

KANT E O PROBLEMA DO FORMALISMO JURÍDICO

KANT AND THE PROBLEM OF THE LEGAL FORMALISM

THADEU WEBER¹
(PUCRS/Brasil)

RESUMO

O propósito do artigo é indicar alguns aspectos da Filosofia jurídico-política de I. Kant que influenciaram a formulação do positivismo jurídico e, ao mesmo tempo, apontar que a solução de problemas resultantes do assim chamado formalismo está na própria *Doutrina do Direito* do autor. O núcleo central da discussão gira em torno do problema da justiça. O cumprimento puro e simples das condições formais das relações jurídicas pode acarretar consequências injustas. Pode-se, então, recorrer aos princípios em vez de aplicar as leis? O estudo passa por uma distinção entre moralidade e legalidade, sobretudo no que se refere às leis éticas e às leis jurídicas a partir de seu fundamento comum: as leis morais. Inclui, também, uma discussão sobre a ideia de contrato social do filósofo alemão, evidenciando a autonomia como instância legitimadora do ordenamento jurídico. Com o propósito de caracterizar o formalismo jurídico, o texto recorre aos elementos constitutivos do conceito do Direito, abordados na introdução da *Doutrina do Direito*. Por fim, procura mostrar que a solução de alguns problemas originários do formalismo kantiano pode ser encontrada no próprio Kant, embora não resolvidos por ele, sobretudo no que diz respeito a possíveis consequências injustas da aplicação de leis positivas, cuja validade pode ser tida como duvidosa, bem como aos direitos de equidade e de necessidade, cuja efetivação requer o recurso aos princípios da justiça.

Palavras-chave: Justiça; Positivismo jurídico; Contrato social; Direito de equidade; Direito de necessidade.

ABSTRACT

The purpose of the article is to indicate some aspects of I. Kant's Legal-Political Philosophy that influenced the formulation of legal positivism and, at the same time, to point out that the solution of problems resulting from the so-called formalism is in the *Doctrine of the Law* of the author. The central core of the discussion revolves around the problem of justice. Pure and simple compliance with the formal conditions of legal relationships can have unfair consequences. Can one, then, resort to principles instead of applying laws? The study goes through a distinction between morality and legality, especially with regard to ethical laws and legal laws from their common foundation: moral laws. It also includes a discussion on the German philosopher's idea of social contract, highlighting autonomy as a legitimizing instance of the legal system. In order to characterize the legal formalism, the paper uses the constitutive elements of the concept of Law, discussed in the introduction to the *Doctrine of Law*. Finally, it seeks to show that the solution of some problems originating in the Kantian formalism can be found in Kant himself, although not solved by him, especially with regard to possible unfair consequences of the application of positive laws, whose validity can be

considered dubious, as well as the rights of equity and necessity, the realization of which requires recourse to the principles of justice.

Keywords: Justice; Legal positivism; Social contract; Equity right; Right of necessity.

Introdução

A relação entre moral e direito tem sido objeto de muitas controvérsias. Há os que defendem uma “teoria pura do Direito”, como é o caso de H. Kelsen, inspirado pelo formalismo kantiano, e outros que sustentam uma fundamentação ética do político, como é o caso de R. Dworkin que, sob esse aspecto, se situa na perspectiva hegeliana.²

Os escritos jurídico-políticos de Kant são esclarecedores no que se refere ao tema da relação entre moralidade e legalidade. No entanto, mostram igualmente que a conhecida crítica ao formalismo da moral se aplica, também, ao Direito. Ter influenciado a formulação do positivismo jurídico encontra fortes argumentos nesses escritos. Não se trata de emitir um juízo sobre os méritos ou deméritos dessa influência, mas de demonstrar que a solução do problema de uma possível injustiça da aplicação de uma lei pode ser buscada na fundamentação moral do Direito. Para isso, é indispensável a distinção entre leis éticas e leis jurídicas, considerando sua base comum, as leis morais.

O propósito do artigo é apontar aspectos do formalismo kantiano que podem ser tidos como influenciadores do positivismo jurídico. Ao mesmo tempo, procura indicar que a solução das possíveis consequências injustas da aplicação do seu formalismo pode ser encontrada na própria fundamentação moral do Direito, elucidada na introdução da *Doutrina do Direito*.

Tal intuito passa por uma elucidação da distinção entre moralidade e legalidade, tendo em vista a base motivacional das mesmas e da relevância disso para a elucidação do chamado formalismo kantiano. Uma breve análise dos termos do contrato social do autor alemão se faz necessária para avaliar os reflexos da *sociabilidade insociável* na efetuação de acordos políticos e na elaboração da legislação pertinente, tendo em vista os princípios de uma Constituição Civil. Ênfase há que ser dada ao consentimento popular, tendo em vista a legitimidade das leis.

Com o propósito de apontar aspectos que podem inspirar o positivismo jurídico, recorre-se à *Doutrina do Direito* para explicitar os elementos constitutivos do conceito do Direito, bem como ao encaminhamento dado aos direitos de equidade e o da necessidade. É enfatizada a importância da forma da lei e não o seu conteúdo.

O último tópico pretende mostrar que possíveis problemas que poderão resultar do formalismo kantiano, tais como decisões injustas, encontram no próprio autor uma solução plausível. Ou seja, a fundamentação moral do Direito é ignorada pelo autor na aplicação do direito de equidade e o de necessidade, o que pode ter consequências injustas. No entanto, as consequências desse formalismo encontram uma solução não formal no próprio autor.

Moralidade e Legalidade

A relação moralidade e legalidade, em Kant, é normalmente associada à distinção entre o imperativo categórico e o imperativo hipotético, desenvolvido na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. O valor ou mérito moral é atribuído às ações motivadas pelo puro respeito ao dever, enquanto a legalidade é atribuída às ações resultantes da motivação de acordo com as inclinações, portanto, caracterizada pela coercibilidade. De maneira mais simplificada costuma-se dizer que, para Kant, as ações morais são realizadas por dever e as ações legais, conforme o dever.

Essa distinção, todavia, é demasiadamente superficial. O que o referido autor faz é primeiramente distinguir ações contrárias ao dever de ações conforme o dever (KANT, 1974, 27). As ações conforme o dever (*pflichtmässig*) podem ser por dever (*aus Pflicht*) ou por inclinação. A diferença está na motivação. As por dever são as que se constituem de valor moral. Logo, as ações por dever também são conformes ao dever.³

A crítica ao formalismo diz respeito tanto à moralidade quanto à legalidade. Haveria uma separação indevida entre forma e matéria da lei. Paton, referindo-se à moralidade, discorda dessa interpretação (cf. PATON, 1971, 74).⁴ Diz que na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Kant está “tratando do princípio supremo de moralidade: ele está tratando da parte a priori da ética em abstrato e considerando a forma da ação moral à parte da matéria” (PATON, 1971, 74). Esse argumento, no entanto, não escapa da crítica de um excessivo formalismo, bem como não se vê livre da crítica comunitarista de uma separação indevida entre ética, direito e moral⁵, crítica, aliás, que se estende a todos os liberais.

Quanto à “ignorância das consequências”, outro ponto polêmico quando o assunto é formalismo, Paton inocenta Kant dessa crítica afirmando que o autor “está correto ao dizer que a expectativa das consequências não pode ser o fundamento determinante de uma ação se ela é para ter valor moral”. Em seguida sentencia: “Um homem bom visa as consequências por causa da lei: ele não obedece a lei simplesmente por causa das consequências” (PATON, 1971, 76). A ênfase na forma da lei,

mais uma vez, fica evidenciada. O que ocorre, na verdade, é a validação apriorística da lei. Hegel é o primeiro a fazer uma crítica consequencialista ao formalismo kantiano (cf. HEGEL, 1986, §135).

É na *Metafísica dos Costumes*, no entanto, que a distinção entre Ética e Direito é feita de forma mais específica. A preocupação aqui é tratar da fundamentação moral do Direito. Para tal, o autor parte da diferenciação entre leis naturais e leis da liberdade. Estas são as leis morais e dizem respeito à autolegislação da razão e enunciam o que deve ser (cf. KANT, 1982, 318). Nesse caso, trata-se da moral em sentido amplo, na medida em que inclui o direito e a ética.

É importante destacar que são as leis morais que se dividem em leis jurídicas e leis éticas.⁶ As leis jurídicas referem-se às ações “meramente externas”, ao passo que as leis éticas têm como base de determinação das ações o respeito às leis por elas mesmas. Kant assim se expressa sobre essa distinção: “Na medida em que incidem apenas sobre 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, 318). Embora a ética tenha seus próprios deveres, também tem deveres em comum com o direito. O que propriamente as distingue é a diferente motivação, ou seja, o modo de obrigação. O que move a legislação ética é o dever pelo dever; o que motiva a legislação jurídica são as inclinações ou coerções externas. Ambas têm, no entanto, um fundamento comum: as leis morais.⁷

Esse ponto é crucial para os debates em torno do positivismo jurídico kantiano. O cumprimento de contratos pode mover-se pela legislação ética, ou seja, pelo respeito ao dever, mas quando esta for insuficiente, dada a “animal tendência egoísta” do ser humano, deve mover-se pela legislação positiva (KANT, 2016, 27). Mas se disso decorrerem consequências injustas, considerando circunstâncias particulares, pode-se recorrer às leis morais ou ao direito natural que fundamenta o direito positivo. Todavia, no caso dos direitos de equidade e de necessidade, por exemplo, Kant não chega a essa conclusão, por não os considerar direitos em sentido estrito.

O Contrato Social

As ideias jurídico-políticas de Kant estão desenvolvidas de forma mais expressiva fora de suas grandes Críticas. No texto *Ideia de uma História Universal com um Propósito Cosmopolita*, o autor, na proposição quatro, dá bem a ideia da justificação do contrato social, apontando o debatido antagonismo que envolve o ser humano: a “sociabilidade insociável” (KANT, 2016, 24). Com isso quer dizer que há nos homens “a tendência para

entrarem em sociedade” que, ao mesmo tempo, “está unida a uma resistência universal que ameaça dissolver constantemente a sociedade” (KANT, 2016, 24). Ou seja, a tendência para entrar em sociedade o realiza como ser humano. Kant reconhece uma disposição natural para isso. Tem, no entanto, uma “grande propensão para isolar-se”, tendo em vista que encontra em si, ao mesmo tempo, “a propriedade insocial de querer dispor de tudo ao seu gosto”, esperando “resistência de todos os lados” (KANT, 2016, 24). É essa tendência à insociabilidade que o leva a elaborar uma Constituição Civil. Eis o enunciado da quinta proposição: “O maior problema do gênero humano, a cuja solução a natureza o força, é a consecução de uma sociedade civil que administre o direito em geral” (KANT, 2016, 26). A legislação ética é insuficiente para fazer frente a essa insociabilidade. O recurso é a coercibilidade da lei positiva.⁸

É a tendência ao exercício da liberdade sem limites que força os homens a entrarem num “estado de coerção”. O estabelecimento recíproco de limites retira deles a possibilidade de viver em “liberdade selvagem”. O importante a destacar é que é dentro desses limites, dessa “cerca”, a constituição civil, que as “inclinações produzem o melhor resultado” (KANT, 2016, 26). O exemplo das árvores plantadas uma próxima das outras ilustra bem o sentido dos limites. A procura do ar e da claridade faz com que elas busquem acima de si mesmas um lugar ao sol. As árvores que crescem de forma isolada e em liberdade total fatalmente ficarão tortas. Esticam seus galhos para todos os lados, pois não encontram limites. A insociabilidade humana, ao se disciplinar, produz uma ordem social, condição da realização da própria liberdade. Isso explica a necessidade da passagem da liberdade natural para a liberdade civil (o Estado). Daí o papel da constituição civil. Joel T. Klein discute com muita propriedade essa sociabilidade insociável como “a mola propulsora do progresso” (KLEIN, 2016, 103).

Kant parece estar alinhado com a concepção hobbesiana de natureza humana. Ao se referir ao homem em sua “animal tendência egoísta” parece endossar a natural competição humana e o seu desejo inesgotável de poder, destacado por Hobbes. Tanto é que a convivência com os outros nos é extremamente desagradável quando não existe um poder capaz de nos manter em respeito (cf. HOBBS, 1979, 75). É por isso que, para Kant, “o homem é um animal que, quando vive entre seus congêneres, precisa de um senhor” (KANT, 2016, 27). As semelhanças, no entanto, ficam por aqui. O tipo de pacto proposto é outro e a concepção de liberdade também. A soberania absoluta dá lugar à possibilidade de um povo dar a si a própria lei, portanto, dá lugar à autolegislação e à autonomia. Esse é o princípio republicano.

É no texto *Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática*, no item II, “Da relação da teoria à prática no direito político (contra Hobbes)” que o próprio Kant se pronuncia sobre sua diferença para com Hobbes. Considera “terrível” a tese segundo a qual “o chefe de Estado de nenhum modo está ligado por contrato ao povo e não pode cometer injustiça contra o cidadão” (KANT, 2016, 97).

É exatamente nesse texto contra Hobbes em que Kant defende os “princípios a priori” nos quais se fundamenta o Estado Civil: a liberdade, a igualdade e a independência (KANT, 2016, 79). Quanto à primeira, cada um pode buscar sua felicidade da forma que quiser, desde que não prejudique os outros. A liberdade de cada um deve poder coexistir com uma lei universal. A igualdade diz respeito à condição de súditos dos cidadãos, portanto, segundo o Direito. Isso não significa que os homens não podem ser desiguais quanto à qualidade e “os graus de sua propriedade” (KANT, 2016, 81). O essencial é uma igualdade quanto aos direitos enquanto cidadãos. A independência diz respeito ao papel de legislador exercido pelo cidadão na condição de membro da comunidade.

Em que se fundamenta a Constituição Civil? Kant fala em “contrato originário” como “lei fundamental”.⁹ Esse é propriamente o pacto social. O autor o define como “coligação de todas as vontades particulares e privadas num povo numa vontade geral e pública” (KANT, 2016, 88). Não se trata de um fato, mas de uma “ideia da razão”. Essa ideia “obriga todo legislador a fornecer as suas leis como se elas pudessem emanar da vontade coletiva de um povo inteiro, e a considerar todo súdito, enquanto quer ser cidadão, como se ele tivesse assentido pelo seu sufrágio a semelhante vontade” (KANT, 2016, 88). A legitimidade de toda lei pública está exatamente nisso. A lei é justa, pensa o autor, se é possível ao povo dar a sua anuência. Isso é autonomia, coerente com a legislação ética.¹⁰

A questão central é o consentimento do povo. A legitimidade de toda lei está na possibilidade do endosso de quem deve se submeter a ela. Há uma coincidência entre autoria e submissão, ainda que via da representação política. As leis originárias do legislador precisam ser elaboradas de tal forma que possam contar com o assentimento dos cidadãos. Aliás, o princípio “U” de Habermas está muito próximo disso, embora dê ênfase também às consequências. Sobre esse assunto vale citar o comentário de Alexandre Gomes, referindo-se à Habermas: “A teoria do discurso, que pode ser considerada uma influente ética kantiana do nosso tempo, como assinala Cirne Lima, trouxe o princípio de universalização de Kant para a roda do discurso, o que representa sua melhor adequação à realidade em que vivemos” (GOMES; MERLE, 2007, 56).

É exatamente dessa formulação kantiana que decorre sua crítica a Hobbes. A liberdade de expressar sua opinião precisa ser assegurada ao cidadão. Escreve Kant: “É preciso conceder ao cidadão [...] a faculdade de fazer conhecer publicamente a sua opinião sobre o que, nos decretos do mesmo soberano, lhe parecer uma injustiça a respeito de sua comunidade” (KANT, 2016, 97). O Estado de Direito está, com isso, plenamente justificado. “O que um povo não pode decidir a seu respeito também não o pode decidir o legislador em relação ao povo” (KANT, 2016, 98). O que comanda uma comunidade política é a Constituição Civil e não a vontade de um soberano. É a Constituição que estabelece os limites das liberdades. Dois aspectos, aqui, andam juntos: obediência e liberdade. A obediência à Constituição de acordo com as leis coercitivas e, ao mesmo tempo, o “espírito de liberdade”, na medida em que cada um “deve ser convencido pela razão de que semelhante coerção é conforme o Direito”, são prerrogativas de um Estado Constitucional (KANT, 2016, 97).

A partir dessa estrutura jurídico-política é oportuno avaliar em que medida Kant pode ter influenciado o positivismo jurídico. Não se trata da construção das leis, originárias do contrato social, mas de sua interpretação e aplicação.

O Positivismo Jurídico

A resposta de Kant a Hobbes é a afirmação do Estado de Direito, através da Constituição Civil, que deve ser republicana. Ninguém nega que a obediência às leis é condição de possibilidade da própria realização da liberdade. Essa obediência, no entanto, implica numa série de questões: É ela irrestrita? Trata-se de obedecer a lei pela lei? As exceções são permitidas? Cabe desobediência às leis injustas?¹¹ Como se dá a relação entre ética e direito em aplicações práticas? Por que Kant é considerado como o grande influenciador do positivismo jurídico? Em que sentido? A teoria do contrato social parece não dar conta de todas essas questões.

Uma importante resposta pode ser encontrada na *Doutrina do Direito*, quando o autor refere os elementos constitutivos do conceito do Direito, precisamente quando procura sua definição (cf. KANT, 1982, 337). 1º. O Direito se refere às relações externas das pessoas, na medida em que podem exercer influências recíprocas; 2º. O Direito trata da relação de arbítrios de uns com os outros e não de desejos. Na relação jurídica o arbítrio de um deve estar relacionado com o arbítrio dos outros e não com seus desejos. A relação jurídica implica na capacidade consciente de atingir o objeto do desejo. Posso ter o desejo de adquirir um belo imóvel numa região muito valorizada, mas posso não ter a capacidade jurídica de realizar

esse desejo. Em um contrato de compra e venda requer-se a relação recíproca entre dois arbítrios e não de arbítrios e desejos. 3º. Em uma relação jurídica importa a forma e não a matéria do arbítrio, isto é, não importam os fins subjetivos ou as intenções que movem os sujeitos agentes. Os interesses pessoais visados são irrelevantes diante das condições formais a serem atendidas. Em um contrato de compra e venda são irrelevantes as razões que as partes têm para a efetuação do negócio. O que importa é o atendimento das condições formais pertinentes ao contrato. Nesse caso, como lidar com os *hard cases*? E se circunstâncias novas alterarem as condições formais a tal ponto de o seu cumprimento acarretar graves injustiças, como proceder?

É nesse terceiro aspecto, sobretudo, que reside toda discussão referente ao formalismo jurídico kantiano (BOBBIO, 1984, 70). Segundo Bobbio, “atribuir caráter formal ao direito significa dizer que o direito prescreve não tanto o que se deve fazer, mas *como se deve fazer*” (BOBBIO, 1984, 70). Se na ética é dada ênfase ao procedimento do imperativo categórico, também na relação jurídica toda importância recai sobre o procedimento, isto é, o imperativo categórico do Direito. Observa-se que tanto o Direito quanto a Ética prescrevem *como se deve proceder* e não indicam o que se deve fazer. A insistência num procedimento tem o mérito de poder ser aplicado a todos os conteúdos éticos e jurídicos, com a devida distinção no referente à motivação. Essa teoria procedimentalista de Kant pode ser chamada de formalista.

No que diz respeito ao Direito, a definição kantiana é clara: “O Direito é 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, 337). A ênfase está nas condições formais e não no conteúdo material. O Direito, dessa forma, está desvinculado da ética. É a compatibilidade das ações externas, de acordo com as leis, que importa e não as motivações internas. É o que diz a “lei universal do Direito”: “Age externamente de tal maneira que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal” (KANT, 1982, 338). O que importa é a coexistência de liberdades externas, concordantes com uma lei universal. Mas isso separa claramente ética e direito, o que tem implicações expressas na interpretação, aplicação e na justiça das leis. Cumprir a lei pela lei é justo, ou seja, cumprir a lei sem causar impedimentos é externamente correto. Mas se as consequências desse cumprimento forem injustas? A justiça formal não resolve esse problema. Trata-se do desafio do formalismo jurídico. Embora traga segurança (jurídica), não resolve o problema da injustiça. A questão, portanto, não está na construção da lei moral e da lei positiva, mas na sua aplicação.

Para Kant, a coexistência de liberdades externas é justa quando de acordo com leis universais. Colocar obstáculos ao livre exercício dessas liberdades é ser injusto. Mas isso reduz o conceito de justiça à mera legalidade e não a uma possível base moral, conforme enunciado na introdução da *Doutrina do Direito* e acima referido. Não fora sustentado pelo próprio Kant que o conceito de justiça não pode ser buscado na lei positiva e sim na razão? Ou seja: não fora sustentado por ele que o direito positivo enuncia o que é lícito ou ilícito, mas não o que é justo? Ora, se é a razão que deve estabelecer o que é justo, através de princípios a priori, qual é propriamente a relação entre princípios e leis? Por que não recorrer aos princípios em vez de aplicar leis com consequências injustas? Não é o direito natural que fundamenta o direito positivo, conforme anunciado na *Doutrina do Direito*? Observa-se que a solução do problema da aplicação de uma lei com consequências injustas está na própria fundamentação moral do Direito em Kant.

Dworkin, em *Levando os Direitos a Sério*, destaca a importância da distinção entre regras e princípios, sobretudo no tratamento dos *hard cases*. As regras se fundamentam em princípios e estes não são extralegais, como sustentam os positivistas. Portanto, os juízes devem recorrer aos princípios quando não há regras claras ou quando a sua aplicação implica em consequências injustas.¹² Aliás, o autor se inspira fortemente nos conceitos de autonomia e dignidade humana de Kant ao tratar de alguns temas da bioética, tais como o aborto e a eutanásia (cf. DWORKIN, 1998, 305).

Kant a favor de Kant

Além do terceiro elemento constitutivo do conceito do Direito, visto acima, o problema da influência kantiana na formulação do positivismo jurídico encontra apoio explícito quando da distinção entre direito estrito e direito em sentido lato, feita no "apêndice à introdução à Doutrina do Direito". A questão central gira em torno da separação entre Ética e Direito. Ao definir o direito estrito como aquele que "vem acompanhado da faculdade de obrigar", Kant sustenta que ele "não exige outros fundamentos de determinação do arbítrio a não ser os meramente externos" (KANT, 1982, 339). Com isso, o distingue claramente da Ética, tendo em vista que o direito estrito "é aquele que não se mescla nada de ético" (KANT, 1982, 339). Nesse caso, uma decisão jurídica não pode ter base ética. A defesa de uma "teoria pura do direito" é o passo natural. É o que faz Kelsen. É o próprio Kant que afirma ser o direito estrito "puro e sem mescla com qualquer prescrição de virtude" (KANT, 1982, 339). A decorrência natural dessa posição, que é uma tese de todos os liberais, é a defesa da

neutralidade ética do direito. Ora, as diferenças de origem, gênero e religião não colocam exigências especiais de reconhecimento? Forst, interpretando a crítica comunitarista aos liberais, fala em “cegueira” do direito diante dessas diferenças (cf. FORST, 2010, 91). O ético certamente coloca exigências que não podem ser ignoradas pelo direito.

Ocorre que, para Kant, 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, 339). Mas isso diz respeito apenas às condições formais. O que, afinal, obriga o devedor ao pagamento de uma dívida ou ao cumprimento das cláusulas contratuais? Do ponto de vista jurídico é a lei positiva. E se o cumprimento das cláusulas contratuais implicar em consequências injustas? O recurso a uma fundamentação ética está descartado. Do ponto de vista do direito estrito permanecemos na doutrina pura do Direito sem “mesclas” éticas. Essa é a tese do positivismo jurídico.

Mas como entender, então, a posição kantiana de que as leis éticas e as leis jurídicas têm um fundamento comum, as leis morais? Se a lei positiva diz o que é lícito ou ilícito e não o que é justo ou injusto, o que é uma atribuição da razão, passará a justiça a ser uma categoria irrelevante para o direito estrito? Cairá Kant num mero legalismo?

Em uma primeira impressão, a distinção entre direito estrito e direito em sentido lato parece confirmar essa tese. A diferença entre os dois consiste em que o primeiro está ligado à autorização (competência) para coagir, ao passo que no segundo essa autorização “não pode ser determinada por uma lei” (KANT, 1982, 341). O direito de equidade e o direito de necessidade são apresentados como exemplos de direitos em sentido lato. O primeiro é indicado como um “direito sem coerção” (*Recht ohne Zwang*), ou seja, pela equidade admite-se um direito, mas que não pode obrigar. O segundo é indicado como uma “coerção sem direito” (*Zwang ohne Recht*) (KANT, 1982, 341). Pela necessidade impõe-se uma exigência, embora sem direito. É o caso dos náufragos que tentam se salvar através de um pedaço de madeira que suporta apenas um deles. Pela necessidade, um se pode livrar do outro, embora não tenha o direito de fazê-lo. Trata-se de um ato de violência lícito, embora não justo.

Acontece que os dois direitos são apresentados como direitos, mas não em sentido estrito. Logo, temos um problema quanto a sua eficácia. Como efetivá-los se não há instrumentos legais para tal? Significa isso que eles não entram na relação moral e direito? A fundamentação moral do direito vale somente para o direito estrito? Mas Kant reconhece o direito de equidade, embora sustente que as condições formais requeridas pelo juiz inexistem. Ou seja, é um “suposto direito”. O direito de equidade, por mais

que seja “uma questão de direito”, não pode ser atendido “pela via judicial”, uma vez que a equidade se orienta pelo “tribunal da consciência” (*Gewissensgericht*) e a questão de direito é objeto do tribunal civil (KANT, 1982, 342).

Ora, se as leis jurídicas, assim como as leis éticas, se fundamentam nas leis morais, por que não recorrer a estas para promover a justiça? Vejamos o exemplo de Kant referente ao direito de equidade: um contrato de trabalho é celebrado entre empresário e empregado de acordo com as leis trabalhistas em vigor. Depois de alguns meses, o salário se vê corroído por uma moeda inflacionada. O funcionário já não tem o poder aquisitivo do começo do contrato. Pela equidade, reconhece Kant, cria-se um direito de reajuste pelo funcionário, um direito de equidade. É fato que circunstâncias alheias às vontades dos pactuantes alteraram as condições do contrato. Seguir suas cláusulas resulta em grave injustiça. Mas, seguir as cláusulas é o que Kant prevê, uma vez que o juiz somente pode se pronunciar sobre as prerrogativas contratuais, portanto, sobre o direito estrito. A equidade é uma “divindade muda” que não pode ser ouvida. Mas por que não? Porque é um direito em sentido lato. Ou seja, é um direito, mas que não pode ser exigido. Dessa forma, o juiz não pode proferir uma sentença sobre o que não está previsto no contrato. Logo, o juiz não pode fazer justiça. Trata-se de uma noção de justiça puramente formal.

Sobre isso vale registrar a posição de Perelman. Referindo-se a Aristóteles, ele qualifica a equidade como a “muleta da justiça” (PERELMAN, 2002, 163), isto é, o recurso à equidade deve dar-se “quando a lei parece manca” (PERELMAN, 2002, 163). Acrescenta Perelman: “O recurso à equidade é um recurso do juiz contra a lei; apela-se ao seu senso de equidade quando a lei, aplicada rigorosamente, em conformidade com a regra de justiça, ou quando o precedente, seguindo à letra, conduzem a consequências injustas” (PERELMAN, 2002, 163). Nesse caso, não ocorre uma separação entre leis morais e leis jurídicas. O princípio do precedente vale, isto é, casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante, mas ele pode não ser aplicado se disso resultarem consequências injustas. Logo, o juiz só aplica uma lei injusta ou com consequências injustas se quiser.

É exatamente o que ocorre no exemplo de Kant. Cumprir as cláusulas contratuais, que não previam inflação, conduz a consequências injustas. Pode, então, o juiz não aplicar a lei e apelar ao direito de equidade. Mas isso não provocaria uma insegurança jurídica? Esse é o mérito, mas também a insuficiência do positivismo jurídico. Mérito porque cumprir a lei propicia segurança, insuficiência porque coloca a lei acima da justiça ou reduz a justiça aos limites da lei. Permanecemos na justiça formal. Ora, a

lei vale, mas pode não valer, se na sua aplicação as consequências forem injustas. É o problema do princípio do precedente. Embora ele seja a regra da justiça, às vezes, segui-lo traz consequências injustas. Diz Perelman: “A equidade pode prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar consequências iníquas pode levar o juiz a dar novas interpretações à lei, a modificar as condições de sua aplicação” (PERELMAN, 2002, 166). O problema não são as “condições indeterminadas”, pois se as leis se fundamentam em princípios é a eles que se deve recorrer para fazer justiça. Pela equidade se está disposto a abrir mão da letra da lei, em determinadas condições. A equidade é uma forma de correção da lei, com o intuito de fazer justiça.

Acontece que Kant reconhece o problema da injustiça no caso do direito de equidade, ao apontar uma “contradição” no “tribunal da equidade”, ou quando afirma que “o ditado da equidade” é esse: “O mais estrito direito é a maior injustiça” (KANT, 1982, 342). O problema é que, segundo ele, esse mal não pode ser remediado pela via judicial. Kant joga o direito de equidade para o “tribunal da consciência”, enquanto o problema do reajuste salarial do funcionário deveria ser examinado e resolvido pelo direito civil, ou seja, pelo direito estrito. É uma decisão legal, mas não de acordo com uma lei jurídica com fundamentação moral¹³.

Algo semelhante ocorre com outro “suposto direito” (*vermeinte Recht*), o direito de necessidade. De acordo com Kant, se está autorizado a tirar a vida de alguém em caso de perigo da perda da própria vida, ainda que este alguém não me tenha causado nenhum mal (cf. KANT, 1982, 343). O autor considera esse “ato de autopreservação” como não podendo ser julgado “inculpável” (*unsträflich*), mas apenas “não punível” (*unstrafbar*) (KANT, 1982, 343).

Ora, trata-se de um direito da preservação da própria vida em caso de perigo extremo. Estou autorizado a usar de todos os meios para salvar minha vida. Logo, é um ato não só não passível de punição, mas também é “inculpável”. Para Kant há culpa, embora não possa haver punição. O autor acerta em dizer que “a necessidade não tem lei” (*Not hat kein Gebot*), mas erra ao afirmar que “não pode haver necessidade que tornasse legal o que é injusto” (KANT, 1982, 343). Isso significa que está admitindo que um ato praticado em estado de necessidade é injusto, embora não seja punível. Ou seja, é lícito, mas não é justo. Ora, se o direito se fundamenta nas leis da razão é a estas que se deve recorrer como instância para fazer justiça. Se a lei positiva diz o que lícito ou ilícito, e não o que é justo, e este tem como fonte a razão, é a esta que se deve recorrer. Kant admite que alguém possa reconhecer como justo para si o direito de necessidade, mas que não pode ser “confirmado diante de um tribunal”. Também aqui o autor dá uma

solução puramente formal para o direito de necessidade, quando poderia apelar para a lei da razão. Nesse caso, não há incompatibilidade entre licitude e justiça.

Cabe observar que Kant entende o direito de necessidade de forma muito restritiva. Esse direito se aplica a um universo mais amplo de situações de extrema necessidade. Posso me apropriar de frutas do pomar do meu vizinho como último recurso para saciar minha fome e assim salvar minha vida. Não posso ser privado de bens necessários para minha sobrevivência, instrumentos de trabalho, por exemplo, apesar de uma dívida contraída em uma agência financeira. Não se trata apenas de licitude (uma ação não é nem ordenada nem proibida), mas também de justiça. O argumento de Kant vai no sentido de considerar a licitude no exemplo citado (perigo de vida) como "moralmente indiferente" (KANT, 1982, 329). Os exemplos do estado de necessidade citados não violam a lei do direito de propriedade, apenas mostram que há situações em que ele pode ser relativizado. Há uma justificação moral para isso. O formalismo kantiano tem um problema sério com as exceções. A defesa da validade apriorística do imperativo categórico inspira uma "teoria pura do direito".

Essa é, certamente, uma dificuldade que se coloca ao formalismo jurídico. Qual é, então, a importância da distinção entre leis éticas e leis jurídicas, como subespécies das leis morais? A fundamentação moral do direito fica claramente demonstrada na Introdução da *Doutrina do Direito*. Se a concepção de justiça é moral, dada pela razão, e se o direito natural fundamenta o direito positivo, por que não assegurar o direito de equidade pela via jurídica? A lei jurídica não deveria concretizar o conteúdo moral? Em nome desse conteúdo não pode o juiz deixar de aplicar uma lei com consequências injustas? A equidade não implica na disposição de abrir mão da letra da lei, em determinadas condições? É a letra da lei ou o espírito da lei que o contrato social deveria priorizar? A propósito da fundamentação do direito positivo no direito natural, em Kant, S. Nour escreve: "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, 2004, 94). Se os princípios da legislação positiva são fornecidos pela razão, está dada uma alternativa para evitar a aplicação da justiça formal aos casos controversos. Ao conceituar o direito, na *Doutrina do Direito*, Kant escreve: "A questão de ser também justo àquilo que as leis prescreviam, ou a questão do critério universal pelo qual se pode reconhecer em geral o justo e o injusto, permanecem-lhe totalmente ocultas se ele não abandona durante algum tempo aqueles princípios empíricos e busca as fontes desses juízos na mera razão [...] de modo a estabelecer os fundamentos de uma

possível legislação positiva” (KANT, 1982, 336). Está claro que a fonte dos princípios da justiça é a razão. A experiência não fornece o que deve ser, mas apenas o que é. Dessa forma, deixar de aplicar a lei positiva nos casos de consequências injustas, está em poder de cada julgador do Direito.

A solução do problema, portanto, parece estar no próprio Kant, na medida em que sustenta uma fundamentação moral do direito, conforme já referido. Todavia, situar o direito de equidade no nível do direito em sentido amplo menospreza aquela fundamentação e cai no positivismo jurídico. Se o conceito de justiça somente pode ser dado pela razão e não pelo direito positivo é às leis morais que se deve recorrer, principalmente nos *hard cases*. Nesse ponto Dworkin merece ser referido: “A Constituição torna nossa moral política convencional relevante para a questão da validade. Qualquer lei que pareça comprometer essa moral levanta questões constitucionais, e se esse comprometimento for grave, as dúvidas constitucionais também serão graves” (DWORKIN, 2002, 318). Isso indica a íntima relação entre questões morais e questões jurídicas, tese que o afasta do positivismo.

Teríamos, então, que sustentar que o direito de equidade e o direito de necessidade não são “casos duvidosos” ou “anômalos”, para usar a expressão de Bobbio, interpretando Kant, (BOBBIO, 1984, 79), mas são direitos líquidos e certos. Nesse caso, o juiz poderia recorrer ao direito natural ou às leis morais com o intuito de assegurar aqueles direitos. O direito estrito reduz a atuação dos juízes à letra das leis. Mas e os princípios? Não são estes que fundamentam as leis? Se admitirmos essa fundamentação, eliminamos o caráter arbitrário delas. No caso do direito de equidade, Kant claramente desvincula o direito formal da justiça, embora sustente uma fundamentação moral do Direito. “Há um recurso a uma concepção de justiça no nível moral (dado pela razão), mas não assegurada pela via jurídica” (WEBER, 2013, 43), uma vez que nos casos referidos “não pode ser encontrado um juiz” (KANT, 1982, 341). É preciso salientar que as leis jurídicas são uma subclasse das leis morais, onde o conteúdo do justo pode ser encontrado. É Kant a favor de Kant.

Considerações Finais

A análise dos escritos jurídico-políticos de Kant nos permite constatar alguns aspectos que influenciaram o positivismo jurídico. O assim chamado formalismo dá sinais bastante convincentes dessa herança. O autor não só distingue mas separa forma e conteúdo da lei, sobretudo quando trata da determinação da razão pura em relação à vontade do sujeito agente. Quando se trata do agir moral, já na *Crítica da Razão Prática* insiste na

necessidade da determinação imediata da razão, portanto, sem instâncias mediadoras. No procedimento do imperativo categórico, o que deve determinar a vontade é a forma da lei, isto é, a universalidade e a necessidade, e não a sua materialidade. Nesse caso, cabe uma crítica consequencialista ao formalismo kantiano, tal como Hegel tem feito.

Quanto aos elementos constitutivos do conceito do Direito, ou seja, na relação jurídica, importa a forma e não o interesse subjetivo das vontades envolvidas. Na celebração de contratos, por exemplo, importa o atendimento das condições formais que os regulam. Ocorre que circunstâncias e consequências, por vezes alheias às vontades dos envolvidos, podem gerar dúvidas quanto à justiça do efetivo cumprimento das referidas condições. O formalismo dá segurança e estabilidade ao sistema jurídico, mas corre o risco de produzir sérias injustiças. A validade apriorística tanto da lei moral quanto das normas jurídicas coloca enormes dificuldades para se pensar na possibilidade de exceções, principalmente para tratar de soluções que envolvem os *hard cases*. Valores éticos e razões de consciência decididamente não podem ser consideradas nas decisões jurídicas. É o que, em parte, ocorre com a regra do precedente: casos semelhantes devem ter tratamento semelhante. Mas se a aplicação dessa regra acarretar consequências injustas, não se aplica essa regra e recorre-se aos princípios. Estes não são extralegais, como querem alguns positivistas, mas constituem a ciência normativa do Direito.

Considerar os direitos de equidade e o de necessidade como “direitos duvidosos” abre uma lacuna quanto ao problema da efetivação desses direitos, hoje amplamente reconhecidos. Como não considerar o direito de necessidade na satisfação das necessidades básicas de vida digna, o mínimo existencial? Por que não recorrer à equidade quando a norma jurídica parecer “manca”?

Kant defende uma concepção moral do Direito, mas não se vale dela para garantir direitos amplamente reconhecidos, como é o caso do direito de equidade e o de necessidade. Deixa claro que os juízes somente podem decidir de acordo com as cláusulas contratuais. Essa é uma postura claramente formalista a inspirar o positivismo jurídico. Ora, é precisamente nos casos duvidosos que se deve abandonar as regras e recorrer aos princípios, evitando consequências injustas.

Fica claro, no entanto, que a solução está em Kant. A proposição e a defesa de “princípios metafísicos do Direito” situam o tema da justiça para fora do direito positivo, permitindo, pois, o recurso ao direito natural e, portanto, à razão, para realizar a justiça requerida por aqueles direitos. Nesses casos, Kant não aplicou sua própria teoria. Por isso, Kant a favor de Kant.

Notas

¹ Thadeu Weber, Doutor em Filosofia, Professor titular na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, nos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e em Direito.

² Sobre Kelsen, ver *Teoria Pura do Direito*, principalmente cap. II; sobre Dworkin, ver *Levando os Direitos a Sério*, capítulo II.

³ Rawls comenta esse assunto destacando a distinção kantiana entre “as ações que concordam com o dever e são realizadas segundo o dever, e as ações que concordam com o dever mas nascem da inclinação. As últimas possuem legalidade, mas não moralidade” (RAWLS, 2005, 204).

⁴ Classificar a Filosofia Moral de Kant de formalista e legalista é um mal-entendido, segundo Paton (cf. 1971, capítulo VII).

⁵ Sobre a crítica dos comunitaristas à separação entre ética, direito e moral por parte dos liberais, ver FORST, 2010, 67.

⁶ Sobre essa distinção ver, também, NOUR, 2004, 20-21. A autora destaca o aspecto objetivo e o subjetivo da legislação ética e jurídica. Ver, também, BECKENKAMP, 2009, 68.

⁷ À propósito desse assunto é muito esclarecedora a distinção entre quatro contextos normativos feita por R. Forst, em *Contextos da Justiça: o ético, o jurídico, o político e o moral* (ver principalmente a introdução, p. 17 e ss).

⁸ Sobre o significado dessa sociabilidade insociável como “fundamento político-antropológico do progresso”, ver KLEIN, 2016, 103 e ss.

⁹ M. Sandel chama esse contrato de “contrato imaginário”, exatamente por ser uma “ideia da razão” e não um fato histórico (SANDEL, 2014, 172).

¹⁰ Sobre o conceito de “contrato originário” em Kant, ver, também, NOUR, 2004, 41.

¹¹ Sobre o dever de obedecer a uma lei injusta e sobre o tema da desobediência civil, ver RAWLS, 1997, 388 e 402, e DWORKIN, 2002, capítulo 08.

¹² A propósito da distinção entre regras e princípios e o debate de Dworkin com o positivismo jurídico referente ao poder discricionário dos juízes, ver *Levando os Direitos a Sério*, capítulo 02 (O modelo das regras I). O alvo é, principalmente, Hart.

¹³ É interessante notar que, para Dworkin, “razões de consciência” podem ser arroladas na justificação da desobediência às leis injustas. Rawls, nesse ponto, não o acompanha, e Kant muito menos.

Referências

BECKENKAMP, J. Sobre a Moralidade do Direito em Kant. In: *Ethic@*, 8 (I), 2009. 63-83.

BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Kant*. Brasília: UNB, 1984.

DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. *El Dominio de la Vida*. Barcelona: Ariel, 1998.

FORST, R. *Contextos da Justiça*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

GOMES A./MERLE J. A. *A Moral e o Direito em Kant*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2007.

HEGEL, G. W. F. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANT, I. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

KANT, I. *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

KANT, I. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2016.

KANT, I. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLEIN, J. T. *Kant e a Ideia de uma História Universal*. São Paulo: Loyola, 2016.

NOUR, S. *À Paz Perpétua de Kant*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PATON, H. J. *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 1971.

RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, J. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANDEL, M. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

WEBER, T. *Ética e Filosofia do Direito*. Petrópolis: Vozes, 2013.

Received/Recebido: 15/08/2022
Approved/Aprovado: 01/10/2022