

# Direito e justiça em Kant

## Law and justice in Kant

**Thadeu Weber<sup>1</sup>**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil  
weberth@pucrs.br

### Resumo

O texto procura explicitar a concepção moral do direito na doutrina do direito de Kant, mediante a distinção entre leis jurídicas e leis éticas, a partir das leis morais. Chama a atenção, no entanto, para uma incoerência entre essa concepção e o reconhecimento dos direitos de equidade e o de necessidade, por um lado, e a não realização desses direitos, por outro. O intuito é mostrar que a efetivação daqueles direitos pode dar-se pelo recurso aos princípios morais, deixando de aplicar leis com consequências injustas.

**Palavras-chave:** justiça, direito, formalismo, equidade, necessidade.

### Abstract

This paper aims to clarify the moral concept of law in Kant's doctrine of law through the distinction between legal laws and ethical laws, on the basis of the moral laws. However, it points to an inconsistency between this conception and the recognition of the rights of fairness and necessity, on the one hand, and the non-realization of these rights, on the other. It intends to show that the realization of those rights can take place through an appeal to moral principles, omitting the application of laws with unfair consequences.

**Key words:** justice, law, formalism, fairness, necessity.

---

<sup>1</sup> Doutor em Filosofia (UFRGS). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Av. Ipiranga, 6681, 91530-000, Porto Alegre, RS, Brasil.

## Introdução

Qual é propriamente a relação entre direito e justiça? Quem define o que é justo? Qual é o critério? Qual é a relação entre moral e direito? É o direito positivo capaz de realizar a justiça ou não tem nenhuma relação com ela? Essas são questões de muita discussão e controvérsia, mas de extrema relevância e atualidade.

Kant, certamente, é um dos autores modernos que mais se dedicou a esses assuntos e influenciou decisivamente o pensamento político e jurídico contemporâneo. Os temas do direito e da justiça são centrais, notadamente, em sua *Metafísica dos Costumes*.

A discussão central gira em torno da fundamentação moral do Direito. Se, por um lado, Kant distingue leis éticas e leis jurídicas e lhes atribui um fundamento comum – as leis morais –, isto é, defende um conceito moral do Direito, por outro, ignora essa base comum ao discutir o direito de equidade e o direito de necessidade. Por que reconhecer um direito e não assegurar sua efetivação? Se esses são reconhecidos como direitos, ainda que “duvidosos”, dentro do direito em sentido amplo, por que não assegurá-los a partir dos princípios do direito natural que, segundo o próprio Kant, orientam e dão conteúdo ao direito positivo? Esse é o foco básico desse artigo.

## Distinções preliminares

Algumas distinções conceituais são oportunas para entender a *Doutrina do Direito*, primeira parte da referida obra. Inicialmente é importante observar o título: *Princípios Metafísicos do Direito*. Há que se distinguir a metafísica do direito da “práxis jurídica empírica”. Ao propor uma metafísica, Kant está se referindo aos princípios *a priori* que orientam e dão conteúdo ao direito positivo, existente no espaço e tempo. Tentativa análoga ocorre na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, só que em relação à moral. Nesta, o intuito é a determinação do princípio supremo de moralidade. Sendo *a priori*, esses princípios, tanto do Direito quanto da Moral, só podem originar-se da razão. Considerando que o direito positivo (as leis civis) enuncia o que é lícito ou ilícito, cabe à razão estabelecer, através de princípios, o critério a partir do qual se pode definir o que é justo ou injusto. Fixar esse critério é o propósito de uma “metafísica do direito”. Kant a faz preceder por uma “introdução à metafísica dos costumes”.

Para o que nos interessa quanto à doutrina do direito, importa explicitar os seguintes conceitos:

(a) **Arbítrio e desejo.** Deve-se observar que, quando falamos de relações jurídicas, estamos tratando de arbítrios e não de desejos. Arbítrio é a consciência da capacidade de produzir determinado objeto e realizar determinado desejo; desejo é a mera “representação de um objeto determinado colocado como fim” (Bobbio, 1969, p. 68; ver também Beckenkamp, 2009). É a “faculdade (capacidade) de fazer ou deixar de fazer o que se tem vontade de fazer” (Kant, 1982, p. 316) e da maneira que se quer fazer. O arbítrio é a consciência da capacidade de alcançar o objeto desejado. Quando, portanto, se diz que a relação jurídica é uma relação de arbítrios, estamos supondo tratar-se de “duas capacidades conscientes do poder que cada um tem de alcançar o objeto de desejo” (Bobbio, 1969, p. 69).

A vontade, por sua vez, é “faculdade de desejar” enquanto “fundamento de determinação do arbítrio para a ação” (Kant, 1982, p. 317). Ela é razão prática, na medida em que pode determinar o arbítrio. Vontade pura significa, pois, a capacidade de determinar imediatamente as ações, sem instâncias mediadoras, tais como as motivações empíricas. Só que a vontade o faz de acordo com princípios *a priori*, dados pela razão. O arbítrio, na medida em que é determinado pela razão pura, é arbítrio livre; enquanto determinado somente pelas inclinações, o arbítrio é bruto (*brutum*), próprio dos animais. Para que tenha valor moral, o arbítrio humano certamente pode ser “afetado” por estímulos sensíveis, mas não pode ser “determinado” por eles. Kant registra o aspecto positivo e negativo do arbítrio: o negativo refere-se à “independência de sua determinação por estímulos sensíveis” (Kant, 1982, p. 317); o positivo diz respeito à determinação da razão pura como prática, isto é, que determina imediatamente a vontade. É a capacidade autolegisladora da razão. A vontade, por sua vez, não é livre nem não livre. Somente o arbítrio, considerando que dele provêm as máximas, pode ser livre.

(b) **Moralidade e legalidade:** essa distinção já é amplamente discutida na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. No entanto, não se diferencia moral e ética, e uma separação entre moral e direito parece estar claramente configurada. Pelo menos essa é a leitura que tradicionalmente é feita do filósofo de Königsberg. Na *Metafísica dos Costumes*, no entanto, a distinção entre moral e ética passa a ser decisiva, e a fundamentação moral do direito entra em pauta. Diferentemente das leis naturais (que dizem o que é), as leis da liberdade são as leis morais (*moralisch*), na medida em que dizem respeito à autolegislação da razão e enunciam o que deve ser (cf. Kant, 1982, p. 318). Trata-se da moral em sentido

amplo, na medida em que inclui a legislação prática<sup>2</sup>. Dessa forma, as leis morais (gênero) dividem-se em leis jurídicas e leis éticas (espécie). As leis jurídicas referem-se às ações “meramente externas” e à sua legitimação. É a liberdade externa. As leis éticas têm como fundamento de determinação das ações o respeito às leis. A conformidade das ações externas às leis jurídicas é a legalidade; a conformidade das ações às leis éticas é a moralidade (*Moralität*). Pela divisão apresentada, as leis jurídicas e as leis éticas são subclasses das leis morais (ver Almeida, 2006, p. 215; Nour, 2004b, p. 96; Beckenkamp, 2009, p. 68, 2003, p. 154). Kant confere, assim, às leis jurídicas um estatuto moral. O imperativo categórico, enunciado pela razão, diz respeito a ambos, direito e ética.

É fundamental salientar que a demonstração de um conceito moral do direito passa por essa distinção entre moral e ética. “Na medida em que incidem apenas sobre as ações meramente externas e sua legalidade, as leis morais se chamam jurídicas; mas, se exigem também que elas sejam mesmo os fundamentos de determinação das ações, elas são éticas” (Kant, 1982, p. 318). Se quisermos sustentar um conceito moral do direito, é essencial observar o aspecto categórico da legislação moral que se aplica tanto à legislação ética quanto à jurídica. Ambas decorrem de princípios práticos *a priori* da razão.

Pode-se observar que o que propriamente distingue uma legislação de outra é a motivação, os móveis das ações ou a distinta maneira pela qual obrigam. Na legislação ética, o móbil da ação é o dever, ao passo que, na legislação jurídica, a motivação é dada pelas inclinações ou aversões. Neste caso, a legislação é coercitiva. A legalidade, portanto, diz respeito à mera concordância ou não de uma ação com a lei, sem levar em conta seu móbil; a moralidade, por sua vez, refere-se à concordância da ação com a lei, tendo em vista a ideia do dever como móbil. O que caracteriza a legislação ética é a realização de ações simplesmente por serem deveres, fazendo do princípio do dever o “móbil suficiente do arbítrio” (Kant, 1982, p. 326). Na legislação jurídica, os deveres são externos, pois não se exige o cumprimento do dever pelo dever. Esta é uma exigência própria da legislação ética. Nesta, o fundamento de determinação do arbítrio do sujeito agente é o dever.

Se o fundamento é comum, não se trata, obviamente, de estabelecer uma oposição entre as duas formas de legislação. Se o que as distingue é a motivação das ações, temos que avaliar até que ponto um determinado

tipo de motivação é suficiente. Segundo Kant, a legislação de que promessas devem ser cumpridas é própria do Direito e não da ética. A ética ensina que, em não havendo coerção externa, própria da legislação jurídica, como móbil para o cumprimento de promessas, a ideia do dever, por si mesma, é suficiente como motivação. Cumprir promessas ou contratos é um dever; é uma ordem da razão. O que move o seu cumprimento é o que distingue as duas formas de legislação. Podemos cumprir promessas feitas por coerção externa ou por respeito ao dever. A primeira (jurídica) é externa; a segunda (ética) é interna. Do ponto de vista da legislação jurídica, a legislação ética é insuficiente para motivar o cumprimento dos contratos. Considerando a “insociável sociabilidade” do homem, a legislação jurídica, mediante coerção externa, é o recurso do Estado para organizar a vida em sociedade como um sistema cooperativo, isto é, para fazer cumprir os ditames da razão. Na verdade, é a própria razão que autoriza outro móbil (externo) para fazer cumprir as obrigações decorrentes da legislação moral. Isso é autonomia. Os que se submetem às leis são os mesmos que participam de sua elaboração.

Uma metafísica dos costumes se impõe para estabelecer os princípios *a priori* de uma legislação universal, que pode ser ética ou jurídica, dependendo do móbil das ações. Ambas, no entanto, dizem respeito às leis da liberdade, portanto, às leis morais. Pode-se, então, falar de um conceito moral do direito. É fundamental salientar que o princípio da autonomia, isto é, a capacidade de se submeter às leis das quais se é autor ou a que se possa dar o seu consentimento, é comum às duas formas de legislação. Tanto no direito quanto na ética há uma mútua imbricação entre liberdade e a lei à qual se obedece. Liberdade implica a prescrição da lei para si próprio.

(c) Pessoa e personalidade moral: a ideia de pessoa implica ações passíveis de imputação (cf. Kant, 1982, p. 329); a personalidade moral indica sujeição da liberdade de um “sujeito racional” às leis morais. Pessoa é o sujeito com qualidades morais: a racionalidade e a razoabilidade. Estas capacidades significam que a pessoa está apta para “ouvir a voz da razão” e está disposta a escutar e levar em consideração a razão dos outros. O racional e o razoável implicam “sensibilidade moral e uma capacidade de juízo moral” (Rawls, 2005, p. 191). Estas capacidades estão pressupostas na filosofia prática de Kant; são condições de sua possibilidade. Para ser passível de imputação, pressupõe-se competência ético-

<sup>2</sup> Sobre esse conceito amplo da moral, ver Terra (1987, p. 50): “moral em sentido amplo compreende a doutrina dos costumes englobando tanto o direito quanto a ética”. Sobre a relação entre moral, ética e direito, embora não a partir de Kant, ver Forst (2010), principalmente o segundo capítulo.

jurídica. Dessa forma, personalidade moral importa na ideia de autonomia e, por isso, só ela tem dignidade. Significa que a pessoa está submetida àquelas leis que ela se dá, tanto jurídicas quanto éticas. Essa capacidade de justificar suas regras de ação mediante princípios é o que confere dignidade à pessoa humana. Enquanto capacidade de ter boa vontade é que a personalidade moral “nos faz fins em nós mesmos e determina a condição de sermos membros do reino dos fins” (Rawls, 2005, p. 241). Kant busca, em sua filosofia prática, o autocohecimento, ou seja, conforme comenta Rawls, “um conhecimento do que desejamos enquanto pessoas providas das faculdades da razão livre teórica e prática” (Rawls, 2005, p. 171). Se pessoa é o sujeito com qualidades morais, pessoa de direito é a portadora de direitos; é “sujeito do direito” (Forst, 2010, p. 38).

## O conceito do Direito

A definição kantiana do Direito refere-se à ideia de Justiça. A discussão passa, então, a girar em torno do que é o justo. Temos de ter presente que a doutrina do direito do autor distingue claramente o direito natural do direito positivo. O primeiro trata dos princípios *a priori*, originários da razão. Refere-se ao imperativo categórico do Direito. O segundo trata das leis positivas, originárias do legislador. Estas são as que existem empiricamente; constituem-se pelas leis de um determinado espaço e tempo e sua fonte é o direito natural. Dessa forma, para não incorrer em falácia naturalista, fica claro que a definição do que é justo/injusto não pode ser estabelecida a partir do direito positivo. Não se pode partir do que é para o que deve ser. Para definir o direito como justiça (uma espécie de dever ser), deve-se abandonar o empírico e recorrer à razão. Isso mostra que o direito natural é o fundamento racional do direito positivo. É o imperativo categórico do Direito que enuncia o critério de justiça e é dele que derivam as leis positivas. Os princípios de justiça que orientam o direito positivo (tanto o privado como o público) são determinados ou derivados do direito natural. A razão é, portanto, a fonte da justificação das regras de ação. Estas deixam de ser arbitrárias quando justificadas pelos princípios, proclamados pela razão. A experiência diz o que é, mas não o que deve ser. O direito positivo pode dizer o que “dizem ou disseram as leis em certo lugar e tempo”, isto é, o que é lícito ou ilícito, mas não se é justo ou injusto. Aliás, ele (o direito positivo) diz o que é lícito/ilícito em relação ao justo/injusto. Para dizer o que é justo e determinar o “critério universal” mediante o qual se pode definir o justo ou o injusto, é preciso aban-

donar o nível da experiência e recorrer à razão. Soraya Nour comenta: “O direito positivo deve encontrar seu critério de justiça e seu fundamento no direito natural” (Nour, 2004a, p. 5). Em outro texto, destaca: “Se, por um lado, o direito positivo deve buscar seu fundamento no direito natural, por outro, uma comunidade não pode ser governada apenas pelo direito natural, e sim pelo direito positivo que o direito natural deve fundar” (Nour, 2004a, p. 94).

Elaborar um critério de justiça para a legislação positiva é o intuito fundamental da doutrina do direito. O direito natural (a razão) trata dos princípios; o direito positivo das leis. Estas dizem o que é lícito, aqueles estabelecem o critério de justiça. Isso indica que a fundamentação do jurídico é a moral. Só a razão pode fornecer “os princípios imutáveis de toda legislação positiva” (Kant, 1982, p. 336).

A “inversão copernicana” também deve ser aplicada à doutrina do direito. É o problema do transcendental. A revolução metodológica realizada pelo autor na *Crítica da Razão Pura* delinea toda a sua filosofia. O *a priori* somente é possível na razão (sujeito) e não no objeto. Dessa forma, o fundamento de uma legislação positiva só pode ser estabelecido pela razão, uma vez que tem validade apriorística. “Uma doutrina do direito meramente empírica é [...] uma cabeça que pode ser bela, mas infelizmente não tem cérebro” (Kant, 1982, p. 337). Kant, desse modo, faz uma dedução transcendental do direito. O cérebro de uma doutrina empírica do direito, nesse caso, é o direito natural.

Isso reporta aos elementos constitutivos do conceito do Direito:

(i) O Direito refere-se às relações externas entre as pessoas e não às suas motivações internas;

(ii) O Direito se constitui na relação de arbítrios e não de desejos. Numa relação jurídica, é preciso que o arbítrio de um esteja relacionado com o arbítrio de outro e não com o desejo de outro. A relação jurídica é uma relação de capacidades conscientes, de alcançar os objetivos desejados. Numa relação de compra e venda, por exemplo, o arbítrio do comprador deve encontrar-se com o arbítrio do vendedor e não com o seu mero desejo;

(iii) O Direito não se preocupa com a matéria do arbítrio, mas com a forma do mesmo. Na relação de dois arbítrios, não são relevantes os fins subjetivos ou as intenções que movem as vontades dos sujeitos agentes. O importante é a forma do arbítrio, isto é, na medida em que é livre. Importa saber se a ação de determinada pessoa é ou não um obstáculo à liberdade de outra, de acordo com uma lei universal. Bobbio, interpretando

Kant, diz que “o Direito, na regulação de uma relação de arbítrios, não se preocupa em estabelecer quais sejam os fins individuais, utilitários, que os dois sujeitos pretendem, os interesses que estão em pauta, mas somente em prescrever a forma, ou seja, as modalidades através das quais aquele fim deve ser alcançado e aqueles interesses, regulados” (Bobbio, 1969, p. 69). Na regulação dos contratos de compra e venda, o Direito se preocupa tão somente com as condições formais dentro das quais eles devem ser cumpridos e não com os interesses e as vantagens de vendedor e comprador.

O Direito é mais regulador do que emancipador. Esse é o chamado formalismo kantiano que, segundo alguns, vai inspirar o formalismo jurídico (Bobbio, 1969, p. 70). Dar ênfase ao caráter formal significa que tanto o Direito quanto a Ética não prescrevem o que é ou o que se deve fazer, mas *como* se deve proceder. O imperativo categórico, tanto do Direito quanto da Ética, indica basicamente um procedimento. É o procedimento do imperativo categórico, para usar a expressão de Rawls (2005, p. 188 ss.). É uma fórmula que não enuncia conteúdo, mas que se aplica a qualquer conteúdo moral, seja ético ou jurídico. A partir disso pode-se definir o Direito como “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade” (Kant, 1982, p. 337). Observa-se que: (a) trata-se do conjunto das condições, portanto, de aspectos formais e não de interesses pessoais ou intenções; (b) trata-se da relação de arbítrios e não de desejos; (c) trata-se da obediência à lei da liberdade, lei esta que determina os limites do exercício de cada arbítrio, tendo em vista a compatibilidade das ações. É isso que diz “a lei universal do direito”: “age externamente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir (estar de acordo) com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal” (Kant, 1982, p. 338). Esta é uma lei da razão, e que estabelece o critério de justiça/injustiça das ações. É o imperativo categórico do Direito. Está clara a ideia da coexistência das liberdades externas. São irrelevantes as motivações internas do sujeito agente. É exatamente nisso que se distingue a legislação jurídica da legislação ética.

O que é, então, uma ação justa? Para Kant, “uma ação é justa, quando por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode coexistir com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal” (Kant, 1982, p. 337). É importante salientar que a ênfase de Kant em toda a doutrina do direito refere-se

à ideia de justiça como liberdade, ou mais precisamente, à ideia de justiça como coexistência de liberdades externas. Se uma ação que pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal for impedida por alguém, estará caracterizada a injustiça. A coexistência de liberdades de acordo com leis universais é o critério de justiça. Colocar obstáculos ao livre exercício das liberdades externas é cometer uma injustiça. É isso que diz o imperativo categórico do direito, originário da razão (direito natural). Como visto, é esta que estabelece o critério de justiça. Se, por um lado, é injusto colocar impedimentos à liberdade do outro, por outro, é justo colocar um impedimento ao obstáculo de alguém à minha liberdade. Exercer uma coerção sobre alguém que representa um obstáculo à liberdade segundo leis universais é justo. É justo coagir alguém que é injusto.

Essa é a função das leis jurídicas. O Direito exerce a função de criar impedimentos aos obstáculos da liberdade. Ele está autorizado para isso. “Tudo o que é injusto é um impedimento para a liberdade segundo leis universais” (Kant, 1982, p. 338). Trata-se de um critério fundamentalmente formal, pois não diz o que é propriamente justo, todavia indica o procedimento mediante o qual se realiza a justiça. Dessa forma, o direito positivo terá que garantir o exercício dessas liberdades; deverá estabelecer limites determinando o que é lícito ou ilícito, tendo em vista o critério de justiça. O Direito, portanto, está autorizado para coagir, ainda que seja uma coerção externa, e nisso se distingue da legislação ética. Daí ser muito apressado concluir para qualquer forma de positivismo jurídico, por um lado, ou para um liberalismo, por outro.

## A superação do formalismo?

Uma das críticas comuns feitas a Kant diz respeito ao seu excessivo formalismo, seja do ponto de vista ético, seja do ponto de vista jurídico<sup>3</sup>. Hegel o acusa de cair num “vazio formalismo”, como decorrência da separação indevida entre forma e matéria de um princípio ou de uma lei. Para ele, um princípio ético é resultante da determinação e mediação das vontades livres dos sujeitos agentes. Constitui-se de historicidade e temporalidade<sup>4</sup>.

Mas e o positivismo jurídico, tido como de forte influência nos neokantianos do direito, tal como Kelsen, que escreve uma *Teoria Pura do Direito*? Terão eles razão ao verem em Kant uma separação entre moral e direito

<sup>3</sup> Soraya Nour chama a atenção para esse equívoco de interpretação (Nour, 2004a, p. 91-103).

<sup>4</sup> Não entro aqui na crítica de Hegel ao formalismo da moral, pois já foi objeto de outra pesquisa minha (ver Weber, 2009).

ou não distinguem devidamente ética e moral? O que significa dar ênfase à forma da lei? Como vimos, há certamente, em Kant, uma distinção entre legislação ética e legislação jurídica, mas, pelo visto até aqui, parece não haver uma separação entre moral e direito.

Dará a distinção entre direito estrito e direito em sentido lato feita no “apêndice à introdução à doutrina do direito”, ao referir-se ao “direito equívoco”, alguma luz às questões colocadas? Não trará essa distinção ainda mais margem às divergências nas interpretações referentes à moral e ao direito?

Ao sustentar que, no direito estrito, todo direito vem “acompanhado da faculdade de obrigar”, Kant mostra que há um outro direito, no “sentido lato”, onde essa faculdade não ocorre. Ao definir o primeiro (direito estrito) como sendo “aquele que não exige outros fundamentos de determinação do arbítrio a não ser os meramente externos”, distingue-o claramente da ética, tendo em vista que, na sequência, afirma que o direito estrito “é aquele em que não se mescla nada de ético” (*dem nichts Ethisches beigemischt ist*) (Kant, 1982, p. 339), sendo por isso “puro”. Ao dizer que o direito estrito é puramente externo, o autor salienta que ele não tem por base de motivação do arbítrio a consciência da obrigação segundo a lei. O direito se fundamenta “no princípio da possibilidade de uma coação externa, que pode coexistir com a liberdade de qualquer um segundo leis universais” (Kant, 1982, p. 339). Do ponto de vista do direito estrito, não é a consciência do cumprimento do dever que obriga um devedor ao pagamento de uma dívida, mas a coerção segundo uma lei externa. No que se refere, portanto, ao direito estrito, não saímos de uma doutrina pura do direito, uma vez que não contém nada de ético. Mas como entender então que seu critério de justiça é moral? É preciso salientar, mais uma vez, que, quando falamos de uma base comum entre moral e direito, estamos nos referindo à moral em sentido amplo, no sentido de legislação prática. A diferença, então, se dá entre direito e ética. A distinção agora é entre direito em sentido estrito e direito em sentido amplo.

Se ao direito estrito está ligada a autorização para coagir, no direito em sentido lato (*ius latum*) essa autorização “não pode ser determinada por uma lei” (Kant, 1982, p. 341). É o caso do direito de equidade e do direito de necessidade (*Notrecht*). No primeiro, temos “um direito sem coerção” (*Recht ohne Zwang*) e, no segundo, uma “coerção sem direito” (*Zwang ohne Recht*) (Kant, 1982, p. 341). Em outras palavras: pela equidade admite-se um direito que não pode obrigar; pela necessidade coloca-se uma exigência sem direito. Concretamente, embora sejam “casos de direito duvidoso”, como se dá a relação entre moral e direito? Pela

equidade se reconhece um direito, embora estejam ausentes as condições formais requeridas pelo judiciário para efetivá-lo. Há, dessa forma, um direito que não é assegurado. Pela equidade, aquele que investiu e produz mais numa determinada empresa deveria poder exigir um retorno maior, em caso de acidente com grandes perdas. No entanto, pelo direito estrito, esta exigência não pode ser atendida: o que importa são as cláusulas contratuais. É a justiça entendida de maneira formal e abstrata. O exemplo do salário corroído pela moeda inflacionada mostra bem que o critério é o contrato de trabalho previamente assinado. Pela equidade, no entanto, cria-se um direito de não ser prejudicado. É notório que, nesse caso, circunstâncias externas modificaram as condições do contrato e sua execução acaba por lesar uma das partes. Mas por que as cláusulas contratuais não previram formas de efetivação desse direito, mesmo por coerção?

Kant reconhece a “contradição” do “tribunal da equidade”, todavia não considera a equidade como direito a ser efetivado pelo direito estrito, embora seja um direito presumido pelo direito em sentido lato. Pela equidade há um direito por parte do assalariado, mas para a sua efetivação não há coerção possível, pois o “tribunal” não decide com base na equidade e sim com base no direito estrito (justiça abstrata). É um direito sem coerção. Mas por quê? Porque não há “condições definidas segundo as quais o juiz deveria se manifestar” (Gomes e Merle, 2007, p. 140). A equidade, para Kant, é um direito em sentido amplo e não em sentido estrito. Quando ele diz que “o ditado da equidade” é o de que “o mais estrito direito é a maior injustiça” (Kant, 1982, p. 342) e que esse mal não pode ser remediado pela via judicial, ele certamente desvincula o direito formal da justiça e não considera a efetivação da equidade, embora a reconheça como um direito. Há um recurso a uma concepção de justiça no nível moral (dado pela razão), mas não assegurada pela via jurídica, pois diz que, nesses “casos duvidosos” (equidade e necessidade), “não pode ser encontrado um juiz” (*Richter*) para a tomada de decisão (Kant, 1982, p. 341). Mas como então sustentar um conceito moral do direito? A lei jurídica não deveria, exatamente, garantir o conteúdo da lei moral, isto é, a justiça? Ou os dois casos (equidade e necessidade), por serem “anômalos”, para usar a expressão de Bobbio, ou situações de um “direito duvidoso”, devem ser desconsiderados na relação moral e direito? Todavia, se são direitos em sentido amplo, não é exatamente nesses casos que precisamos da interpretação e das decisões de juizes? De que critérios estes se valeriam? Isso nos reporta aos princípios enunciados pela razão, portanto, ao direito natural.

É precisamente nos *hard cases* (casos difíceis) que se deve recorrer aos princípios. É um engano pensar que, no direito decorrente da equidade, “faltam as condições requeridas pelo juiz”. Isso significa reduzir a sua atuação ao direito estrito. Ele deve dizer o direito, sobretudo nos casos difíceis. Quando a aplicação do princípio do precedente conduz a consequências injustas, o recurso à equidade é “um recurso do juiz contra a lei” (Perelman, 2005, p. 163). O juiz pode e deve recorrer aos princípios da justiça a fim de assegurar esse direito. Deve fundamentar e justificar suas escolhas. Segundo Kant, um tribunal sempre decidirá pela justiça abstrata (formal), e não pelo direito de equidade. No entanto, isso indica a insuficiência da legislação jurídica para realizar a justiça e dá margem à leitura de uma separação indevida entre moral e direito, contradizendo a introdução à doutrina do direito acima referida.

A distinção entre princípios e regras nos ensina que, quando a aplicação de regras trazer consequências injustas, deve-se recorrer aos princípios que as fundamentam. Estes não são extralegais, conforme sustenta Dworkin (1997). Assim, o recurso à equidade poderia justificar a não aplicação de uma lei com consequências injustas, ainda que seja um caso de direito duvidoso. Perelman escreve com acerto: “Desejamos, de fato, que o ato justo não se defina simplesmente pela aplicação correta de uma regra, seja ela qual for, mas pela aplicação de uma regra justa” (Perelman, 2005, p. 167). Kant reconhece o direito de equidade, mas não o contempla na efetivação do direito estrito. Diz claramente que “o juiz não pode sentenciar de acordo com condições indeterminadas” (Kant, 1982, p. 342). Logo, o juiz, no caso da equidade, não pode fazer justiça. Ele decide de acordo com a lei que, nesse caso, tem consequências injustas. Por que então falar em direito à equidade, já que não tem eficácia? Se pelo direito estrito não se pode assegurar o direito à equidade, uma vez que pertence ao direito em sentido amplo, dever-se-ia fazê-lo pelos princípios morais, já que fundamentam as leis jurídicas. É o próprio Kant que escreve: “Pois se perece a justiça, não tem mais nenhum valor que existam homens sobre a terra” (Kant, 1982, p. 453)<sup>5</sup>. Por que, então, recorre ao direito estrito, mediante o qual não se resolve o problema? O critério passa a ser a lei e não a justiça.

Era de se esperar que a distinção entre direito em sentido estrito e direito em sentido lato trouxesse um encaminhamento para além do meramente legal (jurídico), ou seja, que se buscasse nos princípios da razão uma forma de fazer justiça. Para Bobbio, no caso da

equidade aplicada ao exemplo da moeda inflacionada, existem dois direitos concorrendo: um segundo a justiça (abstrata) e outro segundo a equidade e diz que Kant opta pela prevalência do primeiro (Bobbio, 1969, p. 80). O problema está exatamente aí: considerar como justa a aplicação de uma lei com consequências injustas. Até que ponto é possível falar em justiça formal ou abstrata? Como positivista que é, Bobbio simplesmente endossa Kant. Por um viés hegeliano, poder-se-ia dizer que o problema está na concepção apriorística de justiça formal ou na validade apriorística da lei. É o problema do formalismo, também no direito.

O imperativo categórico é, por excelência, um princípio metafísico do Direito e que define o critério de justiça. Ao afirmar que o “o mais estrito direito é a maior injustiça”, o autor está se valendo desse critério enunciado pela razão e não pelo direito positivo. Todavia, ao admitir que esse mal não possa ser remediado pela via judicial, parece ignorar a fundamentação moral do direito. É exatamente nos casos duvidosos que devemos abandonar as regras e recorrer aos princípios a fim de evitar consequências injustas. Ao “jogar” o direito de equidade para o tribunal da consciência, desvincula o direito propriamente dito (estrito) da justiça, isto é, dos princípios do direito natural, enunciados pela razão.

Já o caso do direito de necessidade é mais emblemático. Kant o define como um “suposto direito”, que autoriza alguém para, no caso de extremo perigo de perda da própria vida, poder tirar a vida de alguém, ainda que este alguém não lhe tenha feito mal algum (Kant, 1982, p. 343). É o famoso caso dos dois naufragos que se seguram num pedaço de madeira que não os suporta. A necessidade de empurrar o outro é o caso de sobrevivência de um deles. O que autoriza o ato de violência é o direito de necessidade. Nesse “ato de autopreservação”, sustenta o autor, certamente há culpa, embora esse ato não possa ser punido. Daí Kant incorporar o “ditado do direito de necessidade”: “a necessidade não tem lei” (*Not hat kein Gebot*) (Kant, 1982, p. 343). A necessidade é uma exceção. Se nesse caso não pode haver lei que obrigue uma ação ou proíba, também não pode haver lei que puna um ato resultante do exercício do direito de necessidade. A necessidade pode tudo, no sentido de se estar autorizado. Só que Kant acrescenta: “[...] mesmo assim, não pode haver necessidade que tornasse legal o que é injusto” (Kant, 1982, p. 343). Mas o que, nesse caso, é injusto? Empurrar alguém para salvar a própria vida? Punir alguém por esse ato? Kant dá a en-

<sup>5</sup> “Denn, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, dass Menschen auf Erden leben.”

tender que um ato resultante do estado de necessidade pode ser qualificado de injusto, ainda que não possa ser punido e que isso não significa que se possa legalizar uma injustiça só por ser originária de uma necessidade extrema. Punir seria injusto. Além disso, não há lei que autorize a matar alguém para salvar a própria vida. Isso é próprio do estado de necessidade, que Hegel chamará de “direito de emergência”. Por isso, não pode haver lei penal que puna uma ação originária do estado de necessidade. Neste estado, a “autorização para coagir não pode ser estabelecida por uma lei” (Kant, 1982, p. 341).

Mas não é justo matar alguém para defender a própria vida? Ou é apenas lícito? Ora, ser lícito não significa ser justo; significa apenas estar autorizado. Talvez a questão devesse ser colocada de outra forma. É lícito (*erlaubt*) fazer uso de todos os meios disponíveis para a autoproteção. A intenção não é matar, mas a autodefesa, ainda que a consequência seja a morte de alguém. Se lícita é “uma ação que não é nem ordenada nem proibida”, seria ela uma ação “moralmente indiferente”, tendo em vista que não há lei restritiva da liberdade? (Kant, 1982, p. 329). Parece que Kant não admitiria essa possibilidade.

Não se pode esquecer que Kant dá ênfase às condições de responsabilidade subjetiva, embora aí esteja também sua insuficiência. Propõe uma ética das intenções, mas não da responsabilidade objetiva. Na verdade, Kant não refere o direito da legítima defesa, pois fala da autorização para fazer um mal a quem “não fez um mal” e nem representa uma ameaça. Entretanto, pelo direito de necessidade, a conclusão parece óbvia. Ao afirmar que a necessidade não pode tornar legal algo injusto, Kant parece não admitir a possibilidade da lei injusta, à qual, portanto, caberia desobediência. Mas, mais do que isso, está dizendo que a necessidade não precisa de lei, e mesmo que houvesse necessidade prevista em lei, esta não poderia legalizar uma injustiça como, por exemplo, penalizar um ato praticado em estado de necessidade. Nesse contexto, compreende-se por que Kant não admite o direito de resistência (a desobediência civil)<sup>6</sup>.

Diante disso, parece não haver propriamente uma superação do formalismo, tendo em vista que nem nos casos de direito duvidoso se amplia o espectro de decisões. O autor permanece preso ao estritamente previsto pelo direito positivo. Além do mais, quando se introduzem os conceitos de razão e de justiça, permanece certa ambiguidade na doutrina do direito kantiano. O autor diz claramente que, nos casos de equidade e necessidade, “o que cada um reconhece com boas ra-

zões como justo por si mesmo pode não ser confirmado por um tribunal, e aquilo que ele mesmo deve julgar injusto em si pode conseguir absolvição perante um tribunal” (Kant, 1982, p. 344). Todos consideram como justo que se corrija um salário corroído por uma moeda inflacionada. Contudo, o juiz não tem disposições legais para efetivar este direito. Deve zelar pelo cumprimento do contrato de trabalho. Problemas de segurança jurídica? O problema do direito positivo, portanto, não é a justiça e sim o cumprimento da lei (o que pode ter consequências injustas).

Todos dirão que é injusto o empregador que apenas paga o salário acordado, mas que perdeu seu poder aquisitivo por causa da inflação. Dirão também que é injusto o judiciário que não reconhece o direito de equidade do trabalhador. Embora Kant diga que, do ponto de vista da equidade, “o direito estrito é a maior injustiça”, nem com o direito em sentido lato resolve o problema da injustiça. Era de se esperar que não só fosse reconhecido o direito de equidade, mas também efetivado. Surpreendentemente trata-se de uma “divindade muda [a equidade], que não pode ser ouvida” (Kant, 1982, p. 342). Era de se esperar que, nos casos duvidosos, o recurso à equidade tivesse o intuito de mostrar a insuficiência da justiça formal e indicar a necessidade do recurso ao direito natural. Não há, então, uma incoerência com a fundamentação moral do direito? Além do mais, do ponto de vista jurídico, o acordo entre empregado e empregador poderia ter previsto uma atualização monetária caso houvesse uma depreciação do dinheiro, na execução do contrato (Gomes e Merle, 2007, p. 136). As prescrições do contrato, nesse caso, não são justas, enquanto as de equidade, o são. Para Perelman, “a equidade pode prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar consequências iníquas pode levar o juiz a dar nova interpretação da lei, a modificar as condições de sua aplicação” (Perelman, 2005, p. 166). Considerar a equidade na aplicação da lei é um recurso para evitar as consequências injustas do “ato formalmente justo”. A regra da justiça segundo a qual situações semelhantes devem ter tratamento semelhante, o que se pode chamar de regra de justiça formal, implica previsibilidade, todavia nem sempre é suficiente para as necessidades da justiça.

Seria o caso do direito de necessidade diferente? O fato de não punir atos praticados nessa situação mostra que o direito reconhece exceções à lei, em situações de extrema necessidade. Nesse caso, não se comete uma

<sup>6</sup> Sobre a negativa do direito de resistência, ver *Metafísica dos Costumes* (doutrina do direito) (Kant, 1982, p. 439). Saliente-se que, para o autor, não é permitida uma “resistência ativa”, mas apenas uma “resistência negativa” (Kant, 1982, p. 441).

injustiça, embora o assassinato seja por definição uma injustiça. É o mesmo caso que prevê o direito de mentir para a defesa de um inocente, ainda que dizer a verdade seja um preceito fundamental do Direito. O estado de necessidade justifica uma exceção. Na verdade, a exceção deixa de ser tal quando a sua máxima puder ser universalizada, ou seja, passar pelo teste da universalização. Assim, mentir para proteger um inocente está justificado e, portanto, é legal e eticamente correto. No entanto, ao admitir a culpa no estado de necessidade, mas não a punição, Kant permanece preso à ideia de justiça puramente formal e abstrata. Não reconhece a justiça dos atos praticados em estado de necessidade, uma vez que não exime de culpa, ainda que não preveja punição.

Ora, tais atos não são passíveis de culpa, muito menos de punição. Não se deveria, nesses casos, recorrer aos princípios, tendo em vista as consequências injustas da aplicação das regras do direito positivo?

Embora se possa sustentar um conceito moral do direito na “introdução à doutrina do direito”, no apêndice da mesma, o filósofo de Königsberg parece dar, nos casos de equidade e de necessidade, margem à interpretação de uma independência entre moral e direito e, assim, ficar preso ao formalismo jurídico, isto é, a uma doutrina pura do direito. É curioso que Kant faça a distinção entre direito estrito e direito em sentido lato, onde trata da equidade e do direito de necessidade (casos de direito duvidoso), e apresente uma solução para esses casos a partir do direito estrito (positivo formal). Por que, então, falar em direito em sentido lato? Não se trata de direitos duvidosos. Tanto o direito de equidade quanto o de necessidade são direitos líquidos e certos, ainda que em situações concretas nem sempre seja fácil qualificá-las como tais.

## Considerações finais

Na introdução da Doutrina do Direito pode-se efetivamente falar em conceito moral do direito. Isso não é claro na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática*. A legislação jurídica e a legislação ética têm como base comum as leis morais. O que as distingue é a diferente motivação (móbil). No entanto, a distinção entre direito em sentido estrito e direito em sentido amplo não contribuiu para fornecer elementos de garantia de efetivação do direito de equidade e do direito de necessidade. Kant permanece preso ao formalismo do direito positivo. Qual é, então, o sentido dessa distinção? Pela equidade se reconhece um direito, mas que não é direito, pois não é efetivável pela legislação positiva. Ora, se os princípios do direito

natural dão conteúdo ao direito positivo, conforme claramente sustentado na referida introdução, por que não buscar nessa fonte a justificação e efetivação dos referidos direitos? Os princípios não são extralegais, como querem os positivistas, mas são constitutivos da ciência normativa do Direito. Se os referidos direitos são efetivamente direitos, já que reconhecidos, é preciso encontrar uma forma de assegurá-los juridicamente, tendo por base os princípios da razão, fonte da justiça. A não definição das condições do ponto de vista jurídico para efetivar aqueles direitos mostra que não é possível fazer leis para tudo. Por isso, é na ausência delas que os princípios devem ser arrolados.

Ao reconhecer o ditado de que “o mais estrito direito é a maior injustiça”, Kant pressupõe uma concepção de justiça expressa pelos princípios racionais, uma vez que são estes que dão conteúdo ao direito positivo. Assim, é possível encontrar uma solução para os problemas da efetivação dos direitos de equidade e de necessidade a partir da fundamentação moral do direito, expressa na doutrina do direito do filósofo de Königsberg, coisa que ele não fez. Não aplicar as regras formais, mesmo a regra do precedente, em vista das consequências injustas, aponta para a supremacia do justo sobre o legal e mostra claramente que este (o legal) não é critério de justiça.

Temos na introdução da doutrina do direito um problema metodológico. O autor defende uma concepção moral do direito apontando os princípios da razão como orientadores para o direito positivo; reconhece os direitos de equidade e de necessidade, todavia não assegura sua efetivação. Reconhece direitos que não são direitos, isto é, que não têm eficácia. O problema está em defender uma concepção moral do direito e não se valer dela para garantir direitos tacitamente reconhecidos.

O imperativo categórico do direito “age exteriormente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal” é uma fórmula que não indica nenhum conteúdo. Indica, apenas, um procedimento. Não diz o que é justo, mas enuncia como se deve proceder para que uma ação seja justa. O problema é saber quando e em que circunstâncias uma ação pode coexistir com a liberdade do outro, enquanto não for apontado um conteúdo determinado. Ou se pressupõe uma lei que diga o que deve ser feito e, então, o imperativo ou princípio universal do direito não diz nada de novo, ou cai-se num vazio formalismo, tal como o imperativo categórico da ética. Temos, então, uma noção de justiça formal e abstrata. O tratamento dado aos

direitos de equidade e de necessidade é um exemplo disso.

## Referências

- ALMEIDA, G. 2006. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. *Kriterion*, **114**:209-222.
- BECKENKAMP, J. 2009. Sobre a moralidade do Direito em Kant. *Ethic@*, **8**(1):63-83.
- BECKENKAMP, J. 2003. O Direito como exterioridade da legislação prática em Kant. *Ethic@*, **2**(2):151-171.
- BOBBIO, N. 1969. *Direito e Estado no Pensamento de Kant*. Brasília, UNB, 168 p.
- DWORKIN, R. 1997. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, Martins Fontes, 568 p.
- GOMES, A.; MERLE, J.-C. 2007. *A Moral e o Direito em Kant*. Belo Horizonte, Mandamentos Editora, 195 p.
- FORST, R. 2010. *Contextos da Justiça*. São Paulo, Boitempo, 382 p.
- KANT, I. 1982. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 896 p.
- NOUR, S. 2004a. *A Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*. São Paulo, Martins Fontes, 212 p.
- NOUR, S. 2004b. O legado de Kant à Filosofia do Direito. *Prisma Jurídico*, **3**:91-103.
- PERELMAN, C. 2005. *Ética e Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 722 p.
- RAWLS, J. 2005. *História da Filosofia Moral*. São Paulo, Martins Fontes, 439 p.
- TERRA, R. 1987. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. In: D. ROSENFELD (org.), *Filosofia Política 4*. Porto Alegre, LPM, p. 49-65.
- WEBER, T. 2009. *Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 184 p.

Submetido: 05/04/2013

Aceito: 09/04/2013