DIREITO E LEI EM I. KANT

José N. Heck
UFG / CNPq

Resumo: Direito e lei em I. Kant. O presente trabalho constitui a peça inicial de um estudo que se propõe examinar se a posição kantiana face à moral e ao direito ainda é aproveitável e pode servir para encaminhar problemas que envolvem a moral e o direito nas sociedades hodiernas. Por um lado, a *Metafísica dos Costumes* é normativa, doutrinária, a favor da coerção legítima e do dever-ser. Isto a aproxima das ciências jurídicas atuais. Por outro lado, Kant desconhece o mecanismo processual do direito, não fixa competências jurídicas e não tem noção da atividade do magistrado e do funcionário público nos modernos sistemas de direito positivo.

Palavras-chave: Moral, Direito, Validade, Estado de Direito.

Abstract: Right and Law in I. Kant. The present work constitutes an initial piece of a study which intends to examine whether Kant's position regarding morality and right is still useful to deal with problems involving morals and right in present day's societies. On the one hand, the *Metaphysics of Morals* is normative, doctrinal, and favors legitimate coercion and "ought" issues. This approximates Kant's work to contemporary juridical sciences. On the other hand, Kant ignores judicial procedures. He also doesn't determine judicial competencies and doesn't have the knowledge of a magistrate's activities as well as those of the public official's of modern systems of positive law.

Key-words: Morals, Right, Validity, State of Law.

Introdução

Diferentemente da *Filosofia do Direito* (1821), o texto *Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito* (1797) não é um tratado combativo de vanguarda intelectual. Embora Kant (1724-1804) fosse uma das cabeças dominantes da *Aufklärung* alemã e confeccionasse escritos para semanários da época, a *Metafísica dos Costumes* não se enquadra nesse tipo de literatura filosófica.

Depois de ordenar o acervo definitório da obra, o leitor dificilmente furta-se a um sentimento de perplexidade. Quem alguma vez levou a sério a afirmação no segundo Prefácio à *Ciência da Lógica* (1832), de acordo com a qual a filosofia não carece de uma terminologia especial, corre o risco de ver, no material colhido, o que Hegel (1770-1831) denomina de “purismo afetado” (*affektierter Purismus*). Se, além disso, o leitor levar em conta um velho ditado jurídico, segundo o qual *omnis definitio periculosa est in iure civile*, talvez o produto de sua investigação acabará abandonado às traças.

Uma forma de lidar com o espanto face a “textos muito díspares”¹ é delimitá-los conceitualmente², outra é mostrar que as noções kantianas de direito são intrinsecamente solidárias da razão prática³ ou destacar um complexo particular delas para uma avaliação pormenorizada⁴. Como alternativa, o presente ensaio visualiza uma das problemáticas atuais na filosofia do direito e procura ver se a *Metafísica dos Costumes*, devidamente situada e estruturada⁵, não ajuda no encaminhamento satisfatório do problema-chave das relações entre moral e direito em nossos dias. A contribuição tem por pano de fundo a maneira diferenciada ou antagônica de Habermas (1929-)⁶ e Tugendhat

¹ RICARDO R. TERRA, *A política tensa*. Idéia e realidade na filosofia da história de Kant, São Paulo: Iluminuras, 1995, 9 (Introdução).

² IDEM, A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana, in *Filosofia Política* 4, Porto Alegre: L&PM, 1987, 49-65.

³ VALÉRIO ROHDEN, Razão prática e direito, in *Racionalidade e ação*. Antecedentes e evolução atual da filosofia prática alemã, Porto Alegre: Editora da UFRGS / Instituto Goethe / ICBA, 1992, 124-144.

⁴ JULIUS EBBINGHAUS, Das kantische System der Rechte des Menschen und Bürgers in seiner geschichtlichen und aktuellen Bedeutung, in *Gesammelte Aufsätze*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, 161-193.

⁵ BERND LUDWIG, *Kants Rechtslehre*, Hamburg: Meiner, 1988.

⁶ JÜRGEN HABERMAS, Zur Rekonstruktion des Rechts (I-II): das System der Rechte / die Prinzipien des Rechtsstaates, in *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 3. Aufl., Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1993, 109-237. Trad. do alemão por Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 113-240.

(1930-)⁷ reportarem a questão a Kant para darem consistência a seus respectivos discursos sobre moral e direito.

O texto procura responder à pergunta se o pensamento político-moral kantiano, em acepção ampla, pode ser articulado nos moldes atuais do direito e, em caso afirmativo, em que áreas do direito essa articulação deverá ser feita para não constituir um anacronismo jurídico-filosófico. O trabalho busca acesso à linha demarcatória entre moral e direito em Kant para examinar se sua concepção de individualidade moral esclarecida presta contas à esfera do direito.

A localização do problema

No item “peculiaridades da Faculdade do Direito”, na primeira seção de *O Conflito das Faculdades* (1798), o autor dá o perfil do eficiente funcionário público. Kant escreve: “O *jurista* letrado não busca as leis que garantem o *meu* e o *teu* (se proceder, como deve — *soll* -, como funcionário do governo) na sua razão, mas no código oficialmente promulgado e sancionado pela autoridade suprema. A prova da verdade e da legitimidade das mesmas (*Den Beweis der Wahrheit und Rechtmässigkeit*) não pode ser exigida dele normalmente, tampouco a sua defesa contra as objeções antagônicas da razão. Pois, são os decretos que primeiramente fazem que algo seja justo, e indagar se também os próprios decretos possam ser justos, é algo que deve (*muss*) ser rejeitado como absurdo por parte dos juristas. Seria ridículo pretender subtrair-se à obediência perante uma vontade externa e suprema sob o pretexto de que esta não se harmoniza com a razão. Com efeito, a reputação do governo consiste precisamente em que ele não permite aos súditos a liberdade de julgar sobre o justo e o injusto, segundo os seus conceitos próprios, mas de acordo com a prescrição do poder legislativo”⁸.

O funcionário público atual tem dificuldades para acompanhar a argumentação. Primeiro pela terminologia, depois pela concepção. Governos não proíbem julgar sobre o que é ou não justo, eles aplicam as leis vigentes ou, subsidiariamente, promulgam decretos de acordo com critérios previstos em lei maior. Não se prova a verdade de uma

⁷ ERNST TUGENDHAT, *Menschenrechte / Gerechtigkeit*, in *Vorlesungen über Ethik*, 3. Aufl., Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1995, 336-391. Trad. do alemão por Ernildo Stein et al. Petrópolis: Vozes, 1997, 362-392; *Dialog in Leticia*, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997.

⁸ IMMANUEL KANT, *Der Streit der Fakultäten*, Hamburg: Meiner, 1975, 17. Trad. do alemão por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993, 27-28. Doravante designado por *StF* (original) e por *CF* (tradução).

lei ou se demonstra sua legitimidade. O que pode ser feito é constatar ou não a sua validade e eficácia prática. Soa estranho também que um funcionário público possa obedecer a uma vontade externa e suprema (*einen äusseren und obersten Willen*), quando tal vontade já deixou de existir, seja porque quem a teve morreu ou mudou de idéia. Uma vontade, se tem ou não se tem, uma norma vige ou não vige. Que a lei moral seja um *Faktum* da razão, em sua esplêndida solidão ontológica, é um caso único e não nos capacita a confundir “o ser *veritable* com existência”⁹. Se nem as leis morais, que Kant vê com o Vigário Saboiano inscritas em nossos corações, nos forcem a reconhecer a existência de um Grande Legislador, não é plausível supor a existência de pequenas vontades por cima, por baixo ou ao lado da lei positiva, só porque ela se encontra preto no branco nos códigos para todo mundo ver.

Mas não são essas incongruências terminológico-concepcionais que nos levam ao que interessa. O leal servidor público da Prússia Oriental é apresentado por Kant como um letrado *sui generis*, do qual seria ridículo querer exigir uma atuação racional convincente. Suponhamos uma administração pública, onde o topo da hierarquia administrativa seja ocupado por juristas eruditos, quer dizer, com formação idêntica a de um juiz em exercício. Em tal administração, não há nada de ridículo ou despropositado (*ungereimt*) supor que o funcionário público examine se a norma, da qual se vale para subsumir esse ou aquele caso, é válida. Qualquer funcionário no Estado de direito é obrigado a fazê-lo. Tal fato histórico-empírico pode ser verificado por quem quiser. O funcionário público da época de Kant não fazia o que seus sucessores estão acostumados a praticar porque não tinha uma lei positiva à disposição que o levasse a proceder como Kant insinua ser possível que seja feito. A idéia de que tal exame possa ser levado a cabo sob a égide da razão estabelece a distância que separa o direito racional do direito positivo atual.

O primado da moral

A moral kantiana da *Aufklärung* é pública. Ao responder à pergunta “*Was ist Aufklärung?*” (1784), o filósofo reconhece que não é fácil para cada homem achar o caminho que o leve de uma situação tutelada, que lhe adveio ser quase natural, para a maioria racional de homem livre. Kant passa da chamada “grande parte dos homens” ao espaço público, e escreve: “Que, porém, um *Publikum* se esclareça a si mes-

⁹ TUGENDHAT, *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1976, 35.

mo é perfeitamente possível; mais que isso, é quase inevitável, desde que lhe seja dada a liberdade. Pois encontrar-se-ão sempre alguns indivíduos capazes de pensamento próprio, até entre os tutores estabelecidos da grande massa (*des grossen Haufens*), que, depois de haverem sacudido de si mesmos o jugo da menoridade, espalharão em redor de si o espírito de uma avaliação racional do próprio valor e da vocação de cada homem em pensar por si mesmo”¹⁰.

A passagem articula um discurso *moral* e não jurídico. Pensar por si mesmo é, no plano da ação, agir tendo a vontade por princípio. O *sapere aude* de fazer uso do próprio entendimento, e não de razões alheias, vale de igual modo para quem usa a sua vontade por dever, e não apenas de acordo com leis que deixam seus impulsos de agente intocáveis. A citação configura um argumento de moral *pública* porque parte do princípio de que público é o fato de todos concordarem objetivamente, desde que ajam usando sua razão. Embora o conceito de público se valha do que é externo ao íntimo dos participantes, ele vem definido, diferentemente do que ocorre em direito, comprometido com motivações de origem exclusivamente interna. O texto traz uma explicitação do que é *esclarecimento* porque não se limita a expor em que consiste o uso da razão, registrando sua eficácia moral, mas também mostra as conseqüências práticas de alguém se omitir, quando se trata de fazer uso da razão.

O filósofo observa a atuação de dois tipos de atores. De um lado, a grande massa, *ein grosser Haufen, la multitude aveugle* rousseauiana e, do outro, o homem esclarecido, *der Selbstdenkende, l'homme éclairé et indépendant* rousseauiano. Ambos os tipos são constituídos de agentes racionais e atuam sob o regime da moralidade kantiana. O *primeiro* é culpado pela menoridade na qual vive de bom grado, preguiçoso e covarde. Enquanto ser racional, ele não tem a quem culpar pela situação, pois é livre igual aos outros. Ele é um atestado vivo de que sua liberdade está na origem do estado tutelado no qual se encontra. A razão demonstra sua autonomia na possibilidade de revertê-la, ou seja, a heteronomia não lhe é estranha, motivo pelo qual esta só pode ser sustada, cada vez, graças à primeira. O *segundo* é, ele próprio, responsável por não continuar comodamente, sendo livre, vivendo sob a tutela de outrem. Ele faz uso do entendimento, aceita o desafio racional, decidido e corajoso, e não se submete a outra autonomia senão a de sua razão. Por saber ousar, dele será o futuro. No progresso histórico, a razão terá nele o seu sujeito.

A maneira plástica e antinômica como são apresentados os dois tipos da moral do esclarecimento contrasta com o resultado das investiga-

¹⁰ KANT, Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung? / Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? Trad. do alemão por Floriano de S. Fernandes. In *Textos seletos*, ed. Bilingue, Petrópolis: Vozes, 1985, 102. Doravante citado por *WAuf*.

ções de Kant acerca das condições de uma vontade racional que toma o respeito pela lei moral como força determinante do agir. Descritivamente, a heteronomia afirma-se de forma tão insofismável que o filósofo parece, de antemão, conceder à prática humana o revide que acabará não dando à razão teórica. Olhando os homens como eles se comportam na prática, aquilo que objetivamente é verdadeiro não o é subjetivamente para a maioria. Levar a sério esta suspeita implica encurtar o caminho que, em Kant, vai da moral ao direito. Decretada uma vez a falência da razão, por inanição operativa, os princípios externos do direito ordenariam soberanos uma esfera normativa chamada legalidade, a qual seria a única responsável pelo agir humano. Kant não pensou assim. Com a idéia de *Publikum*, ele introduz uma concepção de vontade que maximiza a universalidade de sua teoria moral. Pressuposta, é uma noção de individualidade para a qual a exigência por autonomia e a propensão igualmente congênita à heteronomia são inerradicavelmente constitutivas¹¹, ou seja, ambos os atores podem representar seus papéis até a exaustão.

A crítica é, para ambos os atores, a única arma. A crítica é uma *arma* da moral do esclarecimento porque pensar ou agir sem conseqüências não é nem crítico nem moral. Aqueles que se satisfazem cumprindo ordens pensam e agem de alguma maneira, mas suas ações e raciocínios não alteram o mecanismo da obediência. Quem faz uso de seu entendimento para tornar-se senhor de outros, mantendo em vida preceitos e fórmulas de uma perpétua menoridade, não é esclarecido. A crítica é a *única* arma esclarecida porque faz bem a seus usuários sem precisar fazê-lo à custa de quem não faz uso dela. Como privilégio da razão, a crítica prejudica tão pouco quanto a razão pode fazer mal. Em consequência, crítica esclarecida não recorre à força ou exerce pressão. Isso pode parecer conformista, mas não o é necessariamente. Basta registrar que o velho Kant defendeu entusiasticamente a Grande Revolução quando o jovem Hegel, no mesmo período, tinha já um pé atrás. Supérfluo dizer que Kant não se sentiria à vontade em uma democracia cuja lei maior rezasse: “receber e distribuir cotoveladas”, por ser tal o jeito da vida. A moral esclarecida não inspira medo e não move por medo. Ela não existe para os outros, mas vincula o agente moral a outros, enquanto seres racionais como ele. Face às benesses da pressão democrática, Kant é um observador glacial, quando descreve as leis de um fenômeno milenar do qual se conhecem todas as armas, à exceção de sua

¹¹ MAX-O. LORENZEN, *Metaphysik als Grenzgang*. Die Idee der Aufklärung unter dem Primat der praktischen Vernunft in der Philosophie Immanuel Kants, Hamburg: Meiner, 1991, 62.

crítica: “O interessante nesse caso”, observa Kant, “é que o público, que anteriormente foi conduzido por eles (os tutores) a este jugo, ele mesmo obriga-os daí em diante a permanecer sob ele, quando é instigado a rebelar-se (*aufgewiegelt worden*) por alguns deles, os quais, eles próprios, são incapazes de qualquer esclarecimento”¹².

No mais tardar aqui, na torção cultural que a revolução impõe aos indivíduos, forçando-os a aceitar hoje como correto o que até ontem estava errado, o leitor de Hegel tem vontade de fazer uma proposta ou dar uma sugestão. Por que não pôr o complexo autonomia/heteronomia aos cuidados do espírito para, sarada a ferida, a *idéia* da liberdade dar o ar de sua graça, desprender-se livremente de si (*sich frei entlassen*) e, enquanto libertação absoluta, ser natureza ou, como Hegel também diz, ser-nos dada como totalidade *intensiva*?¹³. Acontece que o limite racional assinalado não é o estabelecido por Rousseau (1712-1778) entre *l’homme naturel* e *l’homme civilisé*, no qual Hegel viu sua tarefa de reconciliação. Quanto à natureza, Kant plagia o *Emile* (1772) e recorre à réstia de poesia que sobrou do iluminismo, para constatar que do seio materno da natureza (*aus dem Mutterschosse der Natur*) fomos liberados (*entlassen*) em condições de liberdade¹⁴. A liberdade é para Kant, como fora para o genebrino, uma dádiva da natureza e não um dom do espírito. Uma vez liberados pela tutora-mãe, não há *contradições* no reino da liberdade que façam jus ao predicado aristotélico e exijam os préstimos do espírito. As fronteiras entre autonomia/heteronomia são de ordem racional, ou como aquele limite que Kant vê atravessando o estado paradisíaco, enquanto criação humana, quando o desejo de poder matar o tempo e desfrutar os seus dias é o mesmo que não deixa o homem em paz e o impede de deleitar-se à sombra dos carvalhos de Rousseau. O traço kantiano a separar autonomia e heteronomia é da ordem do limite que estabelecemos entre triângulo pensado e triângulos fenomênico-reais. Não há algo a curar ou lição dialética por fazer. A *idéia* do triângulo, mesmo que pudesse liberar-se como *idéia*, graças a uma subjetividade pulsional, não seria nunca um triângulo empírico e tampouco seria real de modo a podermos dispensar a linha que corta o triângulo em si dos que fazemos para nós.

¹² KANT, *Op. cit.*, 102-104.

¹³ GEORG W.-F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik II*, Hamburg: Meiner, 1969, 504/505.

¹⁴ Kant interpreta o evento rousseauiano em quatro etapas e conclui que o paraíso é uma *idéia* da razão que implica a saída do estado natural, onde o instinto, como voz de Deus, tutelava o homem. Na representação racional desse estado, a liberdade é concebida como possibilidade de construir sua heteronomia. KANT, *Mutmasslicher Anfang der Menschengeschichte*, in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, Hamburg: Meiner, 1973, 47-64.

A oferta que o dialético fez à razão antinômica teria parecido a Kant como um daqueles presentes dos quais Virgílio canta — *Quidquid id est, timeo danaos et dona ferentes (Eneida, 2,49)*¹⁵. Também o fato da razão não é, como a Idéia absoluta em Hegel, um absoluto seguro de si, nem repousa em si absolutamente¹⁶.

A legitimação do direito

A moderna filosofia política nasce acasalada com a coerção. Em Maquiavel (1469-1527) e em Hobbes (1588-1679) isto está à flor da pele. Mas também Rousseau só é um filósofo político, e não apenas um crítico cultural, porque propõe-se a legitimar *les fers* que mantêm os homens agrilhoados, sem que para isso haja uma explicação natural satisfatória¹⁷. Hegel não se conformou com tal *status quo* da modernidade. Sua noção de liberdade substancial é grega, com a conseqüência de o ônus da prova da moderna *quaestio iuris* ficar, até hoje, com quem dele reivindica uma subjetividade autônoma. É a outra parte que deve justificar a linha que divide a fisionomia iluminista do *homme civilisé* e separa as esferas da moral e do direito na modernidade.

A posição de Kant frente ao confronto entre força instituída e meios violentos de superação, no texto de 1784, orienta-se na figura da individualidade moral. Ela é coerente com sua concepção de autonomia. O filósofo escreve: “Uma revolução poderá talvez trazer a queda (*Abfall*) do despotismo pessoal ou da opressão ávida de lucros ou

¹⁵ Habermas e Tugendhat, por maiores que sejam as diferenças, não recorrem ao espírito subjetivo ou objetivo para lidarem com as reciprocidades entre moral e direito. Tugendhat estabelece *en passant* contato com a dialética do reconhecimento, mas não sabe bem o que fazer com ela, sem a noção fichtiana de liberdade. O espírito objetivo é descartado como tese extremada de prioridade do social sobre o individual. Cf. Tugendhat, *Vorlesungen über Ethik*, 3. Aufl., Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1995, 274-76 e 205, respectivamente. Habermas silencia em sua obra de filosofia do direito sobre o espírito subjetivo. Mesmo quando se reporta ao espírito objetivo, as parcas referências não sugerem que sua concepção de facticidade normativa construa sobre uma idéia de Estado como universo ético. Pelo contrário, a filosofia política de Hegel é rastreada em seu veio aporético nos modernos modelos sistêmicos de engenharia social. Cf. HABERMAS, *Op. cit.*, 280, 617 e 416-67, respectivamente.

¹⁶ Cf. MARCO A. ZINGANO, O fato da razão, in *Razão e história em Kant*, São Paulo: Brasiliense, 1989, 143-171. Das análises de Tugendhat acerca da *original position* de Rawls pode ser concluído que ele toma o fato da razão como uma sólida referência de nossas intuições morais. Cf. TUGENDHAT, *Op. cit.*, 364-66 e *Probleme der Ethik*, Stuttgart: Reclam, 1974, 10-32.

¹⁷ “L’homme est né libre, et par-tout il est dans les fers (...). Comment ce changement s’est-il fait? Je l’ignore. Qu’est-ce qui peut le rendre légitime? Je crois pouvoir résoudre cette question” (*Contract social* I 1).

de domínios, porém nunca trará a verdadeira reforma no modo de pensar. Apenas novos preconceitos (*Vorurteile*), assim como os velhos, servirão como corrente de cabresto (*Leitband*) para conduzir a grande massa destituída de pensamento¹⁸. Ressalta à vista que Kant parte de uma constelação pessoalizada, à moda da filosofia política da tradição, quando se quer saber se temos um bom governante. No caso, trata-se de romper as cadeias de um déspota, avarento por vantagens materiais, desprovido de integridade moral. Realizado com força, esse rompimento apenas substituirá os velhos por novos *preconceitos*, portanto, mantém-se o círculo dos círculos iniciado por um tutor que pôs sua canga sobre uma grande parte dos homens. Para a grande massa, não se altera nada, excetuados os personagens tutores. A revolução é avaliada por Kant sem nenhum senso teórico, a partir dos papéis de indivíduos que a fazem. Por serem realizações no plano do fáctico, ele lhes contrapõe um princípio normativo-racional, chamado *Reform der Denkungsart*.

Essa reforma, a única que sustenta o progresso na história, parte do fato de os homens haverem sido alforriados pela natureza. A razão não é, pois, senhora de suas origens ou, como Schopenhauer (1788-1860) diria, ela não pode permitir-se a ilusão de achar que foi ela quem pôs o primeiro ovo, do qual tudo proveio. Esse rompante de criatividade não responde à pergunta que quer saber o que veio por primeiro, a galinha ou o ovo. Se o homem deve sua liberdade à natureza, não se puxando pelos próprios cabelos¹⁹, a tarefa da razão consiste em mantê-lo livre do preconceito de achar que a liberdade não é suficiente para resolver os problemas que a autonomia *da* natureza lhe impõe. A moral kantiana prescreve garantir a autonomia da razão pelo reconhecimento de seus limites, pela aceitação racional de que o homem não é autor das condições de sua liberdade. A grande massa, como Kant insiste, está bem servida com revoluções. Elas lhe dão tutores, sem os quais fica difícil viver, e se consola em ver que os novos tutores estão, eles próprios, sob a mesmo jugo que os antigos lhe haviam imposto. O esclarecimento fica, portanto, nas mãos dos *Selbstdenkenden*. Apenas eles são iniciadores de *Aufklärung*, somente neles, a razão esclarecida encontra suportes históricos que não a passam para trás, quer dizer, que não fazem com que a primeira natureza, dadivosa, se transforme em natureza opressora. Para Kant, homens esclarecidos fazem bem em não fazerem revoluções. Eles devem estar comprometidos com a reforma do pensamento.

¹⁸ *WAuf*, 104.

¹⁹ Quando no final da *Ciência da Lógica*, que é uma lógica de liberdade, lemos reportados ao início que esse é "*von höchst einfacher Natur*" (de natureza simples em extremo), temos uma variante do *Freichspruch* kantiano, muito embora o dialético intencionasse o contrário. *De natureza simples em extremo* foi o que o Barão de Münchhausen conseguiu fazer consigo mesmo.

Na segunda seção de *O Conflito das Faculdades*, que trata das relações entre as Faculdades de filosofia e de direito, o autor posiciona-se face a “um acontecimento de nosso tempo” e chega a conclusões que alteram consagrados posicionamentos anteriores. A passagem insere-se no renovado questionamento, se o gênero humano encontra-se em constante progresso para o melhor. *Renovada* a questão é porque já fora abordada em “*Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas não vale na prática*” (1793) e no primeiro suplemento de “*A paz perpétua*” (1795)²⁰.

Embora mantenha a primazia do ponto de vista moral, o texto introduz argumentos até então ignorados no horizonte da moralidade kantiana. O filósofo escreve: “Este acontecimento não consta, digamos, de ações ou crimes importantes, cometidos pelos homens (...). Não, nada disso. É simplesmente o modo de pensar dos espectadores que se trai publicamente neste jogo de grandes transformações, (...) e demonstra assim (por causa da universalidade) um caráter do gênero humano no seu conjunto e, ao mesmo tempo (por causa do desprendimento), um caráter moral, ao menos na disposição, caráter que não só permite esperar a progressão para o melhor, mas inclusive já constitui tal futuro progressivo”²¹. O primado da moral continua de pé, a despeito do jogo de interesses imanente ao processo revolucionário. Por sua universalidade, o ocorrido demonstra um caráter moral, pelo menos na disposição que denota. O visor moral não está, porém, mais fixado em atores, em ações ou crimes (*Taten oder Untaten*) de indivíduos. Que assim pareça deve-se ao modo de pensar, por parte dos espectadores, daquilo que está ocorrendo. A *Denkungsart* não é mais privilégio de um punhado de sábios, mas modo de ser de multidões. Objetivamente, o acontecimento não só aponta com maior ou menor segurança para o futuro, não, ele mesmo já é a progressão para o melhor (*selbst schon ein solches ist...*). Kant continua: “A revolução (...) pode ter êxito ou fracassar, poder estar repleta de miséria e de atrocidades, de modo que um homem ponderado, se pudesse esperar, (...) jamais resolveria fazer o experimento com semelhantes custos — esta revolução, afirmo, todavia, depara nos ânimos de todos os espectadores (que não estão, eles próprios, envolvidos nesse jogo) com uma *participação*, segundo o desejo que raia à fronteira do entusiasmo, cuja externalização (...) não pode ter nenhuma outra causa a não ser uma disposição moral no gênero

²⁰ O texto de 1793 aborda a questão no contexto da história das religiões, mais especificamente, em relação à controvérsia entre Mendelssohn e Lessing. No primeiro suplemento da obra de 1795, Kant assevera que o progresso do gênero humano está assegurado pela natureza, através do mecanismo das inclinações humanas. O filósofo acrescenta, porém, que tal garantia é teoricamente incerta. No trabalho de 1798, Kant escreve que o fato de o gênero humano encontrar-se em constante progresso para o melhor constitui uma asserção que resiste à mais exigente teoria.

²¹ *StF*, 84. *CF*, 101.

humano”²². Sob perspectiva moral, o evento revolucionário equivale, para os espectadores, a um *signo histórico* daquilo que os homens possuem de melhor. Esse signo tem no público espectador seu verdadeiro interpretante, cuja solidariedade de ânimo com a humanidade²³, generalizada e desinteressada, determina culturalmente o que, no âmbito da razão prática, somente o respeito pela lei é capaz de promover e fica à mão dos homens de boa vontade. Como tal, nada mais que a universalidade e o altruísmo da simpatia pelos acontecimentos, atestada pelo público exterior, credencia a Revolução Francesa como garantia atual de progresso do gênero humano para o melhor²⁴.

Para Kant, a Grande Revolução não é um fenômeno coletivo que leve indivíduos históricos de roldão e os consuma moralmente no fanatismo político. Indiciadora de futuro, ela marca o *take-off* de uma nova ordem teórica, “o *direito* de um povo de não dever ser impedido por outros poderes ao dar-se uma constituição civil”²⁵. O imperativo prático *a priori* persiste, o conceito do direito (*Rechtsbegriff*) não o substitui nem o limita, mas é seu aliado. Enquanto o primeiro reporta-se à autoconsciência da existência — a duração de cada homem como ser vivente — o segundo abarca o devir, inconcebível sem alteridade ou à revelia do que o filósofo chama de gênero humano. Kant escreve: “Não uma porção sempre crescente de *moralidade* na disposição de ânimo, mas na multiplicação de produtos de sua *legalidade*, em ações conformes ao dever, sejam quais forem os impulsos que as ocasionarem, isto é, nas boas ações dos homens que se tornarão sempre mais numerosas e melhores, por conseguinte, nos fenômenos da constituição ética do gênero humano, tão-somente aí poder-se-á situar o ganho (o resultado) do cultivo do mesmo para o melhor”²⁶. O porvir ético da espécie é, para Kant, tributário a princípios internos do direito (*innere Rechtsprinzipien*), de acordo com os quais, o fenômeno da Revolução Francesa, na ordem do tempo uma

²² *Ibidem*. Versão portuguesa, p. 101-102.

²³ Cf. ROHDEN, Sociabilidade legal. Uma ligação entre direito e humanidade na 3ª Crítica de Kant, *Analytica*, vol. 1, n 2 (1994) 97-106 e HANNAH ARENDT, *Lectures on Kant's political Philosophy*, Chicago: The University of Chicago Press, 1982.

²⁴ Em “*Qu'est-ce que les Lumières?*” (1984), Foucault vê na segunda seção de *O Conflito das Faculdades* a continuidade de “*Was ist Aufklärung?*”, distinguindo ambos os textos das digressões kantianas sobre a questão da história. Foucault destaca sua originalidade, ao escrever: “Mais il existe dans la philosophie moderne et contemporaine un autre type de question, un autre mode d'interrogation critique: c'est celle que l'on voit naître justement dans la question de l'*Aufklärung* ou dans le texte sur la révolution; cette autre audition critique pose la question: 'Qu'est-ce que c'est que notre actualité? Quel est le champ actuel des expériences possibles?'. Il ne s'agit pas là d'une analytique de la vérité, il s'agira de ce que l'on pourrait appeler une ontologie du présent, une ontologie de nous-mêmes...”, in *Dits et Écrits IV (1980-1988)*, Paris: Gallimard, 1994, 687.

²⁵ KANT, *Op. cit.*, 85. Versão portuguesa, p. 102-103.

²⁶ *Ibidem*, 91. Versão portuguesa, p. 109.

ocorrência casual, conjuga natureza e liberdade, um efeito que “nenhum político teria extraído do curso atual das coisas”²⁷. Somente dele, do ordenamento racional-jurídico, o gênero humano pode esperar o progresso para o melhor (*Fortschritt zum Besseren*). O fato de a razão prática determinar *ipso facto* a vontade não é mais vista como único poder racional de regulação universal. A *idéia* de aglutinar a multiplicidade do querer humano pela legalização do agir exterior dos homens, a qual não exige autocoerção senão reciprocidade coativa sob o autodomínio da lei (*Selbstherrschaft des Gesetzes*), é “a norma eterna para qualquer constituição civil e afasta toda guerra”²⁸. Esta última é o impecilho por excelência do que é moral. O regime normativo do direito, cujo alcance é a cultura humana em seu todo, leva Kant a inverter o curso das coisas (*Gang der Dinge*), postulando que o progresso moral não se dá “de baixo para cima, mas de cima para baixo”. O leitor de outrora do *Emílio* continua: “Esperar que através da formação da juventude pela instrução no lar e depois nas escolas, desde as mais baixas às superiores, numa cultura intelectual e moral, reforçada pelo ensino religioso, se possa vir, por último, chegar não só a educar bons cidadãos, mas educar para o bem o que ainda pode progredir e conservar-se, é um plano que dificilmente permite esperar o êxito almejado (*der den erwünschten Erfolg schwerlich hoffen lässt*)”²⁹. O *justo/injusto* pertence à esfera do direito e não está mais aos cuidados da educação caseira e tampouco encontra-se atrelado à formação do espírito cívico.

A maneira de Kant participar da revolução de um povo pleno de espírito (*eines geistreichen Volks*) alça sua doutrina de direito a uma *idéia* da razão e privilegia o direito público como núcleo irradiador de sua concepção racional de direito. À semelhança do que está de imediato à disposição da razão especulativa e da razão prática, *die Begebenheit* da Grande Revolução, torna possível conhecer *a priori* as condições sob as quais seres dotados com o poder de arbitrar impulsos e inclinações de toda ordem devem agir racionalmente. Kant formula as condições *a priori* como segue: “Caso se pudesse atribuir ao homem uma vontade inata e invariavelmente boa, embora limitada, ele poderia prognosticar com certeza a progressão de sua espécie para o melhor, porque se trataria de um evento que ele mesmo pode realizar”³⁰. Depois de passar para o plano da experiência, e afirmar que deve haver um acontecimento que remeta à constituição e à faculdade, por parte do gênero humano, de ser *causa* do progresso para o melhor e *autor* do mesmo, Kant constata: “... a partir de uma causa dada, pode-se predizer um evento como efeito, quando ocor-

²⁷ *Ibidem*, 87. Versão portuguesa, p. 105.

²⁸ *Ibidem*, 91. Versão portuguesa, p. 109

²⁹ *Ibidem*, 92-93. Versão portuguesa, p. 110.

³⁰ *Ibidem*, 82. Versão portuguesa, p. 100.

rem circunstâncias que concorram com ele (*welche dazu mitwirkend sind*). Embora se possa em termos gerais saber, “como no cálculo de probabilidades no jogo”, que alguma vez circunstâncias devam configurar ocorrências, é impossível determinar “se tal acontecimento ocorrerá em minha vida e se farei a experiência disso”, confirmando a possível predição. Necessário é, pois, “procurar um evento que aponte para o estar-aí de tal causa e igualmente para o ato de sua causalidade no gênero humano, ainda que indeterminado quanto ao tempo”. Dessa existência a investigar, seria possível inferir, como consequência inelutável, a progressão para o melhor e, “assim, poder-se-ia demonstrar a *tendência* do gênero humano no seu *todo*, isto é, não conforme os indivíduos (...), mas considerado segundo o modo como se encontra dividido em povos e Estados sobre o planeta”³¹. Em suma, a revolução dos franceses *legítima* a reivindicação da razão de que a espécie humana está a caminho, como sempre esteve, de um futuro ético. A tipicidade maior da lei suprema do direito racional kantiano é a publicidade legalizadora da Revolução Francesa.

Após discorrer, nos parágrafos 45-52 dos *Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*, sobre sua concepção racional de direito e a divisão de poderes no Estado constitucional, Kant expõe as eficácias jurídicas que derivam da união civil e desenvolve uma teoria de legalização estatal. Por relevantes que sejam as diferenças entre o direito racional e o constitucionalismo positivo³², no mais tardar na observação “A” do direito público kantiano, fica clara a incompatibilidade entre Hegel e Kant face à *via crucis* do direito moderno — a coerção. Enquanto a filosofia política de Hegel pode ser vista como a mais engenhosa superação filosófica da coerção, o republicanismo kantiano faz dela um princípio normativo por definição. A idéia hegeliana de eticidade, dos “poderes éticos que regem a vida dos indivíduos”³³, da qual o Estado monárquico-constitucional é a realidade efetiva³⁴, não coaduna com a legitimação jurídica do poder apostrofada por Kant *in statu civile*. A concepção de que ao princípio estatal moderno assiste a força e a profundidade de *reconduzir* o princípio da subjetividade à *unidade substancial*, conservando-a na-

³¹ *Ibidem*, 83. Versão portuguesa, p. 100-101.

³² Contrariamente a Kant, constituições modernas positivam um direito ativo à resistência (Art. 20 IV da Lei Fundamental alemã). Sobre o direito à resistência na tradição cf. NEWTON SUCUPIRA, Nota sobre o direito de resistência ao governo tirânico ou a teoria do “Impeachment”, segundo Santo Tomás de Aquino, *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. XLIII, 181 (1996) 71-80. Kant proclama um direito restrito de desobediência civil, quando a obediência a uma ordem fere direta e imediatamente a lei moral. KANT, *Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft*, 7. Aufl., Hamburgo: Meiner, 1966, 106-107. Trad. do alemão por Artur Morão. Lisboa: Ed. 70, 1992, 105.

³³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg: Meiner, 1955, parágrafo 145.

³⁴ *Ibidem*, parágrafo 257.

quele princípio (*und so in ihm diese zu erhalten*)³⁵, opõe-se diametralmente à postura de Kant, para quem o *pactum subiectionis civilis* é uma idéia subsistindo como princípio prático da razão, seja qual for a origem da força legislativa em atuação (*ihr Ursprung mag sein, welcher er wolle*)³⁶. O princípio geral do direito, origem de toda e qualquer máxima jurídica, não possui em Kant o estatuto do imperativo categórico. O princípio jurídico maior não exige que seja motivo da ação justa, diferentemente da ética kantiana, onde a ação moral só pode ser engendrada pelo dever de possuir a lei moral por princípio. Em Kant, o direito não realiza a ética senão que a complementa.

Kant não deduz a legitimação da coerção legal a partir de um fato histórico, como garantia do exercício exterior da liberdade, inata a todo ser humano, mas da idéia de regular relações humanas sob o império de leis externas, sejam elas naturais ou positivas. Toda tentativa de qualificar eticamente a origem da força suprema, questionando o seu início violento, é rechaçada por Kant. O *ius* tem, para o filósofo, a estatura de um princípio formal de ação, infenso à ética que prescreve leis para máximas subjetivas do agir arbitrário e, como tal, está subordinada à objetividade de normas jurídicas. Confrontados com a obrigação de ater-se às regras do direito, os deveres éticos são, enquanto deveres de virtude³⁷, imperfeitos, muito embora tenham um raio de ação mais amplo que as obrigações advindas do direito. Por maior que seja o mérito de alguém, ao respeitar aquilo que é de direito, a virtude não torna supérflua a normatividade jurídica senão que a pressupõe. Querer conservar uma unidade substancial, nos extremos autônomos da particularidade pessoal, não vai ao encontro, mas se afasta da idéia de que a coerção é imanente a qualquer obrigação, seja ela auto-imposta ou exercida por outrem³⁸. Uma coisa é permitir moralmente a pergunta de Hobbes (1588-1679), *quis judicabit?*, quando há um juiz para responder, outra é dispensar

³⁵ *Ibidem*, parágrafo 260.

³⁶ KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Hamburg: Meiner, 1986, 140. Doravante designado por *Rlehre*.

³⁷ IDEM. *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* (Introdução, B VII). Doravante designado por *Tlehre*, in *Metaphysik der Sitten*, 4. Aufl., Hamburg: Meiner, 1966, 231: "As obrigações imperfeitas são, portanto, apenas obrigações da virtude". Doravante designado por *MdS*.

³⁸ *Ibidem* (Introdução, B IX), 236. Ainda que a articulação da *Doutrina da Virtude* deixe a desejar, a coerção não é suprimível em Kant, mesmo enquanto *Selbstzwang* (autocoação) — Cf. *Crítica da Razão Prática*, A 143. O excelso padrão de valores éticos predisponíveis (*vorgegeben*) — descartando em Hegel toda e qualquer submissão à força, a ponto de Lebrun flagrar nessa convicção uma das raízes da dialética (*O Averso da Dialética*. Trad. do francês por Renato J. Ribeiro, São Paulo: Companhia das Letras, 1988, 66) — é incompatível com a coerção legal como única força capaz de suprasumir (*aufheben*) arbitrariedade das ações humanas e não está, assim, à disposição de uma superação dialético-racional reflexiva. Cf. *Tlehre* (Introdução B VII), in *MdS*, 230. Cf. LEONARDO A. VIEIRA, A herança kantiana na concepção hegeliana do direito e da moral, *Síntese Nova Fase*, v. 24, n. 77 (1997) 163-179.

eticamente o *Leviatã* hobbesiano a responder, razão porque o Estado é, para Kant, uma figura essencialmente jurídica e, em Hegel, uma grandeza meramente cognitiva³⁹. Mesmo onde Kant se confronta com o tiranicídio, na forma do justiciamento do monarca, ele mantém a duras penas a argumentação jurídica e se abstém de dialetizar a origem do direito com uma noção de eticidade que a pudesse legitimar para todo e sempre. Para Kant, a submissão incondicional da vontade popular a uma vontade soberana é *Tat* (fato). Ela só pode instalar-se pelo domínio da força suprema e fundamenta assim, primeiramente, um direito público. Conceder um direito à resistência a tal plenitude de poder, seria contraditório, segundo Kant, pois anularia a instância que determina o que é para ser (*sollen*) publicamente de direito e o que não é. Kant arremata: “E esse princípio já está contido *a priori* na idéia de uma constituição do Estado, isto é, em um conceito da razão prática, ao qual, embora não possa ser atribuído adequadamente nenhum exemplo na experiência, também nenhuma norma deve (*muss*) contradizer”⁴⁰.

Kant concebe, na forma do *sollen*, o postulado do direito público a partir do direito privado, provisório no estado natural, mas o estabelece na forma do *müssen*, de modo que a cada um, em caso de conflito acerca do meu e do teu, deve ser permitido constranger (*nötigen*) seu semelhante a “aderir com ele a uma constituição civil”, uma vez que somente “em um estado civil pode haver um meu e teu exterior”⁴¹. Uma coerção legal, só pode ser imposta em base de uma lei positiva genérico-abstrata e de caráter imperativo. No estado de natureza, os homens podem tentar conseguir uns dos outros um agir de acordo com a razão, mas nunca terão a garantia *a priori* de que alguém irá ater-se àquilo que a razão lhe prescreve. A coerção recíproca universal implica, para Kant, que se desista de procurar convencer os outros do que é justo ou injusto, e se fique limitado a regular a relação entre arbítrios, isto é, sem nenhum componente ético ou intencional, exigindo apenas a ordenação exterior dos ho-

³⁹ As razões últimas dessa controvérsia são de ordem metafísica. A noção de casualidade (*Zufälligkeit*) ocupa nos dois autores uma lugar epistêmico diferente. Em Kant, a idéia de que algo seja casual assinala o respectivo marco inicial do filosofar, assim na questão da existência do primeiro homem, de seus primeiros exercícios de liberdade, na recepção da Revolução Francesa ou na origem histórica do Estado. Para Hegel, o casual é, enquanto necessidade do filosofar, igualmente inexplicável, mas surge quando “o poder da unificação desaparece da vida dos homens” (Cf. *Differenz des Fichteschen und Schellingschen Systems der Philosophie* — das Bedürfnis der Philosophie). Isso faz com que o especulativo em Hegel mantém-se em movimento por uma dialética reconstrutiva do que já não é mais, enquanto para Kant, o que antecede ao filosofar é racionalmente incomensurável. Assim, anterior ao Estado, há o provisório do incerto, por cima da lei moral, o céu estrelado e ao lado do eu teórico, o breu do vazio conceitual.

⁴⁰ Frase conclusiva do anexo à *Doutrina do Direito, in Rlehre*, 200.

⁴¹ *Ibidem*, 124 e 63 (parágrafos 42 e 8, respectivamente).

mens entre si. Isso só é possível, segundo Kant, com uma noção de liberdade como “único direito originário, que assiste a cada homem em virtude de sua humanidade”⁴², de modo que o direito de coagir alguém é igual à autorização que esse alguém possui para coibir um uso de liberdade que impede a construção de um conceito de lei universal, ou seja, “a apresentação do mesmo em uma pura intuição *a priori*, de acordo com a analogia da possibilidade de movimentos livres dos corpos atuarem sob a lei da *igualdade da reação e contra-reação (Gleichheit der Wirkung und Gegenwirkung)*”. “Direito e poder para coagir”, insiste Kant, “são, portanto, uma e a mesma coisa (*Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei*)”⁴³. Materialmente, os homens não têm assim, para Kant, mais ou outras obrigações no direito público do que o direito privado lhes prescreve. O que caracteriza as leis do direito público é sua forma jurídica nos termos de uma constituição, “em relação à qual essas leis devem (*müssen*) ser necessariamente pensadas como públicas”⁴⁴.

O caminho que leva da moral ao direito vai, em Kant, de uma liberdade inata (*angeboren*) a vontades autolegisadoras. A construção racional da vinculação jurídica supõe que os indivíduos não alienam seu direito isento de leis, quando se submetem reciprocamente à legislação coativa de uma constituição republicana. Esta é a originalidade face a Rousseau, e explica porque Kant não recorre ao *Législateur* no limiar da República, o homem capaz de fazer com que “*un peuple naissant put goûter les saines maximes de la politique et suivre les regles fondamentales de la raison d’Etat*”. Kant silencia de todo sobre a *Science du Législateur*, a qual habilita, em Rousseau, a “*persuader sans convaincre*” (*Contract social* II 7). A filosofia política kantiana também não reserva lugar à presença integradora do funcionário prussiano, que Hegel registra no epicentro político do espírito objetivo (*Filosofia do Direito*, parágrafos, 289-297). Tampouco é viável, sob visor kantiano, a substituição dos membros da *classe média*⁴⁵ hegeliana pela figura paradigmática do revolucionário esclarecido, uma espécie de funcionário público não-concursado, com a filosofia na cabeça e o proletariado no coração. Reconciliando *homme* e *citoyen*, o primeiro assegura objetividade política ao espírito, dialético e com o segundo Marx (1818-1883), integrou socialmente o que a crítica ao *bourgeois* dividira no sistema de carecimentos.

Harmonizar ética e direito é uma idéia descartável em Kant.

⁴² *Ibidem*, 47 (Introdução — Divisão da doutrina do direito, B).

⁴³ *Ibidem*, 41 (Introdução, parágrafo E).

⁴⁴ *Ibidem*, 124 (parágrafo 4I).

⁴⁵ HEGEL, *Op. cit.*, 258: “Os membros do governo e os funcionários do Estado (*Staatsbeamten*) constituem a parte principal da *classe média*, à qual pertence a inteligência culta e a consciência jurídica da massa de um povo” (parágrafo 297).

A individualidade esclarecida e o problema da dogmática jurídica

Graças à normatividade com que Kant pensa a liberdade dos humanos, como luta incessante contra as ilusões de cada homem e as renovadas tentativas deste de desconsiderar as condições de autonomia, não por ele geradas, o uso público da razão termina onde inicia a *doutrinação*. Nenhum existente dispõe, para Kant, da virtualidade de engendrar por si o que é normativo. Trata-se de fazer uso público da razão e não de saber com quantos sábios podemos contar ou, então, qual a quantidade deles que se mantêm à disposição para o uso público da razão. Descartada está, igualmente, a possibilidade de institucionalizar o uso público da razão em um órgão administrativo ou assegurá-lo na forma de uma instância ou personalidade jurídica. Indicativo de que Kant não faz do estamento dos sábios uma hipótese do uso público da razão é o fato de o militar, o ministro religioso e o próprio contribuinte serem eruditos, desde que as condições do uso público da razão estiverem dadas e eles se forem ater a elas, ao agirem como sábios diante do grande público do mundo letrado⁴⁶. Para isso poder acontecer, de acordo com o texto de 1784, nada é exigido senão *liberdade*.

Dois anos após, em "*Was heisst: sich im Denken orientieren*" (1786), Kant elenca três obstáculos que contrariam o uso público da razão: a *coerção civil* (*bürgerlicher Zwang*), a *coaço da consciência* (*Gewissensdrang*) e, finalmente, a *máxima do uso sem lei* (*geseztloser Gebrauch*) da razão. A argumentação dirige-se contra as pretensões do *gênio*, cuja atuação como sábio ocorre sob a "máxima invalidade de uma razão supremamente legisladora". Tal atitude, "nós, homens comuns", diz Kant, "chamamos de *exaltação sentimental*, e os favoritos da benevolente natureza denominam de *iluminação*". O filósofo conclui dizendo que assim advém a "total subordinação da razão aos fatos, isto é, a *superstição*"⁴⁷.

Do exposto, segue que o uso público da razão, seja pelo erudito comum, seja pelo sábio ocasional (militar, sacerdote, cidadão-contribuinte), deve estar autolimitado pela crítica da razão nos moldes de uma legislação racional suprema. Para coibir o *abuso* de um uso público indevido da razão, na figura do sábio de qualquer espécie, esse deve *omitir-se* de fazer um uso desenfreado da razão. Tal emprego leva, segundo Kant, invariavelmente à superstição. Pela *Crítica da Razão*

⁴⁶ *WAuf*, 106.

⁴⁷ *IDEM*, *Was heisst: sich im Denken orientieren?* / Que significa: orientar-se no pensamento? Trad. do alemão por Floriano de S. Fernandes. In *Textos seletos*, ed. Billíngue, Petrópolis: Vozes, 21985, 92-94. Doravante designado *WhD*.

Prática (1788), sabemos de tal razão não-desenfreada em exercício. Ela não submete a faculdade pura à crítica, “a fim de ver se a razão não se *ultrapassa*, ao presumir simplesmente uma faculdade desse gênero (como sucede com a razão especulativa)” — Prefácio. “Não se trata, em conseqüência”, assevera Kant, “de compor uma crítica da razão *prática pura*, mas tão-somente de elaborar (*bearbeiten*) uma crítica da razão *prática*. Pois, a razão pura, desde que esteja provado que há uma tal, não necessita de crítica de modo algum. É ela própria que contém o critério de orientação (*Richtschnur*) para a crítica de todo o seu uso. A crítica da razão prática em geral tem, pois, a incumbência (*Obliegenheit*) de sustar a presunção da razão empiricamente condicionada de fornecer exclusivamente, ela somente, o princípio da determinação da vontade. O uso da razão pura, estabelecido que alguma assim há, é, ela mesma, imanente. O uso empírico-condicionado, que reivindica a soberania exclusiva, é, ao contrário, transcendente e revela-se em pretensões e mandamentos que vão totalmente além de seu domínio, o que é precisamente a relação inversa do que pôde ser dito da razão pura no uso especulativo” — Introdução)⁴⁸.

O uso público esclarecido da razão, pelo respectivo sábio, está de acordo com o que a *Crítica da Razão Prática* irá elaborar. Ela impede a presunção da razão, empiricamente situada, de querer determinar sozinha o agir esclarecido do agente erudito, contrariando o uso da razão pura. Quando isso *não* acontece, no caso dos pretensos sábios, fazendo uso público aparente da razão como donos da verdade, a constelação fere de tal modo o que está assegurado pela razão pura, em uso especulativo, que temos uma inversão da *Aufklärung*. Um uso público da razão, que tão-somente na aparência está de acordo com a razão prática, contraria os ditames da razão pura, assim como a *Crítica da Razão Pura* (1781/87) evidenciou, imanentemente, usos racionais não justificados. Para o gênio, como figura tipológica de um uso público indevido da razão, Kant constata: “A conseqüência desse fato é naturalmente que, quando a razão não quer se submeter à lei que ela se dá a si mesma, tem de se curvar ao jugo das leis que um outro lhe dá. Pois, sem lei alguma, nada, nem mesmo a maior asneira (*Unsinn*), pode fazer o seu jogo por muito tempo. Por conseguinte, a conseqüência inevitável da *declarada* ausência de lei no pensamento (a emancipação das limitações pela razão) é a seguinte: a liberdade de pensar fica em última análise perdida e, como a culpa não cabe a alguma infelicidade, mas deve-se a uma verdadeira arrogância, será, no sentido próprio da palavra, *jogada fora levemente* (*verscherzt wird*)⁴⁹.”

⁴⁸ IDEM, *Kritik der praktischen Vernunft*, 9. Aufl., Hamburg: Meiner, 1969, 3 e 17, respectivamente. Trad. do alemão por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989, 11 e 24, respectivamente.

⁴⁹ *WhD*, 94.

Essa série de conseqüências afigura-se, à primeira vista, redundante e aporética. Redundante, porque o gênio, mesmo passando facticamente por cima dos limites da razão, não tem sucesso, por acabar rapidamente nos limites impostos por um terceiro. Gênios deixariam de ser à medida que os há. Sua atuação apenas momentaneamente seria aparente, não mais caracterizando o risco permanente de uma perda leviana da crítica racional. Aporética, porque a solução apresentada não dispensa a coerção civil que, como sabemos, é o que em primeiro lugar obstaculiza a liberdade de pensar. Na exata medida em que a coerção de terceiros encaminha o gênio de volta aos limites imanentes ao uso da pura razão, ela o impede de pensar de acordo com o que a razão prática postula como *conditio sine qua non* para um uso público da razão. De qualquer forma, Kant constata resignativo: “A liberdade de pensar é a única jóia (*Kleinod*) que ainda nos resta, apesar de todas as cargas civis, e, exclusivamente graças à qual, pode ainda ser produzido um remédio contra todas as males de tal situação”⁵⁰.

Na verdade, o redundante e o aporético marcam o ponto de partida de uma concepção de homem que se afirma autônomo, na medida em que assume problemas oriundos daquilo que lhe é heteronômico. No artigo de 1784, sobre o Esclarecimento, a contraposição ocorre ainda sob o eixo de uma representatividade coletiva: de um lado, o *mob* desorientado e moralmente amorfo e, de outro, o grupo dos *happy fews* em torno dos holofotes da razão. Na *Fundamentação à Metafísica dos Costumes* (1785), os termos continuam sendo usados em sentido antinômico corrente, designando a oposição entre uma vontade qualificada, por leis dadas a si mesma, e uma vontade desqualificada, pelas leis que lhe são dadas, abdicando da autonomia de ditar regras de jogo para suas ações. Kant recorre à teoria dos dois reinos, liberdade e natureza, para distinguir o agir autônomo de reações meramente heteronômicas. Já no texto de 1786, “*Que significa orientar-se no pensamento?*”, a mera justaposição conceitual fica inerte na medula da razão, anestesiada pelo gênio no ápice elitista dos iluminados esclarecidos. Mas, a figura do *Schwärmer* (fanático sentimental) pode ainda ser confundida com uma idiossincrasia intelectual, facilmente desmascarada sob o ponto de vista da razão. Somente na segunda *Crítica*, ao voltar a referir-se à *Schwärmerei*, Kant a enquadra nos vetores doutrinários de uma moralidade estrita e estabelece a fronteira intransponível entre fanatismo moral e respeito perante a lei moral⁵¹.

A presença do gênio assinala menos o caráter exótico de uma racionalidade fora dos trilhos do que a fisionomia distorcida de um

⁵⁰ *Ibidem*, 92-94.

⁵¹ IDEM, *Kritik der praktischen Vernunft*, 9. Aufl., Hamburg: Meiner, 1969, 100. Versão portuguesa, p. 101-102.

anthropós moral carente de moralidade. O problema antropológico pode ser rastreado desde as páginas finais da primeira *Crítica*, quando Kant reconhece que a filosofia não consiste apenas em propedêutica, chamada *crítica*, mas também na exposição de todo conhecimento filosófico, tanto o verdadeiro quanto o aparente, o que se chama *metafísica*. O problema torna-se agudo no momento em que a moral esclarecida necessita de um critério demarcatório para evitar que, em nome da genialidade, a superstição seja legitimada, ficando o mundo à mercê de uma imoralidade iluminada. Talvez seja essa a razão por que Foucault (1926-1984) intui, no artigo acerca do Esclarecimento e no texto sobre a Grande Revolução, um senso kantiano do presente racional, detectando neles a possibilidade de uma ontologia de nós mesmos, como *ontologie de l'actualité*.

Na *Crítica da Razão Prática*, temos a constelação da vontade humana, em contraste com uma vontade *santa*. De acordo com tal delimitação, o complexo autonomia/heteronomia é tipicamente humano, caracterizados que somos pela faculdade de acionarmos máximas conflitantes, ou seja, a lei moral não impera espontaneamente no homem, mas, única e exclusivamente, graças ao imperativo categórico⁵². Imoral seria uma teoria de personalidade que dogmatizasse a necessidade como categoria moral, deixando indistintos lei e imperativo moral. A vontade dos humanos só é boa obedecendo ao imperativo incondicional da lei moral. A eliminação dessa obrigatoriedade faria dos homens seres desumanos, porquanto os reduziria a uma idealidade ontológica impossível de ser exercida. Na *Metafísica dos Costumes*, temos a configuração do arbítrio humano, contrastando com o arbítrio animal. Enquanto este é regido por estímulos, incapazes de serem estranhos moralmente, aquele pode, não obstante afetado por impulsos, ser determinado pela vontade. A boa vontade, que se reconhece devedora à lei moral, não pode ser designada livre ou não-livre. Ao legislar sobre o agir que se propõe, ela é incapaz de ser forçada pelas máximas desta ou daquela ação. Sob este aspecto, "somente o arbítrio", diz Kant, "pode, portanto, ser chamado *livre*" (Prefácio). De acordo com a definição, uma vontade santa, incapaz de conceber máximas carentes de lei, não é livre, muito embora seja moral por constituição. Ela desconhece a vinculação do dever, como o animal ignora a força da lei. A metafísica kantiana revela, assim, o sentido telúrico de uma ciência dos primeiros princípios do conhecimento humano. "A metafísica dos costumes", indica Kant, "não pode ser fundada sobre a antropologia, mas pode ser-lhe aplicada"⁵³.

O direito racional-metafísico trata, em Kant, do ordenamento normativo-externo dos humanos entre si. As normas estatutárias não

⁵² *Ibidem*, 38. Versão portuguesa, p. 44.

⁵³ *Rehre* (Introdução à *MdS*, I), 13.

superam, pela potência cognitiva do saber, e tampouco integram, na forma de uma positividade ética, o que caracteriza a autonomia e a heteronomia no campo estrito da moralidade kantiana. Embora as instâncias legisladoras da ética e do direito não coincidam, quanto ao móbil pulsional⁵⁴, a força vinculadora de ambas é de caráter moral. Vinculante só uma lei pode ser, ao eliminar do agir humano o arbitrário, seja interna, seja externamente. Sob este aspecto, o complexo-chave da moral kantiana, autonomia/heteronomia, não permite considerar a moralidade como o domínio da primeira e o direito como a esfera da segunda⁵⁵. Por mais oscilantes, imbricadas e superpostas que as relações entre moral e direito sejam em Kant⁵⁶, a teoria kantiana de individualidade esclarecida supõe tanto a autonomia quanto a heteronomia como condição de moralidade. Neutralizar uma vez por todas a heteronomia, exilando-a para a área do direito, eliminaria a faculdade da razão de ser prática, não à moda santa, mas à maneira metafísica, quer dizer, o fato de o homem ser afetado por impulsos, e não ter controle total sobre suas inclinações e estímulos, é condição de possibilidade de ações unicamente motivadas por dever ao princípio da vontade. Em outras palavras, resolver a problemática da autonomia e/ou heteronomia, confiando o indivíduo autônomo à moralidade e o indivíduo heteronômico ao direito racional, alteraria o lugar que o *anthropós* ocupa na filosofia de Kant. Para o filósofo, o estatuto metafísico da personalidade moral (humana) delimita-se, por um lado, pela vontade de um ente sagrado (*heiligen Wesens*) e, por outro, pelo *arbitrium brutum*. A primeira não necessita do imperativo moral, e ao segundo não fazem falta leis estatutárias. A autonomia do homem não é santa, para Kant, assim como a vontade heteronômica da personalidade moral não lhe é animalésca. Em suma, santidades e bichos são constitucionalmente incapazes de serem esclarecidos.

Na *Crítica da Faculdade do Juízo* (1790), Kant identifica, no contexto da crítica do gosto, a logomarca da *Aufklärung* com as máximas do entendimento humano comum (*des gemeinen Menschenverstandes*): “Primeiro, pensar por si; segundo, pensar no lugar de qualquer outro; terceiro, pensar sempre em acordo consigo próprio”, e define *Esclarecimento* como a libertação da superstição⁵⁷. Tal definição ca-

⁵⁴ *Ibidem*, 29: “...porque a legislação ética engloba em sua lei os móveis internos da ação, ela não pode ser uma legislação externa (nem mesmo a de uma vontade divina)”.

⁵⁵ Outra opinião: NORBERTO BOBBIO, *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. do italiano por Alfredo Fait. Brasília: Edunb, 21992, 63.

⁵⁶ Cf. TERRA, *Op. cit.*, 62-63 (nota de rodapé 7).

⁵⁷ KANT, *Kritik der Urteilskraft*, 6. Aufl., Hamburg: Meiner, 1968, 145. Trad. do alemão por Valério Rohden e António Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, 140.

racteriza o arco crítico em seu ponto extremo de distensão conceitual. A rigor, o Esclarecimento consiste, para Kant, em uma tarefa “simplesmente negativa, vale dizer, um negativo sem correspondente positivo, algo assim como o lema mefistofélico da modernidade⁵⁸.

No extremo oposto à atuação do gênio, do sectário ou do iluminado, Kant localiza um outro tipo de uso indevido da razão e, extensivamente, de doutrinação e de inversão da *Aufklärung*. A constelação que à primeira vista se impõe é a de um imperativo categórico *negativo*, a idéia de uma máxima universalizável à revelia de todo e qualquer impulso sensível, unicamente com base na motivação demoníaca de fazer o mal pelo mal. No âmbito da moralidade, à figura de Satanás falta, porém, fisionomia em Kant, não exercendo para o filósofo o papel que a religião reserva aos demônios na história dos homens. Na segunda *Crítica*, mesmo o *Bösewichter* (celerado de nascença) não consegue manter-se infenso à moralidade. Segundo Kant, não há educação capaz de corromper de tal forma os homens, a ponto de torná-los maus, desprovidos de sensibilidade, por assim dizer, heteronômicos por unívoca definição racional⁵⁹. Tão-somente na *Doutrina do Direito*, ao abordar o justiciamento de Carlos I e Luís XVI, Kant detém-se na silhueta do *Äusserst-Bösen* (do mal extremado/radical) e reconhece que a maldade expressa, ainda que imprópria aos humanos, não deve ser ignorada em um sistema da moral⁶⁰. Enquanto simples idéia do que é mau em extremo (*blosse Idee des Äusserst-Bösen*), a figuração do demoníaco no início da ordem jurídica não tem caráter de realidade, e muito menos constitui postulação moral. Kant vale-se dela para, por um lado, salvaguardar a convicção de, também na pior injustiça, a humanidade continuar mantendo viva a idéia do direito, e por outro, para assegurar que a ordenação jurídica vigente, mesmo tendo a violência por origem, mas não por norma, é mais salutar que a ausência de qualquer forma de justiça e está, assim, de acordo com a máxima maior do Esclarecimento, orientada invariavelmente na autopreservação da razão (*Selbsterhaltung der Vernunft*)⁶¹.

A posição de Kant, avalizando a legitimidade do direito — embora tenha, para tanto, que racionalizar a violência na criação do Estado

⁵⁸ Ibidem, 146 (nota de rodapé). Versão portuguesa, p. 141.

⁵⁹ Cf. as digressões terminológicas sobre *das Böse* e *das Gute*, bem como a avaliação do celerado por nascimento (*Bösewichter*) na *Crítica da Razão Prática* (p.104-108 e 178-179, respectivamente).

⁶⁰ *Rlehre*, 144.

⁶¹ A expressão é utilizada por Kant ao final do texto de 1786 (nota de rodapé), quando define o que é “pensar por si mesmo”, contrastando *Selbstdenken* com superstição e devaneio. Cf. *WhD*, 98-99.

— leva a uma típica consequência racional de vinculação jurídica: é o filósofo, e não o jurista, a personagem-chave do direito racional. A formulação mais incisiva de tal concepção encontra-se na seção II, item oitavo, de *O Conflito das Faculdades*. Kant escreve: “O esclarecimento do povo é a instrução pública acerca de seus deveres e direitos no tocante ao Estado a que pertence. Por tratar-se aqui somente de direitos naturais e derivados do entendimento humano comum, os respectivos arautos e intérpretes dos deveres e direitos no meio do povo não são os professores oficiais de direito indicados pelo Estado, mas docentes livres, isto é, os filósofos que, justamente por causa desta liberdade que a si mesmos facultam, são objeto de escândalo para o Estado, o qual apenas pretende reinar e, sob o nome de *iluministas*, são difamados como gente perigosa para o Estado”⁶². O fato de Kant referir-se à instrução pública de deveres e direitos relativos ao direito natural não significa que o jurista esteja equiparado ao filósofo quando o que está em debate são direitos e deveres convertidos em lei estatutária. Para Kant, a vinculação das leis naturais antecede *a priori* a toda legislação exterior, quer dizer, mesmo não fixados nos códigos, elas constituem *leges externae*. Não obstante conceda que possa haver uma legislação composta exclusivamente de leis positivas, o efeito vinculador de tal complexo legal exigiria, para Kant, a pré-vigência de uma lei natural, “que fundamentasse a autoridade do Legislador (isto é, o poder de vincular outros por mero arbítrio seu)”⁶³. Confrontado com a origem violenta do *status civilis*, Kant concebe, no que tange às relações exteriores, a coisa comum (*das gemeine Wesen*) analiticamente do conceito de *direito*⁶⁴. A dogmática jurídica permanece, assim, um assunto de domínio filosófico, já que “a razão providenciou que o entendimento estivesse, o quanto possível, munido com intuições *a priori*, com vistas à construção do conceito do direito”⁶⁵.

Sob a óptica esclarecida do filósofo, o jurista está em companhia do médico e do teólogo. Este busca sua doutrina na Bíblia, aquele na Resolução da medicina (*Medizinalordnung*) e o jurista no Direito positivo e consuetudinário do país (*Landrecht*)⁶⁶. Nenhum dos três, contrariando o filósofo, faz simplesmente uso da razão. Os

⁶² *StF*, 89. *CF*, 106-107.

⁶³ *Rlehre* (Introdução à *MdS*, III), 26.

⁶⁴ *Ibidem*, (parágrafo 42), 124.

⁶⁵ *Ibidem*, (Introdução, parágrafo E), 41.

⁶⁶ *StF*, 15: “Daher schöpft der biblische Theolog (als zur ubern Fakultät gehörig) seine Lehren nicht aus der Vernunft, sondern aus der *Bibel*, der Rechtslehrer nicht aus dem Naturrecht, sondern aus dem *Landrecht*, der Arzneygelehrte *seine ins Publikum gehende Heilmethode* nicht aus der Physik des menschlichen Körpers, sondern aus der *Medizinalordnung*”. *CF*, 25.

três baseam seu saber em estatutos (*Statute*), o que explica, para Kant, porque basta “uma destas Faculdades ousar introduzir algo como derivado da razão para já ofender a autoridade do governo, o qual se impõe através dela, e acabar envolta pela Faculdade da filosofia, que a despoja impiedosamente de toda brilhante plumagem, dela emprestada, e proceda com ela num pé de igualdade e liberdade⁶⁷. A justificação última desta noção de direito racional está na analogia filosófica que Kant estabelece *a priori* entre ciência da natureza e metafísica dos costumes, o que lhe permite articular o direito ora a partir de posições morais, ora em base de uma ordem inteligível e considerar refletidas na legislação jurídica, na legalidade e nas obrigações do direito, respectivamente, a legislação moral, a moralidade e os deveres da virtude. A pertinência de tal sistemática confronta-se com disparidades conceituais que radicam no dado elementar de que o filósofo possui, quanto à ciência da natureza, uma única metafísica de princípios iniciais e, quanto aos costumes, dois textos de princípios metafísicos primeiros (*Doutrina do Direito e Doutrina da Virtude*). O leitor dos últimos tem que se haver com discrepâncias definitórias de difícil enquadramento argumentativo. Assim, por um lado, ética e moral se contrapõem ambas ao direito⁶⁸ e, por outro, na doutrina da virtude, a ética vem definida adstrita às máximas do agir, de modo que o princípio supremo da doutrina do direito é qualificado de analítico e o princípio mais alto da doutrina da virtude é sintético⁶⁹. Por mais racional que Kant conceba o direito, este não desonera a autonomia da vontade perante oscilações sensíveis, sejam de prazer ou de desprazer, de modo que o filósofo ignora um genuíno conflito de deveres. A divisão entre ser racional e ser sensível não demarca as fronteiras entre moral e direito, mas perpassa o reduto mais intimista da moralidade kantiana, ou seja, o homem é visto como livre face à sensibilidade, mas, ao mesmo tempo, determinado constitucionalmente pelas cadências da razão.

Como aliada do pretensu gênio iluminado, Kant observa a ação supostamente iluminista dos encarregados de negócios, técnicos e práticos de toda ordem (*Geschäftsträger/-leute/Werkkundige/Praktiker*)

⁶⁷ *Ibidem*. Versão portuguesa, p. 25-26.

⁶⁸ “Aquela legislação que erige uma ação como dever e, concomitantemente, faz desse dever o móbil de ação é *ética*. Aquela, porém, que não insere o último na lei, e que, conseqüentemente, admite também um outro impulso que não seja a idéia do próprio dever, é *jurídica*” – “Denomina-se a pura concordância ou o desacordo de uma ação com relação à lei, em desconsideração ao impulso da mesma, a *legalidade* (*Gesetzmäßigkeit*); quando, ao invés, a idéia do dever, derivada da lei, é ao mesmo tempo móbil impulsivo para a ação, trata-se de *moralidade* (*Sittlichkeit*)”. *Lehre* (Introdução à *MdS*, IV), 28-29.

⁶⁹ *Lehre* (Introdução, VI, X), in *MdS*, 229-230, 238-240, respectivamente.

que, na condição de dignatários eclesiásticos, funcionários da justiça e médicos nomeados pelo governo, degradam a razão através do mau uso do cargo que lhes foi confiado, prestando um péssimo serviço ao Esclarecimento. Os agentes dessa forma de inversão da *Aufklärung* buscam, segundo Kant, submeter conflitos de idéias ao “tribunal do povo (ao qual não cabe juízo algum em matéria de instrução científica), fazendo com que um conflito teórico deixe de ser uma disputa de eruditos. E surge, então, o estado de conflito ilegal (*gesetzwidrig*), em que se expõem doutrinas de acordo com as tendências populares e se espalha a semente da insurreição e das facções, pondo dessa forma o governo em perigo”. Tais tribunos da plebe, que a si próprios constituem, “renunciando ao estado de letrados”, Kant os denomina de *Neologen* (neólogos), “cujo nome, detestado e com razão, é muito mal entendido, se concernir a todos os autores de uma inovação nas doutrinas e respectivas formas (de fato, por que é que o antigo haveria de ser sempre o melhor?)”⁷⁰.

O texto de Kant que prenuncia a tese de Weber (1864-1920), segundo a qual legitimidade tem a ver com procedimentos legais do senhorio político, é o mesmo que contém a mais decidida desqualificação intelectual de quem baseia seu saber em estatutos, na escrita, em contratos e nomeações. A primeira seção de *O Conflito das Faculdades* ironiza sarcasticamente com a superposição das Faculdades superiores (teológica, jurídica e médica) à Faculdade inferior (filosófica), como se tal constelação acadêmica cristalizasse o confronto entre heteronomia e autonomia, uma vez que, nas superiores, o governo ordena, por meio de um *contrato público*, a quem ensina, enquanto a inferior só tem compromisso com a verdade, atenta que está à legislação da razão. Porque as coisas estão dispostas dessa maneira, o filósofo só o entende, invocando a natureza humana. “Que uma tal Faculdade”, conclui Kant, “não obstante esta grande vantagem (da liberdade), é denominada inferior, reside na natureza do homem; com efeito, quem pode mandar, porquanto seja um humilde servo de outrem, imagina-se superior a um outro que, embora livre, não precisa dar ordens a ninguém”⁷¹. Quanto ao jurista letrado (*Rechtsgelehrter*), ele faz, de acordo com Kant, necessariamente mau uso da razão, ao buscar o critério geral que permite conhecer tanto o justo quanto o injusto em prescrições positivas, circunscritas no tempo e espaço. Assim procedendo, o erudito em direito dá a falsa impressão de que sua ciência tem fundação em princípios empíricos e dispõe, além disso, de uma regra positiva de vinculação coativa. Tal

⁷⁰ *StF*, 28-29 (nota de rodapé). *CF*, 40.

⁷¹ *Ibidem*, 12. Versão portuguesa, p. 22.

suposta ciência do saber jurídico é, para o filósofo, comparável a uma cabeça de madeira, que “pode ser bonita”, diz Kant, “mas, lamentavelmente, não tem cérebro” (Introdução à *Doutrina do Direito*, parágrafo B). Esclarecido, o jurista só poderá ser, para Kant, se fizer uso público de sua razão, nos moldes de uma autonomia racional, na contramão de toda e qualquer tendência heteronômica que, em nome da suposta ditadura da razão, dogmatize e doutrine, voltada não à liberdade pública, mas à tutela do povo.

Esta concepção antidogmática de racionalidade, que perpassa toda a obra de Kant, submete o jurista, igual ao filósofo, à disciplina da razão, avessa a concessões e caprichos pessoais. Já a primeira *Crítica* articula o exercício racional e o uso público da razão de maneira tão unívoca que a noção kantiana de lei, na tardia *Doutrina do Direito*, afigura-se redundante, quer dizer, somente à lei assiste o direito da supremacia, desconsiderada qualquer feição particular do ocasional soberano⁷².

Embora Kant não cite o jurista entre aqueles que podem fazer uso privado de sua razão, devendo comportar-se de modo exclusivamente passivo, quando no exercício de certo posto público ou ofício a ele confiado (*in einem gewissen ihm anvertrauten bürgerlichen Posten, oder Amte*)⁷³, de nenhum *passus* da obra kantiana se depreende que a atuação de um juiz de direito ou de um funcionário concursado, zelando pela aplicação das leis, tenha caráter público, em consonância com a definição kantiana do uso público da razão. Seja como for⁷⁴, à medida que Kant configura, via Revolução Francesa, uma concepção apriorística de direito, como idéia da razão, atestando à legalidade o indício de um avanço ético ininterrupto da humanidade, ele confere ao filósofo, e não a

⁷² “Em todos os seus empreendimentos, deve a razão submeter-se à crítica e não pode fazer qualquer restrição à liberdade desta, sem prejudicar-se a si mesma e atrair sobre si uma suspeita desfavorável. Nada há de tão importante, com respeito à utilidade, nem nada de tão sagrado que possa furtar-se a esta investigação aprofundada que não faz exceção para ninguém. É exatamente sobre esta liberdade que repousa a existência da razão (*Existenz der Vernunft*); esta não tem autoridade ditatorial alguma, mas a sua asserção outra coisa não é que o acordo de cidadãos livres, cada um dos quais deve poder exprimir as suas reservas e mesmo exercer o seu *veto* sem impedimentos” — “Esta é a única constituição que permanece, na qual a *lei* é autodominadora (*selbstherrschend*) e não está presa a qualquer pessoa individual” (*Crítica da Razão Pura*, B 766-767 e *Doutrina do Direito*, parágrafo 52, respectivamente).

⁷³ Citados são o oficial, o funcionário-chefe da receita e o ministro religioso como professor nomeado. Quando Kant concede, dadas as circunstâncias, que essas pessoas podem fazer uso público de sua razão, ele substitui o funcionário da receita pelo contribuinte. *Wauf*, 104-107.

⁷⁴ Cf. HARIOLF OBERER, *Ist Kants Rechtslehre kritische Philosophie?*, *Kant Studien* 74 (1983), 218-224.

profissionais em direito, a tarefa de sustentar o progresso humano para o melhor. Com isso, a noção de *Pflicht* (dever/obrigação) fica sobredeterminada. Do ponto de vista moral, o dever *a priori* perfaz “o princípio formal do querer em geral”, do ponto de vista jurídico, a obrigação tem, de igual modo, tão-somente por objeto “a *forma* na relação do arbítrio recíproco, contanto que encarada apenas como *livre*”⁷⁵. Kant reconhece, em consequência, que o conceito mais elevado no âmbito da dedução referente à divisão de uma metafísica dos costumes, vale dizer, a definição do que seja *a priori* justo ou injusto, como ato do livre arbítrio, não é convincente (*hat seine Bedenklichkeit*)⁷⁶.

Ponto nevrálgico do formalismo moral e jurídico kantiano é, por um lado, o direito à igualdade e, por outro, o direito processual do cidadão a uma jurisdição isenta de arbitrariedades. Ainda que Kant se reporte a uma igualdade inata, ele considera a liberdade como *único* direito pré-positivo, portanto, rigorosamente natural. Isto é tanto mais problemático quanto menos questionável é o fato de o direito positivo do filósofo não ser igualitário. Não apenas todo belo sexo faz parte, em Kant, da humanidade submissa; também o aprendiz, o empregado, todas as mulheres e qualquer pessoa que dependa de outrem para prover sua vida; a todas elas “falta a personalidade civil, e sua existência é, por assim dizer, mero complemento”, sendo, por conseguinte, ineptas para o exercício cívico do voto⁷⁷. Quanto à isenção de arbitrariedades, Kant favorece ostensivamente a coerção legal, mas tem por óbvio que ninguém, ao ser impedido indevidamente em seu livre-arbítrio, venha a romper os limites impostos por uma lei universal, compatível com a liberdade de todos, e cerceie assim, espontaneamente, livres-arbítrios alheios, em vez de ater-se a neutralizar apenas o impedimento em questão por meio de uma reação adequada à arbitrariedade sofrida⁷⁸. Uma apologia da posição kantiana implica, em última análise, que um magistrado rejeite a ação baseada sobre um dos direitos básicos, desenvolvidos por Kant, por inépcia do pedido inicial do autor. Pois, ninguém pode, sem se contradizer, reivindicar algo de um Estado, em base de direitos dos quais afirma não estar de posse neste Estado⁷⁹.

⁷⁵ KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 3. Aufl., Hamburg: Meiner, 1965, 18. Trad. do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1992, p. 30 e *Rehre* (Introdução, parágrafo B), 38, respectivamente.

⁷⁶ *Ibidem* (Introdução à *MdS*, IV), 28.

⁷⁷ *Ibidem*, (parágrafo 47).

⁷⁸ MALTE DIESELHORST, *Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens*, Göttingen: Otto Schwartz, 1988, 59-60.

⁷⁹ Cf. EBBINGHAUS. *Op. cit.*, 192.

Conclusão

As abordagens sobre moral e direito por parte de Tugendhat e Habermas visualizam os problemas assinalados sob ângulos diversos. Enquanto o primeiro reavalia a moral kantiana, o segundo dela se vale para dar, de uma ou outra forma, solidez a seu projeto procedimental de autonomia política.

A favor de Tugendhat fala, preliminarmente, o rigor analítico com que são abordadas conceituações-chave envolvendo moral e direito na esteira filosófica de Kant, como dever, autonomia, virtude, arbítrio, máxima e lei, e assim por diante. A moral kantiana perde o *status* de um ícone da razão. Problemática se me afigura em Tugendhat a ausência de um senso jurídico profissional. Direitos subjetivos lhe são oniparentes, uma tese pouco convincente face à estatização do direito e à crescente juridificação do Estado, também em países de tradição jurídica anglo-saxônica. Tugendhat privilegia a imparcialidade⁸⁰, mas não emite opinião sobre as implicações do direito da igualdade com outros possíveis direitos fundamentais. Tampouco diz algo acerca dos critérios normativos a reger a limitação do(s) direito(s) básico(s) por lei positiva. Quer dizer, se o suposto núcleo a ser mantido é de ordem moral ou possui teor constitucional ou, então, qual a individualidade que legislação e práxis jurídicas deveriam supor, ao vincularem a observância da lei à coerção? E, finalmente, que grau de normatividade pode ainda legitimar normas morais e/ou jurídicas, comparadas com as palavras de ordem em política, ordenando o tecido social a bel-prazer?

Habermas tem, em princípio, uma argumentação extremamente diversificada a seu favor, fazendo jus à complexidade das sociedades hodiernas, e revela um conhecimento detalhado da tradição político-filosófica e da originalidade do pensamento jurídico moderno⁸¹, o que explica a relevância do espaço público e do princípio da democracia em sua obra. Durante mais de uma década, a crítica habermasiana ao normativismo hipertrofiou a moral kantiana como critério distintivo de uma teoria consensual do discurso. A partir do momento em que Habermas não mais subordina a democratização da sociedade à moral, enunciados

⁸⁰ TOMAS KESSELRING, De onde provêm as normas éticas? Da decisão individual ou do discurso livre? — A controvérsia entre Habermas e Tugendhat, in LUIS A. DE BONI (org.), *Finitude e transcendência. Festschrift* em homenagem a Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1996, 766-81.

⁸¹ Cf. HABERMAS, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, in *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, 2. Aufl., Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1997, 192-236.

normativos perdem o caráter de reciprocidade e lhe servem de argumento fundacional *ad hoc* do liberalismo político, com vistas ao processo de implementação de direitos positivos básicos⁸².

Habermas acredita poder descartar a concepção doutrinária do direito racional kantiano em nome do princípio republicano de engendrar direitos subjetivos pelo exercício da soberania popular, legitimando destarte a legalidade dos modernos sistemas jurídicos. Estes tornam-se autóctones. Sua relação suprapositiva com normatividades morais é meramente declaratória, justificada por uma pretensa discursividade pós-metafísica e sancionada pelo virtuosismo de *performances* intersubjetivas de cunho pragmático-lingüístico. Fixado na lógica dos discursos legais, qual espinha dorsal dos Estados de direito, Habermas reserva à moral o papel de um consenso guarda-chuva, cuja necessidade seria imposta pelo fato de a validade de uma norma de direito não garantir *ipso facto* a justiça nesse ou naquele caso. O traço universalista da moral kantiana troca, assim, sub-repticiamente de competência racional: da função geradora de leis, ela passa à esfera responsável pela correta aplicação de um sistema de regras jurídicas. Problemática, nessa permuta normativa, é a idealização fáctica entre autores e destinatários do direito, que leva Habermas a defender a tese inversa àquela postulada por Kant em nome da moral. No primeiro, a soberania popular não aceita normas que a limitem, à exceção daquelas que o processo democrático estabelece, assim como os direitos subjetivos excluem, no segundo, a democracia como cerceadora da autonomia inata dos indivíduos. Tal substituição funcional de normatividade faz com que a ação legiferante fique moral e juridicamente a descoberto na filosofia do direito de Habermas. Não é plausível que normas, que poderiam ter recebido anuência racional em uma política deliberativa, mas deixaram de ser aprovadas facticamente, não possam ser consideradas moralmente legítimas, não obstante careçam de uma legitimação democrática. Tampouco é plausível que normas, uma vez referendadas por via popular, mas que não poderiam haver sido aprovadas racionalmente, não sejam nulas em um Estado de direito, muito embora possam parecer legítimas para quem participou de sua deliberação política.

Habermas subestima o preço moral e jurídico que a filosofia do direito pagou em Hegel à metamorfose política da *aliénation totale*, sem a qual não há, segundo Rousseau, contrato social que valha o papel no qual se encontra exarado.

⁸² MARIA C. DIAS, Ética do discurso: uma tentativa de fundamentação dos direitos básicos, *Síntese Nova Fase*, v. 22, n. 68 (1995) 85-98. Cf. também TUGENDHAT. Gibt es eine moderne Moral?, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 50 (1996) 323-338.

Com isso, não está assegurado que, ao rejeitar o transformismo contratualista de linhagem rousseauiana, a moral iluminista e o direito racional de Kant justifiquem um liberalismo sem democracia. A atualidade da filosofia política de Kant deve ser aferida com os parâmetros normativos que o Estado de direito impõe ao processo democrático; ou seja, não se trata de permutar enunciados normativos por indivíduos travestidos em princípios morais e ou jurídicos. Para tais seres não haveria necessidade de uma constituição política. Bastaria o uso da gramática.

Endereço do Autor:

Av. T-4 c/ T-65

Ed. B. Landeiro, 1077-A / 903

74230-120 Goiânia — GO