kant salienta a diferença entre direito e moral⁴ da seguinte maneira:

Toda legislação pode, portanto, ser distinguida com respeito ao motivo [...].Essa legislação que faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é ética. Porém, a legislação que não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever é jurídica.
(KANT, 2003a, p. 71)

Assim, a diferença entre direito e moral reside especialmente no tipo de obrigação (*‘Verbindlichkeit’*) que produzem, isto é, do móbil (*‘Triebfeder’*) que estabelecem no sujeito – a moral exige que a ação seja praticada com motivo na lei, enquanto o direito provoca apenas a ação em conformidade com a lei, não se questionando o motivo, que pode ser constituído por uma coação externa. Esta é, também, a diferença entre legalidade e moralidade na explicação do autor (KANT, 2003a, p. 72).

Deve ser salientado que tanto Gomes e Merle (2007, p. 81) quanto Beckenkamp (2003, p.155) compartilham desta compreensão da distinção entre a ética (moral *‘stricto*

² “*handle äußerlich so, daß der freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne*” (MS, Akademie Ausgabe Kant Werke, v. VI, s. 231, 10)

³ Com maior propriedade deve ser feita uma leitura sistemática dos escritos de Kant considerando sua obra como um todo, um conjunto de escritos cuja separação temporal não retira sua unidade teórica. - Gomes e Merle (2007, p. 118-119) afirmam que da *Doutrina do direito* (KANT, 2003a), onde encontra a formulação do princípio do direito, não pode ser concluído que a noção de direito em Kant é liberal.

⁴ Sobre o assunto, ver: *Distinção entre direito e moral na Metafísica dos costumes* (FELDHAUS, 2003)

sensu’) e o direito, entendimento que leva a crer que ambos possuem um radical comum, isto é, tratam do mesmo material deontológico. Entretanto, diferenciam-se por suas formas de manifestação – a ética manifesta-se internamente, ordenando que máximas⁵ de ação sejam praticadas movidas pelo dever, enquanto o direito manifesta-se externamente, independentemente das máximas, ordenando diretamente as ações que, se não forem praticadas pelo dever, podem ser movidas por uma ameaça externa que coage o agente, ou podem não ocorrer, se o sujeito aceitar a sanção.

Assim, como afirma Beckenkamp (2003, p.157), apontar como especificidade do direito sua completa separação da moral constitui um mal entendido, uma vez que, “*Como legislação prática da razão, a legislação jurídica constitui uma instância da autonomia da vontade, quer dizer, da faculdade de se dar a si mesmo ou a sua liberdade uma lei*” (BECKENKAMP, 2003, p.157). Este aspecto da comunidade entre moral e direito será analisado à frente.

Resta expor, enfim, já que direito e moral são distintos, mas com traços em comum, sobre a dependência supostamente existente entre as mesmas, assunto bem explicado por Gomes e Merle (2007). Os autores salientam que, a respeito, existem três teses que explicam a relação: “*a tese da independência integral (defendida por Julius Ebbinghaus), a tese da dependência da dedução do direito com base na lei moral [...] e a tese da dependência limitada*” (GOMES; MERLE, 2007, p. 100). Também, segundo os mesmos, esta terceira tese se mostraria filologicamente a mais correta, uma vez que defende a dependência do direito em relação à moral somente na fundação de sua validade, mas não para sua realização e execução, nas quais seria independente.⁶ Em relação a estas teses, apesar do grande avanço em demonstrarem interesse pela interpretação sistemática e unitária da obra de Kant, fica uma pergunta: não estaria faltando uma quarta tese da interdependência entre moral e direito? Ainda: não seria mais correto afirmar que estes institutos, como idéias resultantes de uma idéia da razão pura – a liberdade transcendental – são reciprocamente dependentes (resguardadas, é claro, suas especificidades)? É o que talvez poderá ser respondido ao final.

⁵ Máximas consideram-se o princípio subjetivo do querer (KANT, 2004b,)

⁶ Contudo os autores apontam também que a avaliação sistemática da terceira tese não percebe as conseqüências do fato de o juízo do direito depender da moral (GOMES; MERLE, 2007, p. 100)

2. A origem metafísica do direito em Kant

O direito em Kant, ao contrário do que grande parte de seus leitores entende, é uma idéia ‘*a priori*’ da razão pura prática (*‘reine praktischen Vernunft’*), e não um conceito meramente empírico⁷ de coerção e regulação de liberdades externas (KANT, 2003a, p. 76). De fato o direito nasce, assim como a moral, de uma dedução da antinomia da liberdade (*‘Freiheit’*) que tem sua possibilidade demonstrada pelo fato da razão (*‘faktum der Vernunft’*) e guarda características que vão permear tanto o princípio supremo da moralidade quanto o princípio do direito.

Todavia, antes do exame do princípio do direito, devem ser verificados os elementos da liberdade transcendental que constituem a formulação do princípio supremo da moralidade⁸. Segundo Kant, o princípio é único e diz: “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne em lei universal*” (KANT, 2004b, p. 59)⁹. Entretanto, também fornece o autor outras cinco fórmulas, as quais consagra, em cada uma, um pressuposto da lei moral decorrente da liberdade. A primeira fórmula destaca a universalidade (*‘Universalisierungs Formel’*) (KANT, 2004b, p. 59/74¹⁰); a segunda fórmula é a da lei da natureza (*‘Naturgesetz Formel’*) (KANT, 2004b, p. 59); a terceira, fórmula da humanidade, ou fim em si (*‘Zweck an sich Formel’*) (KANT, 2004b, p. 66); a quarta, fórmula da autonomia ou da vontade legisladora (*‘Autonomie des Wille Formel’*) (KANT, 2004b, p. 71); e a quinta, a fórmula do reino dos fins (*‘Reich der Zwecke Formel’*) (KANT, 2004b, p. 75)¹¹.

Explicando estas características, a liberdade como causalidade incondicionada tem o caráter de universalidade, uma vez que seu conceito implica uma causa inicial que

⁷ “*Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe cérebro.*” (KANT, 2003a, p. 76)

“*Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade! daß er kein Gehirn hat.*” (MS, Akademie Ausgabe Kant Werke, v. VI, s. 230, 6)

⁸ Sobre as formulações do imperativo categórico e suas relações ver *Kant, a lei moral e a Fundamentação da metafísica dos costumes* (MARTINS, 2003).

⁹ “*Handle nur nach der jenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde.*” (GMS, Akademie Ausgabe Kant Werke, v. IV, s. 421, 6)

¹⁰ Ainda, na Crítica da razão prática é feita formulação compatível com esta fórmula geral (KANT, 2003b, p. 103).

¹¹ É útil lembrar que existe extensa discussão sobre qual seria, em verdade, a quantidade de formulações do imperativo categórico. Aqui não se pressupõe que exista uma quantidade estabelecida de fórmulas mas, que, basicamente, os elementos componentes do princípio moral, derivados da liberdade, são os cinco mencionados.

contém em si a totalidade das condições. Tem, outrossim, o mesmo grau de universalidade que as leis da natureza, como a lei da ação e reação, da atração entre os corpos, entre outras. Do mesmo modo, por ser uma causalidade incondicionada, não possui uma causa anterior que a produza, de modo que, na lei moral, não deve ser buscado outro fim que não a liberdade (fim em si), como totalidade das condições. Ainda, a vontade legisladora ('*Wille*') nada mais é do que a manifestação da causalidade do ser racional que, fundada apenas na liberdade, produz as leis com única referência a si mesma (a vontade), que é a liberdade no ser racional. E enfim, o reino dos fins é a universalização da causalidade subjetiva racional – liberdade racional – em um reino de fins em si mesmos, ou seja, em um reino em que cada um é uma causalidade própria (o que, segundo o próprio Kant, é um reino somente possível, ou seja, ideal).

Neste passo, Kant formula, na *Doutrina do direito*, o princípio universal do direito ('*die allgemeine Prinzip des Rechts*') da seguinte maneira:

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal. (KANT, 2003a, p. 76-77)¹²

Do mesmo modo que o princípio da moralidade, o princípio do direito tem origem na liberdade como causalidade racional. Todavia, ao invés de mencionar diretamente os pressupostos da liberdade contidos no imperativo moral, menciona apenas a liberdade como algo que deve ser assegurado externamente através da universal tutela da liberdade de escolha de cada um, isto é, da vontade pura ('*Wille*'), que trazida ao mundo fenomênico sofre influência de móveis sensíveis, se transformando em '*Willkür*' – vontade afetada pela sensibilidade ou arbítrio¹³.

Mas se ambos os princípios têm origem na liberdade, pergunta-se: por que assumem aspectos tão diferentes e absorvem os pressupostos da liberdade transcendental de maneiras distintas? A resposta talvez resida no grau de participação sensível de cada um dos princípios. Isto é, o imperativo categórico assume todos os aspectos da liberdade em um caráter ideal. Segundo o próprio Kant, a lei moral é uma

¹² "*Eine jede Handlung ist Recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.*" (MS, Akademie Ausgabe Kant Werke, v. VI, s. 230, 29)

¹³ Sobre a distinção e o significado dos termos *Wille* e *Willkür*, bem como sua importância, ver Feldhaus (2004, p. 74)

idéia da razão cuja existência pode ser afirmada, mesmo que nunca ocorra um fato na experiência que a confirme (KANT, 2004b)¹⁴. A lei moral é demonstrada por um fato da razão, logo, deve unir a possibilidade de uma experiência moral com um dever puro ‘*a priori*’. O juízo sintético ‘*a priori*’ da moralidade reúne uma vontade boa em si com uma vontade afetada pela sensibilidade, mas apenas como uma idéia reguladora. (KANT, 2001, p. 448).

Por outro lado, o direito é uma idéia pura ‘*a priori*’ que decorre da idéia fundamental da liberdade transcendental, mas derivada de acordo com as condições que essa causalidade encontra no mundo sensível. A idéia mesmo de direito concebe uma legislação que, no mundo sensível, possibilite, através da causalidade deste¹⁵, que o sujeito aja em conformidade¹⁶ com a ação esperada em um mundo onde a causalidade é a liberdade. Assim, o juízo sintético ‘*a priori*’ que constitui o princípio do direito reúne duas causalidades de mundos distintos – a liberdade e a leis da ‘*Φύσις*’ – ‘*physis*’.

Em suma, o papel do direito na filosofia de Kant parece ser o de fazer a transição para o mundo sensível da causalidade da liberdade, tornando possível o princípio supremo da moralidade (constituído no mesmo momento que o jurídico) com suas proposições – universalidade, natureza, vontade legisladora, fim em si e reino dos fins. Isto deve ocorrer através das proposições da universalidade, da vontade legisladora (‘*Wille*’) submetida a um plano sensível (‘*Willkür*’) (dois mundos) e à coação racional¹⁷ de um agente, que tornam possível como fenômeno a idéia inteligível de liberdade. Agora cabe a pergunta: não teria o direito, apesar de uma idéia da razão pura, o caráter de um princípio constitutivo¹⁸?

¹⁴ “*Duas coisas enchem o ânimo de admiração e veneração sempre nova e crescente, quanto mais freqüente e persistentemente a reflexão ocupa-se com elas: o céu estrelado acima de mim e a lei moral em mim. [...] vejo-as ante mim e conecto-as imediatamente com a consciência de minha existência.*” (2003b, p. 569 - p. 571)

“*Zwei Dinge erfüllen das Gemüth mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: der bestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir. [...] ich sehe sie vor mir und verknüpfe sie unmittelbar mit dem Bewußtsein meiner Existenz.*” (KpV, Akademie Ausgabe Kant Werke, v. V, s. 161, 33 - s. 162, 2)

¹⁵ Representada pela idéia de coerção.

¹⁶ O direito só obriga a ação conforme o dever, mas não pelo dever.

¹⁷ A coação do direito é também uma idéia legitimada ‘*a priori*’ pela razão pura, através do princípio de razão suficiente (relação causa-conseqüência) associado ao princípio de contradição e à idéia de liberdade transcendental. Disso resulta que, no mundo fenomênico, a coação é possível, mas nada garante que será efetiva.

¹⁸ Constitutivo no sentido de ampliar a possibilidade da experiência (KANT, 2001, p. 448), à medida que o direito conduz ao mundo sensível a idéia pura de liberdade que, por constituir uma antinomia (raciocínio inconclusivo) a razão humana não poderia conhecer de outro modo.

3. A interdependência entre direito e moral. Uma quarta opção?

Voltando à primeira questão formulada, será que o elenco de opções mencionadas por Gomes e Merle (GOMES; MERLE, 2007, p. 100) não aceita uma quarta via? Não seria mais correto considerar que tanto a moral quanto o direito guardam uma relação de dependência recíproca?

Primeiramente, parece que os comentadores de Kant não aceitam, em geral, esta tese pelo fato de considerarem que o direito origina-se da moral, e mais especialmente que o princípio universal do direito é deduzido do imperativo categórico. No entanto, conforme explicado, parece mais correto afirmar não que o direito seja derivado da moral, mas sim que tem origem comum com a mesma, na idéia '*a priori*' da razão sobre a causalidade incondicionada da liberdade. Pelo explicitado nota-se que o princípio do direito deriva-se antes da liberdade do que do princípio moral, caso contrário o próprio Kant talvez tivesse citado a fórmula do imperativo categórico no princípio do direito, ao invés de invocar a coexistência das liberdades de todos. Isso não é difícil de ser deduzido da leitura da obra kantiana, que chega a afirmar que a doutrina do direito e a doutrina da virtude não se diferenciam pelos seus deveres, mas pela legislação que liga o dever a móveis diferentes (2003a, p. 73). Ora, o objeto das duas doutrinas é o mesmo dever, a origem de ambas é liberdade transcendental; a diferença de fato encontra-se no meio que usam para possibilitar o objeto: no caso da lei moral, a causalidade é a própria liberdade (na vontade), no caso do direito é a causalidade natural (razão estratégica) utilizada para possibilitar que a liberdade (interna e externa) do outro não seja delimitada. Fica claro que direito e moral se parecem, como 'gêmeos univitelinos', gerados por uma mesma célula original – a liberdade transcendental.

Em verdade, essa concepção de uma origem comum é necessária para ser pensada a quarta opção em que direito e moral dependem mutuamente. A começar pela dependência do direito, se torna clara, conforme explicitam ambas obras mencionadas (GOMES; MERLE, 2007; BECKENKAMP, 2003). Parece inquestionável que o direito

necessita, para sua existência¹⁹, do fundamento de possibilidade do dever moral interno. O direito existe em função de proporcionar um mundo fenomênico que tem como modelo um ‘ideal’ reino dos fins, isto é, através de seu princípio e de sua faculdade de coação externa visa proporcionar externamente uma comunidade que não delimite a capacidade racional de cada sujeito agir mediante a lei universal de sua própria vontade, explicitada pelo imperativo categórico e se tornar, assim, um fim em si mesmo. Enfim, através da delimitação da ‘liberdade externa’ de cada um o direito busca a ilimitação de suas liberdades internas, o que é um ideal da razão, evidentemente.

Ainda, ao contrário do que se encontra consignado em Gomes e Merle (2007, p. 101), não parece correto, tendo em vista a explicação acima, que o direito, em sua execução, perca a sua ligação de dependência com a moralidade. Mais do que isto, não parece correto que, mesmo no caso da coação e do agir apenas conforme o dever, o direito, bem como o seu instrumento de causalidade natural (a coação), percam de vista a moral como o objeto a ser estimulado. E mesmo que o estímulo não seja possível do ponto de vista do sujeito que age por força da coação, não parece possível excluir do foco do direito esta meta, pelo menos do ponto de vista intersubjetivo, uma vez que o direito continua sendo o instrumento que contém e se dirige ao ideal do reino dos fins.

Por outro lado, a moral afigura-se dependente do direito à medida que tem sua realização no ser humano, que por ser tanto númeno quanto fenômeno, está condicionada à existência de um mecanismo externo que lhe dê garantia²⁰. Mais que isso, a moral tem o direito como sua forma exteriorizada²¹, ou seja, enquanto a moral representa a liberdade no plano inteligível subjetivo, o direito contém a liberdade em manifestação no plano sensível, de forma que a possibilidade prática da moral depende do direito, que coloca a liberdade no plano da intersubjetividade. Isto parece de

¹⁹ Aqui considera-se como causa de existência tanto a fundamentação de validade quanto o juízo do direito, que se encontram distintos na explicação de Gomes e Merle (2007, p. 100)

²⁰ Um importante escrito de Kant que atesta a dependência entre direito e razão é *Resposta à pergunta o que é iluminismo* (2004a), onde o autor defende radicalmente que as legislações não devem impedir os homens de saírem de sua menoridade, isto é: “a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de alguém.” (KANT, 2004a, p.11) Mais do que isto, o direito precisa proporcionar ao homem a possibilidade de valer-se de sua própria razão, o que, evidentemente, inclui o uso prático da razão – a ética.

²¹ A tese do direito como “*exterioridade da legislação prática*” é defendida por Beckenkamp (2003, p. 159-160), e concorda em parte com a perspectiva que é ora defendida. Difere-se à medida que considera o direito uma forma de exteriorização decorrente da lei moral, enquanto o panorama do presente trabalho considera o direito a forma de exterioridade da liberdade. Deste modo, a moral é a liberdade na perspectiva do sujeito inteligível e o direito é a liberdade no sujeito participante de dois mundos.

incontestável e necessária dependência se for pensada a fórmula do reino dos fins como essencial à moral e a sua universalidade *'a priori'*.

4. Problemas de fundamentação resolvidos pelo argumento metafísico

Como foi mencionado anteriormente, a construção metafísica do direito feita no opus kantiano proporciona coerentes argumentos para a solução de problemas de ordem pragmática surgidos diante do exame da fundamentação de ordenamentos jurídicos concretos. Dada a proposta de concisão deste estudo, será ora examinado somente o problema denominado 'regresso infinito da fundamentação do direito', cujo debate é brilhantemente suscitado por Kirste (2003) em seu trabalho *Constituição como início do direito positivo*.

A tese deste autor afirma, de maneira sucinta, que a norma fundamental dos ordenamentos jurídicos, em geral, trazem em si um ideal de autodeterminação individual e social. Esta autodeterminação exige uma disposição histórico-temporal que proporcione simetria entre o passado e o futuro do estabelecimento da ordem jurídica, o que, segundo o autor, *"acontece raramente e é, então, frágil"* (KIRSTE, 2003, p. 44). Como solução o autor tenta estabelecer, no lugar desta autodeterminação, a determinação através de uma norma que, por meio de *"preâmbulos"* (KIRSTE, 2003, p. 49) absorve as determinações do passado e, através de *"regulamentações vinculantes"*, resolve as incertezas do futuro (KIRSTE, 2003, p. 44). Isso porém não soluciona o problema da simetria, dado que passado e futuro continuam sem equivalência e além disso cria outro problema, o do infinito regresso no fundamento de validade normativo, que é assim descrito nas palavras do autor:

A validade de uma norma depende de sua concordância com uma norma de competência e da correspondente norma de procedimento. Isso acontece igualmente com as próprias regras de modificação. Assim, essa necessidade normativa demandaria para cada norma jurídica uma norma de modificação, aí incluída a própria regra de modificação como norma jurídica. Expresso em termos temporais: se o estabelecimento de uma assimetria temporal ("temporalização do direito") exige o estabelecimento prévio de outra assimetria temporal para valer como direito, então não haveria início do direito e, por isso, não haveria, absolutamente, o direito.

Já que existe o direito, contudo, tem que haver um início. Esse é o problema que as constituições têm que resolver. (KIRSTE, 2003, p. 49)

No decorrer do texto, Kirste busca argumentos das mais diversas fontes para a tentativa de solução do problema, como a questão dos “*preâmbulos*”, a suposição de um *καιρός* – ‘*kairós*’ - consubstanciado no ato constituinte, ou de uma *αρχή* – ‘*arché*’ e até mesmo o pronunciamento de uma ‘*invocatio Dei*’ ou ‘*nominatio Dei*’ para o projeto constitucional.²² Contra esses argumentos, demonstra a existência de “*aporias e paradoxos*” (KIRSTE, p. 43) que os limitam ou invalidam. Entrementes, apesar de sopesar todos os argumentos acima, Kirste não consigna a proposta metafísica de Kant nem uma possível contradição que pudesse conter numa teoria dessa natureza.

De fato, parece correta a perspectiva de que a obra de Kant pode solucionar essas questões fundamentais do direito, uma vez que seus argumentos são coerentes e obtidos através de um método dotado de evidência, certeza e clareza²³. Visando a demonstração dessa possibilidade, primeiramente deve ser salientada a possível solução do problema da determinação. Em Kant, o direito tem sua origem ‘*a priori*’ e, conforme explicitado anteriormente, decorre da idéia de liberdade que é uma espécie de causalidade e, por isso, possui em si a característica da autolegislação. Isto resulta, no plano inteligível, na vontade pura e no plano sensível, no direito como meio de proporcionar a coexistência destas liberdades. Em Kant, a autodeterminação é propriedade essencial do sujeito que, em sociedade, passa a produzir suas leis, através de um procedimento discursivo espelhado em uma situação ideal²⁴.

Em relação à questão da assimetria temporal, na fundamentação kantiana a mesma não ocorre, uma vez que a concepção do direito é transcendental, isto é, não existem as condições de espaço e tempo na formulação do princípio fundamental do direito, logo, nem o passado nem futuro da fundação sensível do direito merecem ser considerados.

Enfim, o problema do regresso infinito do fundamento, em Kant também é, em tese, resolvido pela idéia da liberdade. De fato, acima da legislação escrita, o sujeito concebe o direito, que funda-se no seu princípio universal, deduzido da liberdade. Essa

²² Estes debates, dada a extensão não têm viabilidade de discussão no presente estudo.

²³ De fato, a proposta inicial de Kant é a investigação dos limites e possibilidades do conhecimento, o que o leva a elaborar o método crítico, caracterizado pela autonomia epistêmica.

²⁴ Alguns estudiosos de Kant admitem que a situação do discurso já se encontra pressuposta na obra deste autor, apesar de o mesmo não a desenvolver teoricamente. Esse é o caso de Gomes (2004).

idéia, cuja realidade Kant percebe na lei moral, determina que o ser racional tenha uma causalidade própria que o faz, além de agir mediante a representação das leis, se dar a sua própria lei - autolegislação.

Entretanto, este argumento leva a um problema, que é a necessária tendência à busca do conhecimento da natureza dessa causalidade. Assim, poderia-se argumentar que Kant concede um fundamento inicial para o direito, cujas propriedades são demonstradas, entretanto não fornece nenhuma informação sobre a origem ou a possível natureza dessa causalidade, deixando, assim, o problema do infinito regresso sem solução.

Contudo, parece satisfatória a explicação de que a liberdade, como conceito metafísico do qual origina-se o direito, é uma idéia com a qual temos que nos contentar a conhecer apenas os seus caracteres. A epistemologia kantiana leva à conclusão de que nada pode ser conhecido acima da liberdade, uma vez que é um plano que ultrapassa os limites da razão humana. Assim, como idéia decorrente da idéia de liberdade, o direito tem, pois, um valor somente regulador (o que seria uma resposta negativa à segunda pergunta do presente estudo) das ações humanas, não ampliando o que pode ser conhecido pela experiência, mas possibilitando o máximo conhecimento desta.

Por conseguinte, sobre o direito, assim como sobre a ética, só podemos conhecer sua possibilidade de existência prática. Porém, sua fundamentação não pode ultrapassar a idéia de liberdade. E por fim, a fundamentação metafísica do direito em Kant, se não resolve o problema da regressão infinita, ao menos demonstra os limites e possibilidades sob os quais o ser racional pode se arriscar nessa tentativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que pôde ser visto no debate proposto, em Kant, tanto a ética quanto o direito têm origem e fundamentos em um plano metafísico. Isto determina que estes contextos mantenham uma relação de interdependência baseada em sua fonte de origem – a idéia de liberdade como causalidade própria da razão. Neste passo, o princípio universal do direito e o princípio supremo da moralidade são constituídos por

proposições decorrentes da liberdade que tornam necessárias as existências de ambos no ser humano, que participa de duas perspectivas – uma inteligível e uma sensível.

Assim, parece um engano dizer que a moral pode ser pensada sem a concepção ‘*a priori*’ do direito, uma vez que é justamente este que viabiliza a existência da ética no plano dos fenômenos. Por sua vez, não se assemelha correta a afirmação de que é possível o direito sem que ocorra intelectualmente a concepção pura do dever, uma vez que sua base ‘*a priori*’ – a liberdade – determina concomitantemente a formulação da moral e, além disso, proporciona ao direito um objeto – a obrigação – cujo significado depende desta.

Desta feita, o direito só é possível porque ocorre em um ser participante e em contato direto com dois mundos – o físico e o metafísico, sendo que, sem seu baldrame metafísico, não passa de uma coação externa impositiva e arbitrária.

Entretanto, será que essa fundamentação metafísica é suficiente à satisfação das exigências especulativas da razão humana? Será possível resolver os problemas de fundação da validade do direito através do argumento da liberdade transcendental? A autodeterminação e autolegislação explicadas por uma causalidade incondicionada transcendente são suficientes para interromper a série de fundamentos que levam o estudioso do direito ao regresso infinito da base da lei jurídica?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKENKAMP, Joãozinho. **O direito como exterioridade da legislação prática em Kant**. Revista Ethica, Florianópolis: UFSC, v. 2, n. 2, p. 151-171, Dez. 2003.

FELDHAUS, Charles. **Distinção entre direito e moral na metafísica dos costumes**. Revista Phrónesis, Campinas: PUC Campinas, v. 5, nº 1, p. 113-124, jan./jun., 2003.

FELDHAUS, Charles. **Liberdade e imputação: uma análise da fundamentação kantiana da responsabilidade**. Dissertação (Mestrado). UFSC, Florianópolis, 2005. 111 p.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean Christophe. **A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. 246 p.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito**: Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 303 p.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003a. 335 p.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**: Resposta à pergunta: O que é o iluminismo?; Idéia de uma história universal sob um propósito cosmopolita; O que significa orientar-se no pensamento; Sobre a expressão corrente: Isso pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática; O fim de todas as coisas; A paz perpétua; Sob um suposto direito de mentir por amor à humanidade. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004a. 181 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. ed. bilíngüe. São Paulo: Martins Fontes, 2003b. 620 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 680 p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto editora, 2004b. 123 p.

KIRSTE, Stephan. **Constituição como Início do Direito Positivo**: A estrutura temporal das constituições. Trad. Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. Título Original: '*Verfassung als Anfang des positiven Rechts: Die Zeitstruktur von Verfassungen*'. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. Recife: Universitária da UFPE, n. 13, 2003. p. 43.

MARTINS, Flávio Alves. **Kant, a lei moral e a fundamentação da metafísica dos costumes**. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes: nova série, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito Cândido Mendes, ano 8, nº 8, p. 33-48, dez. 2003.