

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O FUNDAMENTO DE VALIDADE TRANSCENDENTAL DO
DIREITO: a ética kantiana como superação do desafio
positivista**

Tiago Lopes Mosci

BELO HORIZONTE
2011

Tiago Lopes Mosci

**O FUNDAMENTO DE VALIDADE TRANSCENDENTAL DO
DIREITO: a ética kantiana como superação do desafio
positivista**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica de Minas como
requisito parcial para a obtenção do grau
de Mestre em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Alexandre
Travessoni Gomes.**

**BELO HORIZONTE
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M896f Mosci, Tiago Lopes
O fundamento de validade transcendental do direito: a ética kantiana como
superação do desafio positivista / Tiago Lopes Mosci. Belo Horizonte, 2011.
111f.

Orientador: Alexandre Travessoni Gomes
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito natural. 2. Positivismo jurídico. 3. Eficácia e validade do direito. 4.
Ética. 5. Moral. 6. Legitimidade (Direito). 7. Kant, Immanuel, 1724-1804. 8.
Liberdade. I. Gomes, Alexandre Travessoni. II. Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.12

Tiago Lopes Mosci

**O FUNDAMENTO DE VALIDADE TRANSCEDENTAL DO DIREITO: a
ética kantiana como superação do desafio positivista**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Alexandre Travessoni Gomes (Orientador - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Júlio Aguiar de Oliveira (Co-orientador - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Antônio Cota Marçal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Joaquim Carlos Salgado (Universidade Federal de Minas Gerais)

**Belo Horizonte
2011**

AGRADECIMENTOS

Para elaborar este projeto, por modesto que seja, foi necessário percorrer um árduo caminho. Durante a caminhada, contei com a compreensão, o carinho e a paciência de algumas pessoas, com quem divido a alegria da chegada.

Agradeço a meus pais por me apoiarem, cada um a seu modo, sempre e incondicionalmente, tornando possível a realização de mais um sonho.

Agradeço à Cris por me amar e me entender, em todos os momentos, mesmo quando nem eu mesmo me entendo; e também por sua contribuição inestimável a este trabalho.

Agradeço a meus dois grandes mestres: ao professor Alexandre Travessoni Gomes, pela orientação precisa, pela tranquilidade que sempre me passou e por me abrir as portas para a vida acadêmica; e ao professor Juventino Gomes de Miranda Filho, por me mostrar, em todos esses anos, que a ética e a justiça não são uma ilusão, e que é possível acreditar no direito para a construção de um mundo melhor. A ambos agradeço, em especial, pela amizade, pela cumplicidade e por tudo o que me ensinaram e ainda me ensinam.

Agradeço, por fim, a meus grandes e verdadeiros amigos, de hoje e de sempre, por tudo.

RESUMO

O presente trabalho propõe uma abordagem do fundamento de validade do direito nos diversos momentos do pensamento jusfilosófico. Buscarei realizar uma análise descritiva das principais manifestações jusnaturalistas e juspositivistas, procurando mostrar como se deu a passagem do fundamento de validade material para o fundamento de validade formal do direito. Meu objetivo é tentar demonstrar que a fundamentação formal do direito proposta pelo positivismo jurídico concluiu o processo histórico de superação do direito natural, mas, por outro lado, retirou do direito uma de suas dimensões necessárias, que é a dimensão ética da justificação. Por isso, um dos desafios da filosofia do direito atual é devolver ao direito a sua dimensão ética sem retornar ao dogmatismo jusnaturalista. Esse desafio será chamado de desafio positivista, e sua superação buscada com recurso à ética kantiana e seu fundamento de validade transcendental, desenvolvido a partir da razão em sua função prática, sob o pressuposto da ideia de liberdade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Natural, Positivismo Jurídico, Fundamento de Validade, Ética, Moral, Legitimidade, Pretensão de Correção, Kant, Liberdade.

ABSTRACT

This paper proposes an approach to the source of legal validity in different moments of the legal philosophy history. I carried out a descriptive analysis of the most relevant studies of natural-law and positive-law, trying to show how was the transition from the notion of “material validity” to “formal validity” of the law. My goal is to demonstrate that the “formal” argument proposed by the legal positivism concluded the historical process of overcoming the notion natural-law, but on the other hand, left out a fundamental aspect of the law, which is the ethical justification. Therefore, one of the challenges of legal philosophy right now is give back the ethical dimension of law without returning to the dogmatism of natural-law. This challenge will be called the positivist challenge, and to overcome it, the ideas of Kantian ethics and its source of transcendental validity will be required. These ideas will be developed from the reason in its practical function, under the assumption of the idea of freedom.

KEY-WORDS: Natural Law, Legal Positivism, The Sources of Legal Validity, Ethics, Morality, Legitimacy, Claim to Correctness, Kant, Freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO NO POSITIVISMO	11
2.2 O positivismo jurídico e a superação do direito natural: delimitação do conceito.....	18
2.3 O positivismo jurídico e o fundamento de validade do direito	23
2.3.2 <i>O fundamento de validade do direito em Hart</i>	29
2.3.3 <i>O fundamento de validade do direito em Bobbio</i>	34
2.4 O desafio positivista	38
3 CRÍTICA AO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO NO POSITIVISMO JURÍDICO	41
3.1 Crítica fraca: o problema da arbitrariedade	43
3.2 Crítica forte: o problema da justificação	50
3.2.1 <i>O argumento da legitimidade</i>	50
3.2.2 <i>O argumento da pretensão de correção</i>	57
3.3 Por que deve ser superado o desafio positivista?	65
4 A ÉTICA KANTIANA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO	69
4.1 Pressupostos para a compreensão da ética kantiana	70
4.2 Divisão da ética kantiana: a moral e o direito.....	79
4.3 A coação como condição de possibilidade do direito	84
4.4 O fundamento de validade do direito em Kant	90
4.5 A ética kantiana é capaz de superar o desafio positivista?	95

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
-------------------------------------	------------

REFERÊNCIAS.....	103
-------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto o fundamento de validade do direito, questão da qual se ocupa o pensamento jusfilosófico desde as origens, quando o homem passou a pensar-se a partir das relações com os outros homens, também sujeitos de direitos e obrigações. O direito tem a função de regulamentar as condutas humanas de modo a possibilitar a vida em sociedade e, para isso, impõe aos indivíduos condutas obrigatórias, cuja observância é geralmente assegurada através da coerção. Nesse contexto, o direito se coloca, inevitavelmente, diante da exigência de fundamentação de suas proposições, pois, se impõe condutas, deve dizer quais são as condutas que devem ser impostas, de onde são extraídas e o que possibilita dizer que determinadas ações são boas, corretas e, por isso, devem ser adotadas e impostas preferencialmente a outras ações possíveis.

Como observa Alexy (2004b), a polêmica acerca do que funda a validade do direito nada mais é do que a polêmica acerca do que é o direito e, em que pesem as infindáveis discussões travadas durante séculos, o problema da definição do direito gravita, basicamente, em torno de sua relação com a moral. Distinguem-se, então, duas posições contrapostas: de um lado, a dos que defendem que o direito deve, necessariamente, poder ser fundamentado com recurso à moral, e, de outro lado, a dos que afirmam uma independência absoluta entre o direito e a moral, no plano da fundamentação.

No primeiro grupo situam-se as correntes jusnaturalistas que se desenvolveram desde a antiguidade até a modernidade, quando foram definitivamente superadas pelo positivismo jurídico, a partir da proposição de um fundamento de validade formal para o direito, despidido de qualquer conteúdo material. A passagem do fundamento material para o fundamento formal do direito constitui o ponto de partida da investigação, que objetiva realizar uma análise crítica dos problemas decorrentes da proposta positivista e apontar um caminho para a sua solução, que será buscado com retorno à ética kantiana e seu fundamento transcendental de validade.

O trabalho percorrerá as seguintes etapas: no capítulo 2, será feita uma breve análise do fundamento de validade do direito no pensamento jusnaturalista (seção

2.1), seguida da delimitação conceitual do positivismo jurídico (seção 2.2) e exposição das teorias de seus principais representantes, nos limites da investigação proposta (seção 2.3). O objetivo inicial é mostrar como se deu a passagem do fundamento de validade material (jusnaturalismo) para o fundamento de validade formal do direito (juspositivismo), com o que concluirei que a superação do direito natural legou à filosofia do direito um problema de justificação, que chamarei de desafio positivista (seção 2.4).

O capítulo seguinte (capítulo 3) será destinado à justificação do problema apresentado, por meio da crítica ao fundamento de validade do direito no positivismo jurídico. Serão analisadas algumas das mais recorrentes objeções formuladas, com a dupla finalidade de refutar os argumentos que não se sustentam (seção 3.1) e apontar os problemas realmente encontrados na fundamentação positivista do direito (seção 3.2). Concluindo, procurarei demonstrar por que deve ser superado o desafio positivista.

Por fim, após a apresentação do problema e sua justificação, passarei, no capítulo 4, ao estudo da ética kantiana, que terá início com a verificação dos pressupostos necessários à sua compreensão e seus conceitos fundamentais (seção 4.1), seguida da exposição de sua divisão (seção 4.2), do papel da coação como elemento essencial do direito (seção 4.3) e, finalmente, da análise do fundamento transcendental do direito em Kant (seção 4.4). O capítulo será concluído com a verificação da hipótese apresentada, quando então tentarei demonstrar que a ética kantiana é capaz de superar o desafio positivista (seção 4.5).

A investigação, portanto, pode ser sintetizada em três questões centrais, que tentarei responder: (I) qual o problema decorrente da passagem do fundamento material para o fundamento formal do direito, (II) por que ele deve ser superado e (III) como ele pode ser superado. Se a hipótese se confirmar, então nós teremos a indicação de um caminho para a superação de um dos principais desafios da filosofia do direito de nosso tempo, que consiste em devolver ao direito a sua dimensão ética sem, no entanto, retornar a um direito natural heterônomo que o positivismo jurídico, com boas razões, se esforçou para superar.

2 O FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO NO POSITIVISMO

"O direito tal como é, é a expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Melhor seria se os mais fortes fossem também os mais justos." (Norberto Bobbio).

Hart inicia a sua mais importante obra com a observação de que poucas questões concernentes à sociedade humana são postas com tanta persistência ao longo dos séculos e são objeto de tantas investigações como a questão acerca do que é o direito (HART, 2005, p. 5). As definições historicamente propostas pelos juristas e filósofos são as mais diversas, e seu exame foge aos limites do presente trabalho, mas é possível afirmar, com segurança, que o direito constitui uma ordem de conduta humana, ou seja, um conjunto de normas destinado a regulamentar as ações humanas e, assim, possibilitar a vida em sociedade.

Quando nos voltamos para a análise de uma ordem normativa em particular, a pergunta "o que é o direito?" é, na verdade, a pergunta por "qual é o direito?": queremos saber, no âmbito de todas as ações humanas possíveis, quais são as que devem e quais são as que não devem ser praticadas, ou, em outras palavras, o que é permitido e o que é proibido; e quais são as consequências advindas da inobservância dessas determinações, o que viabiliza, pelo menos em tese, a convivência pacífica entre os indivíduos alcançados pela ordem normativa em questão.¹

Uma vez que são várias as condutas humanas possíveis, uma outra questão se apresenta: qual o critério para se eleger as condutas que devem ser permitidas ou proibidas? A questão diz respeito ao fundamento de validade do direito, e dela se ocupa o pensamento jusfilosófico desde as suas origens. O fundamento de validade do direito, ao longo da história, é encontrado ora na crença em um direito superior

¹ Kelsen refere-se ao direito como uma ordem social, ressaltando que o seu caráter coativo assegura a manutenção da coesão entre os indivíduos, protegendo o interesse da comunidade: "Na medida, porém, em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela somente regula, de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere - imediata e mediadamente - a um outro indivíduo. É a conduta de um indivíduo em face de um, vários ou todos os outros indivíduos, a conduta recíproca dos indivíduos, que constitui o objeto desta regulamentação. [...] Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas [...]" (2009, p. 34-35).

que vincula o direito positivo, ora na vontade de um soberano, ora na vontade popular que se manifesta por representantes eleitos democraticamente.

O jusnaturalismo, doutrina segundo a qual o direito posto retira a sua validade de um direito natural hierarquicamente superior, foi, em suas várias manifestações, a concepção predominante desde a antiguidade até princípios do século XIX. O fundamento de validade do direito positivo até a modernidade é, portanto, material. A definição de direito natural, contudo, modificou-se ao longo dos séculos.² Seguindo a sistematização de Welzel (1974), para quem o jusnaturalismo pode ser dividido em antigo, cristão-medieval e moderno, farei uma breve síntese do fundamento de validade do direito desde a antiguidade até a modernidade, quando a crença em um direito natural foi paulatinamente dando lugar à crença em um fundamento de validade formal do direito, pensamento que teve o seu apogeu na doutrina do positivismo jurídico.

2.1 O fundamento de validade do direito no pensamento jusnaturalista

A análise crítica do jusnaturalismo não constitui o objetivo central do presente estudo, embora seja oportuna, para a compreensão da abordagem positivista do problema do fundamento de validade do direito, a breve exposição das principais manifestações do pensamento jusnaturalista desde a sua origem.³

O jusnaturalismo é a corrente do pensamento jurídico que acredita na existência de um direito natural acima do direito positivo, que fundamenta-o e confere-lhe validade. A ideia de um direito natural, desde a origem, está ligada à ideia de justiça: o homem teria determinados direitos que independem de seu

² Radbruch observa que "Desde o seu alvorecer até princípios do século XIX, pode dizer-se que toda a Filosofia do Direito foi a doutrina do *Direito Natural*. Esta designação abrange, certamente, manifestações da mais variada índole. O direito natural da antiguidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normas; o da Idade Média, em torno da antítese direito divino-direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual" (1997, p. 62). Entendo que o extenso período compreendido pela doutrina do direito natural é um fator determinante para a existência de suas diversas manifestações.

³ O exame profundo do fundamento de validade do direito no jusnaturalismo foi feito por Travessoni Gomes em *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen* (2004), obra que servirá de guia para a contextualização aqui proposta.

reconhecimento pelo direito positivo, e este só será um direito justo (e, portanto, válido) se não contrariar a lei superior.

A fundamentação do direito positivo em uma lei superior aparece pela primeira vez, de forma clara,⁴ no período pré-socrático, no episódio de Antígona, como assinala Travessoni Gomes. Antígona desobedece a lei do rei Creonte e enterra o irmão Polínices, morto em duelo com Etéocles. Para isso, apóia-se nas "leis não escritas, perenes, dos deuses", que a obrigam a não deixar insepulto o irmão morto (SÓFOCLES, 2001, p. 36).⁵ Em Antígona, "o *ethos* [...] atinge o *status* de lei natural de origem divina, que vincula o direito positivo, conferindo-lhe validade." (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 43). O jusnaturalismo surge, portanto, no período arcaico grego, caracterizando-se pela crença em uma lei divina que emana dos deuses e à qual deve conformar-se a lei dos homens.

No século V a.C., a partir do florescimento da cultura helênica em Atenas, a Filosofia se desvia das considerações sobre o cosmos e passa a concentrar-se no homem, fenômeno a que Truylol y Serra (1990) denomina de passagem do período cosmológico para o período antropológico da filosofia grega. O problema do fundamento de validade do direito manteve-se no centro da preocupação jusfilosófica ao longo de toda a antiguidade, mas o direito natural já não era buscado nos deuses. Com os sofistas, a quem é atribuída a separação entre filosofia e religião, a concepção de justiça era derivada da contraposição entre *physis* e *nomos*, entre o que depende do arbítrio do homem e o que depende da natureza; em Sócrates, a lei escrita deveria ser baseada na lei não escrita extraída da análise que a alma faz de si mesma (consciência); em Platão, a justiça será desenvolvida a partir da dualidade sensível/supra-sensível, aparecendo como ideia da razão que informa o Estado; em Aristóteles, a justiça é o exercício da virtude, que se orienta por uma lei natural que visa o bem da comunidade da *polis*; até os estóicos, para quem a

⁴ Antes do episódio de Antígona, podem ser encontradas alusões esparsas a leis superiores, como em alguns escritos de Homero, mas a invocação de um direito natural como fundamento do direito positivo aparece pela primeira vez, de forma clara, na referida peça de Sófocles.

⁵ O diálogo é assim reproduzido: "Creonte: Tu, podes retirar-te para onde queres,/ de acusações condenatórias estás livre./ E tu, declara sem rodeios, sinteticamente./ Sabias que eu tinha proibido essa cerimônia? Antígona: Sabia. Como poderia ignorá-lo? Falaste abertamente. Creonte: Mesmo assim ousaste transgredir minhas leis? Antígona: Não foi, com certeza, Zeus que as proclamou,/ nem a justiça com trono entre os deuses dos mortos/ as estabeleceu para os homens./ Nem eu supunha que tuas ordens tivessem o poder de superar/ as leis não-escritas, perenes, dos deuses,/ [visto que és mortal./ Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas/ são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram./ Por isso, não pretendo, por temor às decisões/ de algum homem, expor-me à sentença/ divina. [...]]" (SÓFOCLES, 2001, p. 35-36).

concepção de direito e justiça será fundada na universalidade da razão, entendida como uma lei da natureza, eterna, que governa todo o cosmos, servindo de base para o direito positivo e definindo o critério do justo (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 45 *et seq.*).

A reaproximação entre direito e religião é novamente verificada durante o período medieval do jusnaturalismo, marcado pela forte influência da Igreja Católica e de seus pensadores:

Na Idade Média, todo pensamento foi dominado pela Igreja Católica e suas doutrinas. O Jusnaturalismo medieval é, pois, o Jusnaturalismo cristão, marcado pela tendência teocêntrica. Como ressalta Welzel, o Deus da Bíblia é criador do mundo e legislador dos homens, estabelecendo as normas que separam o justo do injusto. A mais remota aparição do direito natural cristão encontra-se em Paulo, na Epístola aos Romanos, quando afirma que são justos aqueles que fazem o que manda a lei, que está escrita no coração dos homens. (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 70).

Os principais expoentes desse período são Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino.⁶ Em Santo Agostinho, o direito positivo (lei temporal), encontra seu fundamento de validade na *lex aeterna*, que é "a Razão suprema de tudo, à qual é preciso obedecer sempre e em virtude da qual os bons merecem vida feliz e os maus vida infeliz." (AGOSTINHO, 1995, p. 41). A lei eterna é imutável, comunicada ao homem (criado à imagem e semelhança de Deus) pela lei natural e, como observa Travessoni Gomes, é "fundamento do justo e de tudo que existe na lei temporal." (2004, p. 72).

Santo Tomás de Aquino parte do mesmo pressuposto de que o homem é imagem e semelhança de Deus e desenvolve um tratado da justiça com grande influência aristotélica. Como observa Salgado, é dessa premissa de fé que consagra o homem como imagem e semelhança do Criador que os tomistas extraem o fundamento de validade do direito, que é primeiramente a pessoa humana (fundamento imediato), depois a comunidade humana (fundamento relativo) e, em última instância, Deus, autor da natureza humana e de toda ordem moral (SALGADO, 1995, p. 60).

⁶ Para uma síntese da ideia de justiça em Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino: SALGADO, 1995, p.57-70.

Assim, no jusnaturalismo medieval, o direito natural é representado pela lei divina, eterna e imutável, em uma palavra, a lei de Deus, à qual deve conformar-se o direito dos homens.⁷

O Renascimento trouxe profundas modificações na estrutura teológica de fundamentação do direito, própria do jusnaturalismo medieval. Durante o período renascentista, o teocentrismo medieval deu lugar ao antropocentrismo humanista, colocando o homem no centro do sistema filosófico (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 78). Com isso, mesmo os defensores da existência de um direito natural superior ao direito positivo inclinaram-se na busca por um fundamento de validade do direito compatível com essa nova maneira de pensar. A vontade divina já não é mais suficiente para justificar o direito. O homem, mais do que nunca, recorre à racionalidade, passando a crer que mesmo o direito natural pode ser deduzido da razão. A modernidade, portanto, assiste à laicização da doutrina do direito natural.

O período moderno do jusnaturalismo pode ser dividido em três estágios, seguindo a classificação de Bodenheimer (1966, p. 48). No primeiro estágio, que têm como referências centrais Grócio e Hobbes, o direito natural e a justiça são confiados à vontade do governante. Grócio foi quem, na modernidade, primeiro separou o direito natural da religião e, por isso, é considerado o fundador do jusnaturalismo moderno. Para ele, o direito natural se fundamenta na reta razão e na inclinação que os homens têm de se organizar em sociedade, transferindo o poder para um governante que passa a ter um direito particular de mando (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 81).⁸

Hobbes, principal continuador da doutrina de Grócio, não acredita na inclinação do homem para a vida social, mas na existência de um estado de

⁷ Bobbio observa que na Idade Média "o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens. [...] Desta concepção do direito natural como direito de inspiração cristã derivou a tendência permanente no pensamento jusnaturalista de considerar tal direito como superior ao positivo." (2006, p. 25-26).

⁸ Na definição de Grócio, "O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena." (GROTIUS, 2004, p. 79). O filósofo esclarece o conceito de reta razão: "Filon de Alexandria [20? a.C. - 20 d.C] escreve em seu livro: [...] 'A reta razão é uma lei que não sabe mentir. Não foi escrita para os mortais por esse ou aquele mortal. Não foi desenhada, lei sem vida, sobre folhas ou colunas inanimadas. Ela não teria como se corromper, porquanto foi gravada pela natureza imortal num intelecto imortal.'" (GROTIUS, 2004, p. 79). Nos limites da presente investigação, interessa-nos a ruptura entre direito e religião, passando o primeiro a fundamentar-se, essencialmente, no contrato que transfere para o governante o poder de mando. Para uma melhor compreensão do direito natural em Grócio, remetemos o leitor à citada obra do próprio filósofo e a OLIVEIRA (2009).

natureza em que há guerra entre os homens (o homem é o lobo do homem). Nesse estado não há direito. Assim, para sair do estado de natureza e assegurar a sobrevivência, o homem celebra o contrato que cria "o grande Leviatã" (HOBBS, 1999, p. 146), ou seja, o Estado, a quem é transferido o poder de produção das normas.⁹ A identificação do justo e do injusto com a ordem estatal representa a primeira aparição do fundamento de validade formal na modernidade (TRAVESSONI GOMES, 2004, p. 82), o que levou Mata Machado a sugerir que Hobbes pode ser considerado "o primeiro positivista jurídico" (MATA MACHADO, 1995, p. 90).

Confiar a um soberano o direito e a justiça trouxe os problemas decorrentes da concentração de poder. Por isso, no segundo estágio do jusnaturalismo moderno surge a preocupação em estabelecer os limites para a atuação do soberano, razão pela qual o direito natural e a justiça são confiados à separação de poderes. Os principais representantes desse período são Locke e Montesquieu.

Locke, ao contrário de Hobbes, acreditava que o estado de natureza era um estado de paz, liberdade e igualdade, governado por uma lei natural que compelia os homens à auto-preservação. A lei natural leva os homens a não lesar os seus semelhantes. Cada homem é o seu próprio juiz, e compete a cada um exigir a reparação de lesões praticadas, o que pode conduzir a um estado de guerra. Assim, a sociedade política é criada não para a superação do estado de natureza, mas para a sua conservação. E para impedir a tirania e a arbitrariedade governamental, Locke estabeleceu a divisão de poderes em legislativo, executivo e federativo, este destinado a manter a união dos membros da sociedade, garantindo a coesão do Estado frente a ameaças externas. A doutrina de Locke foi complementada por Montesquieu a partir da elaboração de um sistema político capaz de assegurar a observância da lei da natureza, mantendo-se a tripartição de poderes, mas com a substituição do poder federativo pelo poder judiciário, este com a função de julgar os

⁹ De acordo com Hobbes, "A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de os defender das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante o seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir as suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. [...] Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: 'Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem ou Assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.'" (1999, p. 146).

crimes e dirimir as divergências entre os indivíduos (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 84).¹⁰

O terceiro estágio do jusnaturalismo moderno é, segundo a classificação proposta, aquele em que o direito natural é confiado à vontade geral. Este período tem em Rousseau e Kant seus maiores expoentes. Rousseau, ao contrário de Grócio, não vê no homem uma inclinação natural para a vida em sociedade, seguindo Hobbes no que se refere à existência de um estado de natureza hostil, que acaba compelindo o homem para a vida em sociedade. A diferença é que no estado de natureza não há guerra, mas apenas um egoísmo passivo, uma indiferença entre os homens. Assim, em um determinado momento os homens não mais conseguem viver no estado de natureza e o abandonam, realizando um pacto social (contrato social), na linha de Hobbes: "quando entra o Estado, o homem cede todos seus direitos à comunidade, não tendo, portanto, nada a reclamar." (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 86).¹¹

Em Rousseau, o Estado nada mais é do que a representação da vontade geral, o que significa dizer que a soberania é popular. A vontade geral é o fruto da participação popular no processo de elaboração das leis, que, portanto, não ficam a cargo do soberano. Essa, em minha opinião, é a mais importante contribuição do pensamento de Rousseau: pela primeira vez, surge a ideia de liberdade como autonomia, ou seja, os indivíduos são livres para elaborar as leis que irão governá-los. Com Rousseau, o homem se submete à lei que livremente ajudou a criar.

Como adiante veremos, a ideia de liberdade constitui o fundamento da moral e do direito em Kant, embora seja tratada não no plano empírico, como em Rousseau, mas no plano transcendental. Isso significa que, para Kant, não é necessário que todos os homens participem diretamente da produção das leis, mas que cada lei, como produto da razão, possa valer enquanto lei universal. Essas são as bases para a estruturação do fundamento de validade do direito a partir da ética

¹⁰ As teorias da separação de poderes de Locke e Montesquieu são expostas, respectivamente, no Livro XIII do *Segundo tratado sobre o governo civil* (2006) e no Livro XI do *Espírito das leis* (1997).

¹¹ O contrato social de Rousseau é por ele assim definido: " 'Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente.' Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social. As cláusulas deste contrato são de tal modo determinadas pela natureza do ato, que a menor modificação as tornaria vãs e de nenhum efeito; [...] Todas essas cláusulas, bem entendido, se reduzem a uma única, a saber, a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, em favor de toda comunidade; porque, primeiramente, cada qual se entregando por completo e sendo a condição igual para todos, a ninguém interessa torná-la onerosa para os outros." (1965, p.30).

kantiana, à qual retornaremos no Capítulo 4. Antes, porém, de passarmos ao seu estudo, cumpre examinar que tratamento foi dado pelo positivismo jurídico ao problema do fundamento de validade do direito, para, a seguir, empreender a crítica aos problemas daí resultantes.

2.2 O positivismo jurídico e a superação do direito natural: delimitação do conceito

O século XVIII foi, na Europa, marcado pela influência do Iluminismo e pelo processo de codificação do direito, que teve início com a promulgação do Código Civil dos Franceses (Código Napoleônico) em 1804. A Escola da Exegese, que reuniu os grandes comentadores do Código Napoleônico, marca o início do processo de desvinculação entre o direito positivo e o direito natural,¹² movimento que, como já se observou, teve o seu apogeu no século XIX, com a doutrina do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico tem como pressuposto fundamental a negação do direito natural (GARCÍA MÃYNEZ, 1968, p. 70), vale dizer, a crença de que somente o direito positivo existe, não podendo a Ciência do Direito estabelecer critérios de validade para o direito que extrapolem a validade formal (TRAVERSONI GOMES, 2007, p. 160). O positivismo jurídico, portanto, representa a passagem do fundamento de validade material do direito característico do jusnaturalismo para o fundamento de validade formal, a partir da negação de um direito natural ao qual deve conformar-se o direito positivo, seja ele qual for. No entanto, o termo positivismo jurídico oferece dificuldades em sua conceituação, decorrentes do fato de que comporta várias teorias que, embora semelhantes em pontos fundamentais, apresentam significativos aspectos distintivos (TRAVERSONI GOMES, 2004, p. 162).¹³ É necessário, portanto, delimitar o conceito, a partir da análise do contexto

¹² Bonnecase exalta o caráter profundamente estadista da doutrina exegética, que se observa, dentre outros exemplos, na seguinte frase de Moulon: "Somente ao legislador pertence o direito de determinar, dentre as numerosas e algumas vezes tão controvertidas regras de direito natural, as que são igualmente obrigatórias." (BONNECASE, 1944, p. 158). Para a compreensão da relação direito positivo - direito natural na Escola da Exegese, consultar a referida obra.

¹³ Ferraz Jr. observa que o termo positivismo jurídico é equívoco: "Neste sentido, fala-nos Erik Wolf, por exemplo, de um 'positivismo prático-jurídico', de um 'sociológico-pragmático', de um 'teórico-

histórico do surgimento do positivismo jurídico e do estabelecimento de suas principais características.

Embora os juristas comumente discordem acerca das origens do positivismo jurídico, filio-me à corrente que entende serem basicamente duas as causas que concorreram para o seu surgimento: o advento do positivismo filosófico e o aumento da produção legislativa verificado na Europa a partir do século XVIII, como produto da formação do Estado moderno.¹⁴

O termo positivismo pode ser tomado em duas acepções, como observa Cabral de Moncada:

O conceito e a expressão de Positivismo podem ser tomados em duas acepções, uma restrita e lata a outra. Na primeira acepção, dá-se este nome ao sistema de idéias filosóficas fundado pelo francês AUGUSTE COMTE (1798-1857) e propagado posteriormente pelo seu mais fiel discípulo, EMILE LITTRÉ (1801-1881). Na segunda, serve ele para designar um movimento bastante mais vasto, dentro do qual cabem numerosas escolas e tendências do séc. XIX, dentro e fora da França, em matéria de filosofia, de métodos científicos, de psicologia, de sociologia, de história, de direito e de política. (1995, p. 306 *et. seq.*).

O positivismo filosófico representa uma nova postura que, impulsionada pelos ideais iluministas, apóia-se na negação de toda metafísica como forma de conhecimento, restringindo o estudo à observação dos fatos:

Mas todos sabem que Auguste Comte dotou a palavra *positivismo* de um novo sentido, mais geral e filosófico; que esse novo *positivismo científico* se define pelo propósito de aplicar a todas as questões, inclusive as humanas, morais, sociais, os métodos científicos modernos; de se restringir ao estudo dos *fatos*. (VILLEY apud MATOS, 2006, p. 19).

filosófico', de um 'político' e de um 'ateísta não-religioso' [...]." O autor assinala que o próprio termo *positivismo* não é unívoco, designando tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham (2010, p. 31-32).

¹⁴ Para Bodenheimer (1966), o positivismo jurídico teria surgido em decorrência direta do positivismo filosófico. Esse não é o entendimento de Dimoulis, para quem "O PJ não deve seu nome e seu objeto de estudo à visão positivista que foi desenvolvida nas ciências humanas a partir do século XIX. [...] Independentemente de influências recebidas por abordagens positivistas nas ciências e na filosofia, o positivismo jurídico se relaciona causalmente com o processo histórico de derrota do direito natural e substituição das normas de origem religiosa pelas leis estatais nas sociedades européias da Idade Moderna, fenômeno esse que foi analisado como 'surgimento da *positividade* do direito'." (2006, p. 67-68). Travessoni Gomes (2004) observa ser possível e acertada a conciliação das duas posições, acrescentando, ainda, como causa do surgimento do positivismo jurídico, as manifestações do pensamento jurídico contrárias à ideia de um direito natural. Entendo que essas manifestações, embora certamente estejam relacionadas ao processo histórico-evolutivo de surgimento do positivismo jurídico, guardam antes uma relação direta com o aumento da produção legislativa a partir da formação do Estado moderno, esta sim, causa imediata do fenômeno em exame.

Ferraz Jr., com referência ao próprio Comte, observa que o objetivo é "reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica." (*coordination de faits*) (2010, p. 31). Essa postura filosófica repercutiu nas diversas searas do conhecimento, inclusive no direito, levando o jurista a analisar somente o dado jurídico positivo e, assim, afastar do plano do direito toda forma de especulação que transcende a possibilidade de verificação científica. É nesse sentido que o positivismo filosófico constitui a base do positivismo jurídico enquanto teoria, como assevera Miranda Afonso:

Geralmente, o que se entende por 'positivismo' jurídico, nesse caso, é simplesmente uma atividade que consiste unicamente no estudo do direito positivado, posto na experiência histórico-social, ou seja, no estudo do direito positivo. Usado nesse sentido, o termo positivismo jurídico se reveste de uma significação por demasiado ampla. [...] Mas é o positivismo jurídico enquanto teoria, que se sustenta nos postulados de um sistema filosófico, que nos interessa mais imediatamente. É do positivismo jurídico, enquanto teoria, que podemos extrair características comuns, ainda que ele se apresente sob siglas diversas. E, conforme diz Brimo, o positivismo jurídico passa da 'religião do texto', do plano do método, ao grau de teoria quando se insere em um amplo movimento de idéias: o positivismo filosófico do século XIX. (1984, p. 52-53).

A par do positivismo filosófico, o aumento da produção legislativa e a formação do Estado moderno, trazendo consigo as codificações e o florescimento das escolas jurídicas que iniciaram o processo de dessacralização e negação do direito natural (como a Escola da Exegese na França, a Escola Histórica, a Jurisprudência dos Conceitos e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha)¹⁵ são também fatores decisivos para a formação e consolidação do pensamento juspositivista. Com efeito, para Bobbio (2006, p. 26), a passagem da concepção jusnaturalista à positivista que dominou todo o século XIX e que ainda hoje prevalece em grande parte está ligada à formação do Estado moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval. O direito, então, assiste à concentração da produção e aplicação das leis pelo Estado, e é esse, afirma Bobbio, o momento decisivo do reconhecimento de uma única forma de direito, qual o direito positivo:

¹⁵ Para o estudo dessas escolas e de outras que integram o pensamento jusfilosófico da modernidade: CAMARGO (2003, p. 61-134).

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*.[...] eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais. (2006, p. 27-29).

Travessoni Gomes observa, com Bobbio, que as codificações exauriram o direito natural, que a essa altura já cumprira sua missão: "A idéia de um código foi de cunho jusnaturalista: acreditava-se poder atingir, por meio da razão, determinados princípios de direito, imutáveis e válidos universalmente. A partir do momento em que esses princípios são positivados, o direito natural não tem mais função" (2004, p. 171). Também Mata Machado aponta ser inevitável a superação histórica do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico,¹⁶ ao seguinte argumento:

Racionalizado, reduzido a conceito "inventado" pelo espírito, sem qualquer referência às circunstâncias e às situações concretas, históricas, fáticas, existenciais da condição humana, o direito natural dos jusnaturalistas estaria fadado, em breve, apenas iniciado o século XIX, a ser completamente elidido pelos que não vêem outro objeto para o Direito senão o estudo de normas originárias da vontade estatal, expressa sob as mais diferentes formas. (1995, p. 88).

Delineadas, portanto, as origens históricas do positivismo jurídico, passo à verificação de suas principais características, tarefa necessária por ser essa corrente do pensamento sujeita a tantos equívocos interpretativos e até distorções, devidos em grande parte à compreensão inadequada de seus pressupostos fundamentais.¹⁷

¹⁶ O autor se refere ao período moderno do jusnaturalismo (jusracionalismo).

¹⁷ Este fenômeno é notado por Hoerster na obra *Em defesa del positivismo juridico* (2000, p. 10), em que observa que teses reiteradamente imputadas aos juspositivistas por seus adversários nunca foram sustentadas pelos próprios juspositivistas. Também Dimoulis assinala que "Os partidários do pós-positivismo, como, em geral, os críticos do positivismo jurídico, constroem uma imagem caricatural de seu adversário teórico que não encontra correspondência nos escritos dos mais conhecidos juspositivistas do século XX", apontando como principais características equivocadamente atribuídas aos positivistas (I) a aplicação mecânica da lei, (II) a legitimação incondicional do direito (o simples fato de ser uma norma válida asseguraria a sua justiça) e (III) a incoerência (alguns autores positivistas, em partes de seus escritos, teriam admitido posições jusnaturalistas) (2006, p. 53-58).

Como já se assinalou, o ponto de partida para a definição do positivismo jurídico é a negação da existência do direito natural. A partir daí, podemos enumerar outras características que não necessariamente são compartilhadas por todos os juspositivistas. Realizarei mais adiante uma exposição das teorias dos principais representantes dessa corrente do pensamento jurídico (Kelsen, Hart e Bobbio), colocando em relevo os principais aspectos de cada uma delas nos limites da presente investigação. Para o momento, num esforço de delimitação do conceito, admitirei, com Brimo (citado por Miranda Afonso), as seguintes características do positivismo jurídico em geral:

1 - O direito positivo é o direito efetivamente aplicado, editado pelas diferentes fontes; 2 - O método tomado por empréstimo às ciências experimentais é o que permitirá a elaboração de uma ciência jurídica digna do nome de ciência; 3 - A rigorosa separação entre o direito e a moral, o direito positivo e o direito natural, o direito efetivamente aplicado e o direito ideal, o direito e a política, como condição de elaboração de uma ciência jurídica autônoma; 4 - O direito constitui um sistema lógico que se esgota em si mesmo, sem necessitar de uma hierarquia de valores inseridos nos sistemas naturalistas ou idealistas; 5 - A separação entre o positivo e o ideal, entre o real e o metafísico, não significa a negação da importância de um sistema de valores no direito, significa que o direito como ciência, a moral e a metafísica têm objetos diferentes; 6 - Toda doutrina positivista é uma doutrina monista. (MIRANDA AFONSO, 1968, p. 52-53).

Essas características, em minha opinião, podem ser sintetizadas em três premissas, que definem o positivismo jurídico em geral. São elas (I) a negação do direito natural como ordem normativa superior que vincula o conteúdo do direito positivo (fundamento formal do direito); (II) a separação entre direito e moral; e (III) a concentração do poder de criação e aplicação do direito na figura do Estado (monismo). Outras características atribuídas ao positivismo jurídico, notadamente a defesa de um modelo normativo apenas de regras e não também de princípios, a supremacia do código sobre a Constituição e a interpretação mecânica, é preciso dizer, não são sustentadas pelos principais positivistas, o que permite a conclusão de que não são características do positivismo jurídico. São, antes, fruto de uma má compreensão da essência do pensamento juspositivista, o que leva alguns autores a sustentar que este modelo encontra-se superado e, por isso, nada mais tem a contribuir para o direito (TRAVERSSONI GOMES, 2007, p. 156).

Uma vez delineados os contornos históricos e conceituais, já temos as bases para a análise do fundamento de validade do direito no positivismo jurídico, o

que será feito a seguir, partindo da breve exposição das concepções de Kelsen, Hart e Bobbio acerca do problema. Isso possibilitará uma conclusão geral do fundamento de validade do direito no pensamento juspositivista.

2.3 O positivismo jurídico e o fundamento de validade do direito

Um exame atento das características definidoras do positivismo jurídico permite antever como essa corrente do pensamento analisa o problema do fundamento de validade do direito. O distanciamento dos ideais jusnaturalistas de conformação do direito positivo a uma lei superior e universal, o rigor metodológico traduzido na pretensão de afastamento de qualquer influência moral do âmbito do direito e a negação de qualquer forma de direito que não aquela proveniente do Estado,¹⁸ tudo isso aponta para a busca por um fundamento formal do direito, ou seja, um critério de validade que possa ser encontrado no interior do próprio sistema jurídico.

A concepção de um fundamento de validade formal do direito pressupõe algumas exigências, que podem ser assim elencadas: (I) o direito deve ser concebido como um conjunto de regras (ou normas); (II) essas regras ou normas devem estar dispostas de forma hierárquica, de modo que a norma superior remeta à inferior e esta, por sua vez, seja decorrente daquela; (III) deve haver uma norma superior a todas as outras que estabeleça os critérios para a produção das demais normas do sistema.

Os modelos concebidos pelos principais teóricos do positivismo jurídico observam essa estrutura fundamental. Os caminhos trilhados por cada um deles, não obstante, apresentam particularidades, que devem ser examinadas para a

¹⁸ A afirmação de que o positivismo jurídico nega qualquer forma de direito que não aquela proveniente do Estado deve ser entendida como a negação do direito natural enquanto ordem normativa superior que vincula o conteúdo do direito positivo, ou seja, somente o Estado pode criar o direito. Não é correta a afirmação, comumente aceita, de que o positivismo jurídico admite como única fonte do direito a lei escrita, o que leva a uma equivocada equiparação deste modelo a um legalismo que mais se aproxima de determinados momentos da Escola da Exegese. O costume, os precedentes e outras fontes do direito são aceitas pelos principais positivistas como direito posto, desde que conformes à norma fundamental ou à regra de reconhecimento que confere validade ao ordenamento jurídico. Os conceitos de norma fundamental e regra de reconhecimento serão abordados nas seções seguintes.

melhor compreensão do todo. A seguir, veremos como se dá a construção do conceito de direito e sua fundamentação nas teorias de Kelsen, Hart e Bobbio, ao que se seguirá uma síntese do problema do fundamento de validade do direito no positivismo jurídico.

2.3.1 O fundamento de validade do direito em Kelsen

A definição de direito proposta por Kelsen na *Teoria Pura do Direito* parece remeter diretamente ao problema do fundamento de validade, uma vez que o direito se apresenta, para ele, como uma ordem de conduta humana, e uma ordem nada mais é do que "um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade" (KELSEN, 2009, p. 33). Quero com isso dizer que, em Kelsen, o direito parece ser definido em função de seu fundamento de validade, ou seja, o fundamento de validade parece ser um elemento definidor do direito:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? (2009, p.216).

No esquema concebido por Kelsen, em que o direito é um conjunto de normas hierarquicamente dispostas, uma dada norma de um dado sistema jurídico só pode fundamentar-se em uma norma superior que autoriza a sua elaboração, e esta, da mesma forma, encontrará o seu fundamento em uma norma superior, e assim sucessivamente, até a norma que confere o fundamento de validade de todo o sistema. Esta norma, que situa-se no topo do sistema, é denominada norma fundamental (*Grundnorm*), e por não ter nenhum fundamento anterior, só é possível na medida em que for pressuposta:

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). (2009, p. 217).

Para explicar a norma fundamental, Kelsen recorre a um exemplo da Bíblia. A norma que diz que devemos amar os nossos inimigos se fundamenta no fato de Jesus, o Filho de Deus, ter assim ordenado no Monte Sinai. Nesse caso, o fundamento de validade de todo o sistema apóia-se em uma norma superior segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos do Filho de Deus. A pergunta "por que devemos obedecer aos mandamentos do Filho de Deus?" não pode ser respondida. Para os que acreditam em Deus e submetem-se ao seu ordenamento, essa obediência é pressuposta.

Kelsen, contudo, não admite a possibilidade de uma ordem superior da qual o direito retira a sua validade, e é precisamente aí que sua teoria se afasta das concepções jusnaturalistas. Matos argumenta que, embora a Teoria Pura do Direito e as doutrinas jusnaturalistas tenham em comum o fato de que em ambas o fundamento de validade do direito é exterior ao ordenamento jurídico-positivo, há entre elas uma diferença basilar: a norma fundamental kelseniana é jurídica, o que significa dizer que o fundamento de validade do direito encontra-se no próprio direito, e não em ordens ou elementos meta-jurídicos (MATOS, 2006, p. 246). Daí decorre que a validade do direito, para Kelsen, não está vinculada a nenhum conteúdo, mas à forma de criação do direito, o que afasta do plano jurídico qualquer juízo de valor.¹⁹

Ao pressupor a norma fundamental, Kelsen afirma que o direito se fundamenta, em última instância, na norma que prescreve que os indivíduos devem se conduzir conforme os mandamentos do direito positivo. Tal afirmação levou muitos críticos da Teoria Pura do Direito a equiparar a norma fundamental

¹⁹ Para Kelsen, o direito se distingue de outras ordens normativas como a moral e a religião pelo fato de que há um monopólio do Estado do estabelecimento e aplicação dos atos de coação estatuídos pela ordem jurídica como sanções. Para uma compreensão da concepção kelseniana de Estado e sua relação com o direito, remeto o leitor à obra *Teoria geral do direito e do Estado* (2005), do próprio autor.

kelseniana a uma espécie de direito natural. Raymond Martin foi um deles, tendo afirmado que a *Grundnorm* é "[...] prima próxima, senão irmã do direito natural" (1997, p. 392).²⁰ A crítica, em minha opinião, não se sustenta pelo fato de que a Teoria Pura do Direito não se propõe a oferecer uma *justificação* para o direito em bases materiais, mas um *pressuposto* que possibilite a compreensão e descrição do direito. Kelsen, de fato, não se preocupou em justificar o direito, o que permite concluir que o problema da justificação persiste em sua teoria; isso, contudo, não significa que o autor reconheça a validade de uma outra ordem jurídica para além do direito positivo, nos moldes do direito natural.

Na verdade, a chave para a compreensão do fundamento de validade do direito em Kelsen encontra-se no caráter descritivo que ele atribui à Ciência do Direito.²¹ Kelsen se propõe a analisar o direito como ele é, e não como deveria ser, afastando do direito qualquer tipo de especulação meta-jurídica, como assinalam Almeida e Bittar:

As categorias do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*) são os pólos com os quais lida Hans Kelsen, para distinguir realidade e Direito, que caminham em flagrante dissintonia, em sua teoria. Mais precisamente, é com a quebra da relação ser/dever-ser que pretende Hans Kelsen operar para diferir o que é jurídico (fenômeno jurídico puro) do que é não jurídico (cultural, sociológico, antropológico, ético, metafísico, religioso). A Teoria Pura do Direito propõe-se a uma análise estrutural de seu objeto, e, portanto, expurga de seu interior justiça, sociologia, origens históricas, ordens sociais determinadas etc. A ela não se defere a tarefa de empreender todo esse estudo, mas de empreender uma sistematização estrutural do que é jurídico, propriamente dito. (2010, p. 389-390).

Em Kelsen, portanto, a ideia de justiça - que desde a antiguidade se encontra na base da fundamentação do direito - é retirada do plano jurídico, dando lugar à norma fundamental que, como observa Matos, não é justa nem injusta, nem tampouco legítima qualquer ordem transcendente que rivaliza com a positiva (MATOS, 2006, p. 249-250). A Teoria Pura do Direito, rompendo com uma tradição

²⁰ No original: "[...] proche cousine, sinon soeur du droit naturel".

²¹ Kelsen situa-se entre os positivistas analíticos, que são aqueles que se ocupam da análise e interpretação das regras jurídicas efetivas. O positivismo analítico é definido por Bodenheimer por distinção ao positivismo sociológico, que investiga não as regras jurídicas como tais, mas os fatores que levaram à sua produção (BODENHEIMER, 1966, p. 113). Kelsen se afasta do positivismo sociológico porque analisa o direito não como fato social (ser), mas como norma (dever-ser). Por outro lado, Travessoni Gomes observa que a pretensão kelseniana de depuração da Ciência do Direito de valorações ético-políticas e influências sociológicas confere à sua forma de positivismo um caráter peculiar, já que embora todos os positivistas neguem a existência do direito natural, nem todos separam o fato da norma, o que constitui uma distinção fundamental em Kelsen (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 186-187).

milénar, não tem a pretensão de estabelecer uma conformação entre direito e justiça, como, aliás, foi esclarecido pelo próprio autor:

[...] a norma fundamental da Teoria Pura do Direito não pode ser - como o direito natural - um critério de apreciação do direito positivo e também não pode, conseqüentemente, ter a função que ao direito natural cumpre exercer em face do mesmo direito positivo e em razão da qual a teoria jusnaturalista é contraposta à teoria do direito positivo: a função ético-política da justificação. (1963, p. 171).

Eis um dado de suma importância. Kelsen realiza a completa separação entre a moral e o direito, afirmando a independência deste em relação àquela, negando qualquer possibilidade de fundamentação do direito pela moral. Nas palavras do próprio autor, "A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral" (KELSEN, 2009, p. 75).²² Bodenheimer observa que:

Qualquer objetivo social, seja ele qual for, pode ser alcançado por uma lei. 'O direito pode ter qualquer conteúdo; não há conduta humana que não sirva de conteúdo a uma norma jurídica.' A possibilidade de existência do direito natural é categoricamente negada por Kelsen. O direito não é 'uma ordem sagrada e eterna, mas sim um compromisso assumido por forças sociais em conflito', e ao conceito de direito são estranhas 'qualquer conotações morais'. (1966, p. 122).

Essa separação só é possível em decorrência da pureza metodológica adotada por Kelsen, que nega a existência de valores absolutos e defende uma Ciência do Direito avaliativa, neutra, pura (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 210). A moral e a justiça não são, para Kelsen, valores absolutos, já que podem variar num Estado, de acordo com a época. Mesmo em uma dada sociedade em particular podem conviver, ao mesmo tempo, concepções diversas de moral ou justiça,

²² A distinção jusfilosófica entre moral e justiça, embora possa ser relevante, foge aos limites do presente trabalho. Adotarei o posicionamento de Dimoulis, para quem ambas as questões se confundem no plano do direito, o que entendo suficiente: "Em torno da definição da justiça e da moral se desenvolvem intermináveis controvérsias. Mesmo assim, a maioria dos doutrinadores modernos considera que a questão da justiça se confunde com a questão da moral. A moral estabelece os comportamentos 'justos', ou seja, os comportamentos adequados e aceitos em determinada sociedade. Nesse sentido, a moral impõe aos membros da sociedade determinados padrões de comportamento, seguindo o critério do justo. Por sua vez, a pessoa que é moralmente correta deve fazer o justo adotando regras de comportamento conforme o ideal da justiça social. Em palavras mais simples, a moral se identifica com a justiça no campo jurídico porque nunca aquilo que é imoral pode ser considerado justo, nem aquilo que é visto como injusto pode ser considerado como moralmente correto." (2010, p. 20-21).

variando de acordo com a classe social, a profissão ou a origem religiosa dos indivíduos. Por essa razão, por ser a justiça um valor de impossível definição e caracterização, fica afastada qualquer pretensão de conexão entre esta e o direito:

Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do direito é independente da validade de uma norma de justiça - o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas - é justamente o princípio do positivismo jurídico. (KELSEN, 1998b, p. 11).

E ainda:

A norma fundamental de uma ordem jurídica não é de forma alguma uma norma de justiça. Por isso, o direito positivo, isto é, uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com o direito natural, que se apresenta com a pretensão de ser o direito justo. (KELSEN, 1998b, p. 117).

Conclui-se, assim, que em Kelsen não há espaço para indagações que vão além da pressuposição da norma fundamental que prescreve a observância do direito positivo. Nessa perspectiva, o direito se confunde com o Estado, e a busca pela justificação de um seria a busca pela justificação do outro:

Na teoria de Kelsen não há espaço para se indagar se a validade da ordem jurídica é devida ao seu valor intrínseco, à justiça de seu conteúdo, se é devida ao consenso da comunidade social à que as normas jurídicas se dirigem, se decorre da harmonia entre os valores contidos nas normas jurídicas e os valores acolhidos pela comunidade social (MIRANDA AFONSO, 1984, p. 268).

Dado o monismo kelseniano em relação à Teoria do Estado, a norma fundamental constitui-se, também, fundamento de validade do Estado. Se direito e Estado são a mesma coisa, nada mais natural que o fundamento de validade daquele seja, também, o deste. A busca do fundamento de validade do direito se confunde, portanto, com a indagação da natureza do poder constituinte." (TRAVERSONI GOMES, 2004, p. 230).

Kelsen, portanto, traz o problema do fundamento de validade do direito para o interior do próprio sistema jurídico (fundamento formal). O fundamento do direito se encontra no próprio direito, e nada além disso é possível afirmar. Assim é que Kelsen encerra o debate: como a norma fundamental não pode ser posta em discussão (porque é pressuposta) e é ela própria o fundamento de validade do

direito, logo o próprio fundamento de validade do direito não é posto em discussão. Por isso, o direito positivo, para Kelsen, não pode ser fundamentado.²³ Ele é pressuposto.

2.3.2 O fundamento de validade do direito em Hart

A proposta de Hart em *O Conceito de Direito* é também descritiva, como já anunciado no prefácio da obra que o autor define como "um ensaio sobre teoria jurídica analítica, porque diz respeito à clarificação do quadro geral do pensamento jurídico, em vez de respeitar à crítica do direito ou da política legislativa" (2005, p.1).

A elaboração do conceito de direito de Hart tem início com a análise da proposição de Austin formulada em *The province of jurisprudence determined* (1832), segundo a qual o direito é uma ordem baseada em ameaças. Embora reconheça que esta proposição esteja em conformidade com o que a maioria dos juristas entende ser o direito, Hart afirma que ela é insuficiente para uma correta definição do instituto, e se põe a demonstrar o que precisa ser refutado e o que precisa ser complementado para que o objetivo seja alcançado. A conclusão a que chega o autor é a de que o direito é melhor definido (ou pelo menos melhor compreendido) como um sistema auto-referencial de regras primárias e secundárias, em que as regras primárias são entendidas como as regras de obrigação, aquelas por força das quais aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas ações, quer queiram ou não, e as regras secundárias são entendidas como as que "asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação"

²³ Nesse sentido, dizer que o direito positivo não pode ser *fundamentado* significa dizer que não pode ter uma *justificação* que extrapole a sua validade formal. O direito positivo, para Kelsen, tem um fundamento de validade (a *Grundnorm*), que é pressuposto e, exatamente porque é pressuposto, não pode ser justificado. Portanto, ao afirmar que o direito positivo em Kelsen não pode ser fundamentado, estou afirmando que ele não pode ser fundamentado para além do plano formal, ou seja, não pode ser justificado. O esclarecimento se faz necessário para afastar a contradição aparente das afirmações *o fundamento do direito positivo é formal e o direito positivo não pode ser fundamentado*.

(2005, p. 91).²⁴ As regras secundárias são de três tipos: reconhecimento, alteração e julgamento. A regra de reconhecimento é assim definida por Hart:

Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. [...] Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação. (2005, p. 104).

A regra de alteração é a que "confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas" (HART, 2005, p. 105). Por fim, as regras de julgamento "dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. [...] Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir." (HART, 2005, p. 106). A estrutura de combinação apresentada constitui a própria descrição do direito, como Hart conclui:

Se voltarmos atrás e considerarmos a estrutura que resultou da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, é evidente que temos aqui não só o coração de um sistema jurídico, mas um instrumento poderosíssimo para a análise de muito daquilo que tem intrigado, quer o jurista, quer o teórico político. (2005, p. 107).

²⁴ O autor, contudo, reconhece os limites da definição proposta, advertindo que não se presta a esgotar o tema, mas oferecer um caminho seguro para uma melhor compreensão do direito: "Mas concluiremos este capítulo com uma prevenção: embora a combinação das regras primárias e secundárias mereça o lugar central que lhe é atribuído, porque explica muitos aspectos do direito, não pode por si só iluminar todos os problemas. A união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico; mas não é o todo, e à medida que nos afastarmos do centro teremos de acomodar, pelos modos indicados nos capítulos seguintes, elementos de uma natureza diferente." (HART, 2005, p. 108-109). E ainda: "A nossa justificação para atribuir à união das regras primárias e das secundárias este lugar central não consiste em que elas desempenharão aí a função de um dicionário, mas antes que elas têm um grande poder explicativo." (HART, 2005, p. 169). Sobre a concepção de direito como sistema, Morrison, analisando o conceito de direito em Hart, esclarece que "O direito só existe na medida em que suas regras constituem um sistema; portanto, o conceito de 'direito' envolve e requer o conceito de um 'sistema jurídico' que o contenha." Segundo Morrison, são as seguintes as condições para a existência do sistema jurídico concebido por Hart: "Há duas condições mínimas, e ambas são analíticas e empíricas: (i) as regras válidas 'devem ser obedecidas em termos gerais'; esta condição implica o comportamento dos cidadãos/sujeitos jurídicos. (ii) As regras secundárias de um sistema 'devem ser efetivamente aceitas pelas autoridades como padrões públicos comuns de comportamento oficial'" (2006, p. 441).

A regra de reconhecimento ocupa um lugar de destaque no esquema de Hart, porque constitui o fundamento de validade do direito. Nas palavras do autor, "[...] que uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação. É esta situação que merece, admitindo que alguma o mereça, ser designada como fundamento de um sistema jurídico." (2005, p. 111). A regra de reconhecimento é o elemento que distingue o modelo de regras anteriormente concebido por Austin do modelo de Hart, como observa Barzotto:

O modelo austiniano estabelece como fundamento de um sistema jurídico a situação social em que uma pessoa ou grupo de pessoas soberanas, que não obedecem habitualmente a ninguém, recebem a obediência da maioria de um grupo social. Para Hart, ao contrário, o fundamento de um sistema jurídico consiste na situação social em que os membros de um grupo e as autoridades possuem um critério comum de identificação das regras primárias de obrigação. Esses critérios podem ser: a referência a atos legislativos; a prática consuetudinária, a decisões judiciais tomadas como precedentes, etc. (2007, p. 103).

O fundamento de validade do direito em Hart é, assim como em Kelsen, formal, pois se encontra no interior do próprio sistema jurídico: "Dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema." (HART, 2005, p. 114). A regra de reconhecimento desempenha o mesmo papel da norma fundamental de Kelsen. É a regra última, a que estabelece o critério de avaliação das demais regras do sistema e, como tal, é também pressuposta (ou, utilizando a terminologia de Hart, "aceita"), não pode ter a sua validade questionada:

Só necessitamos da palavra "validade" e só a usamos comumente para responder a questões que se colocam *dentro* de um sistema de regras onde o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende de que ela satisfaça certos critérios facultados pela regra de reconhecimento. Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para tal utilização (HART, 2005, p. 120)

Barzotto qualifica a regra de reconhecimento de Hart como a regra suprema do sistema, porque ela é a última a ser invocada em um processo de validação. Assim, um decreto do Executivo é considerado válido se foi elaborado em conformidade com uma lei. Esta lei, por sua vez, será considerada válida se foi

emanada nos termos previstos pela constituição. A constituição é válida porque a regra de reconhecimento diz que aquilo que está disposto na constituição é direito. "Com a regra de reconhecimento", afirma o autor, "a fundamentação da validade alcança seu termo, pois ela contém critérios para determinar a validade de outras regras, mas não há uma regra à qual se apele para determinar a sua validade." (BARZOTTO, 2007, p. 104).

Enquanto a chave para a compreensão do fundamento de validade do direito no modelo descritivo de Kelsen encontra-se na distinção entre ser e dever-ser, em Hart o fundamento de validade do direito só pode ser compreendido da perspectiva interna do sistema, sendo fundamental, em sua teoria, a distinção entre validade e eficácia. A afirmação acerca da validade do direito é uma *afirmação interna*, "porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida." (HART, 2005, p. 114). A afirmação acerca da eficácia do direito, por outro lado, é uma *afirmação externa*, "porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam." (HART, 2005, p. 114). A perspectiva externa de observação do direito, que diz respeito à eficácia, não guarda relação com a validade do sistema, como esclarece Hart:

Se por eficácia se quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a *sua* eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios, como fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz. (2005, p. 115).

Hart, portanto, nega a possibilidade de fundamentação de um sistema jurídico através de qualquer fator exterior ao próprio sistema, rejeitando toda fundamentação do direito em bases metafísicas. Para ele, é um erro supor que a afirmação de que uma regra é válida "deve atribuir-lhe [à regra] uma qualquer propriedade misteriosa que não pode ser detectada por meios empíricos", como também é um erro supor que a afirmação de que uma regra é válida constitui uma profecia acerca do comportamento futuro dos tribunais (2005, p. 116). Assim como Kelsen, Hart prega

uma teoria moralmente neutra que, apoiando-se em um relato descritivo do direito, afasta qualquer pretensão de justificação. Isso não significa dizer que o positivismo de Hart nega a possibilidade de justiça ou mesmo a existência da moral enquanto valor presente em uma sociedade.²⁵ Tal suposição, aliás, é expressamente refutada:

[...] não pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite. (2005, p. 201).

O que Hart afirma - como, de resto, afirmam todos os positivistas - é a impossibilidade de preceitos de moral ou de justiça servirem de fundamento para um sistema jurídico, o que, uma vez mais, pretende justificar pela natureza descritiva de sua análise do direito:

Sustento neste livro que, embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas. Um aspecto desta forma de separação do direito e da moral é o de que pode haver direitos e deveres que não têm qualquer justificação ou eficácia morais. [...] Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas actuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isso independentemente dos méritos formais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência. (2005, p. 331-332).

Concluimos, então, que Hart, assim como Kelsen, também traz o problema do fundamento de validade do direito para o interior do próprio sistema jurídico, vale dizer, o fundamento de validade do direito em Hart é também puramente formal. Tal como fizera Kelsen, Hart encerra o debate com recurso a uma regra última que não pode ser posta em discussão e é ela própria o fundamento de validade do direito.

²⁵ Hart trabalha as relações entre direito, moral e justiça nos capítulos VIII e IX de *O conceito de direito* e no pós-escrito através do qual responde a algumas críticas à referida obra (capítulo 5). Este último foi incorporado à segunda edição de *O conceito de direito*, editada por Bulloch e Raz (1992), e também foi incluído na edição em língua portuguesa aqui utilizada. Hart dedicou também um ensaio ao assunto, publicado na *Harvard Law Review* sob o título *Positivism and separation of law and morals* (1958). A análise profunda da relação entre o direito e a moral em Hart, no entanto, foge aos limites da presente investigação. É suficiente, para os objetivos deste trabalho, a demonstração da impossibilidade de fundamentação do direito através da moral, tal como feito nesta seção.

Deste modo, o direito positivo não pode, em última instância, ser fundamentado. Ele é simplesmente aceito pelo grupo social e pelas autoridades que se encontram sob o manto da sua regulamentação.

2.3.3 O fundamento de validade do direito em Bobbio

A obra de Bobbio foi decisivamente influenciada pelo pensamento de Hobbes, como o próprio Bobbio reconhece em seus escritos autobiográficos: “[...] reconheço. Hobbes foi um dos meus principais autores. Sobre ele me debrucei de tempos em tempos durante toda a minha vida.” (1997, p. 117). Bobbio enxergou no Estado hobbesiano, concebido para a superação do estado de natureza, o Estado moderno, que representa a superação da sociedade medieval. Esta era uma sociedade pluralista, caracterizada pela fragmentação do direito, que por sua vez se apresentava como um fenômeno produzido pela sociedade civil. O surgimento do Estado moderno marca a monopolização da produção jurídica por parte do Estado e, conseqüentemente, “a passagem da concepção jusnaturalista à positivista que dominou todo o século passado [século XIX] e que domina em grande parte até agora.” (BOBBIO, 2006, p. 26). Bobbio, portanto, parece atribuir a Hobbes - mais especificamente ao método hobbesiano e à sua racionalidade - a origem do pensamento juspositivista: “Fiquei impressionado”, afirma ele, “sobretudo pela inovação de Hobbes em relação ao método. O discurso de Hobbes já não se fundamentava no princípio da autoridade, histórica ou revelada, [...] mas em argumentos exclusivamente racionais.” (1997, p. 117-118).²⁶

Bobbio também reconhece que seu pensamento é, no campo do direito, influenciado de forma decisiva pela *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, que foi a obra inspiradora dos dois cursos que integram a sua Teoria Geral do Direito (*Teoria da Norma Jurídica e Teoria do Ordenamento Jurídico*):

²⁶Dimoulis concorda com Bobbio, acentuando que o Estado, tal como concebido por Hobbes, possibilita uma análise objetiva do direito, na medida em que o critério fundamental da juridicidade não se encontra no valor que se possa atribuir às normas, mas na capacidade de seu criador (do Estado) de impô-las efetivamente na realidade social mediante coação. “Em razão disso, Hobbes, é tido como o mais importante precursor do positivismo jurídico, apesar das diferenças com a perspectiva juspositivista moderna que, teoricamente, se resumem no fato de Hobbes justificar e legitimar o direito positivo em vista de sua capacidade de ordenar e pacificar a sociedade” (DIMOULIS, 2006, p. 69).

Kelsen era familiar entre os juristas e os filósofos do direito da época. Fiz dele um de meus autores e, no campo da teoria do direito, o autor por excelência. Nunca neguei que os dois cursos são de inspiração kelseniana, e qualquer leitor um pouco atualizado sobre a disciplina pode perceber isso: para começar, é kelseniana a distinção entre teoria da norma (singular) e teoria do ordenamento (conjunto estruturado de normas), ainda que a tese central e unificante de ambos os cursos, segundo a qual a definição do direito, não é buscada, como acontecia tradicionalmente, nos caracteres distintivos da norma, mas nos do ordenamento, é bastante influenciada pela doutrina italiana da instituição, que ainda hoje desfruta de um sucesso renovado. (2008, p. XI).

Como já haviam feito Kelsen e Hart, Bobbio desde logo delimita o objeto de seu estudo, esclarecendo que o ponto de vista a partir do qual se propõe a analisar o direito é formal, no sentido de que a norma jurídica é considerada tão somente em sua *estrutura*, independentemente de seu conteúdo (BOBBIO, 2008, p. 49). A teoria de Bobbio situa-se, assim, no plano da validade. O autor não despreza o fato de que o direito pode ser estudado também do ponto de vista de seu conteúdo (se as normas são justas ou injustas) ou de sua eficácia (se são ou não seguidas pelos seus destinatários); apenas ressalva que estes estudos competem, respectivamente, à ética e à sociologia jurídica. Uma teoria geral do direito deve ocupar-se do problema ontológico do direito, ou seja, da análise do direito como ele é, e não do problema deontológico (o direito como deveria ser) ou fenomenológico (o direito do ponto de vista de sua eficácia). Estes três critérios possíveis de valoração da norma jurídica - justiça, validade e eficácia - são independentes um do outro e dão origem a problemas distintos, o que significa dizer que a validade do direito não depende de sua justiça ou eficácia, e vice-versa. Essa distinção é fundamental para a compreensão do fundamento de validade do direito em Bobbio, como adiante veremos.

Como ponto de partida, Bobbio aceita a definição kelseniana de direito - o direito como uma ordem normativa. Seu conceito de direito, no entanto, vai além, porque coloca em relevo não as normas jurídicas tomadas de forma isolada, mas o ordenamento. Ao definir o direito não apenas como norma, mas como ordenamento, Bobbio pretende dar ênfase ao aspecto da *organização*. Não é a simples existência de um conjunto de normas que constitui o elemento definidor do direito, mas o fato de as normas estarem organizadas para a consecução de fins. Estes fins são a organização da própria sociedade, por meio da imposição de condutas obrigatórias

aos seus membros.

Para que se possa falar em um ordenamento, Bobbio entende que devem ser satisfeitas duas exigências, que ele denomina de *validade* (ou *pertinência*) e *unidade*. Por validade, entende-se a necessidade de se estabelecer um critério para determinar quais normas integram o ordenamento; por unidade, entende-se ser necessário um princípio unificador dessas normas, já que um amontoado de normas esparsas não pode ser considerado um ordenamento. Ambas as exigências, segundo Bobbio, somente podem ser atendidas na medida em que se pressupõe uma norma fundamental, ou seja, uma norma "que é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento." (2008, p. 211). O autor explica: dizer que uma norma é válida significa, segundo ele, que é obrigatório conformar-se a ela. E se é obrigatório conformar-se a ela, isso quer dizer que a não conformação suscita a intervenção de um juiz, atribuindo uma sanção. É necessário, portanto, que tanto os juízes como os cidadãos saibam quais são as normas válidas. Mas como isso ocorre? A primeira condição para que uma norma seja considerada válida é que tenha sido emanada por uma autoridade que tinha legitimamente o poder de emanar normas jurídicas.²⁷ Essa autoridade só pode ser atribuída por uma norma superior do ordenamento, e assim de grau em grau, sucessivamente. Isso, segundo Bobbio, conduz ao poder constituinte, que é o poder normativo do qual derivam todas as outras normas. "O poder constituinte é o poder último, ou, se preferirmos, supremo, originário, num ordenamento jurídico." (2008, p. 208). Então, dado o poder constituinte como poder último, é necessário pressupor uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas. Essa é, precisamente, a norma fundamental, aquela que constitui o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento:

Desse modo podemos responder que é possível estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento: remontando de grau em grau, de poder em poder, até a norma fundamental. E, tendo em vista que a pertinência ao

²⁷ São três as operações necessárias para a verificação da validade de uma norma: "1) verificar se a autoridade que a emanou *tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas*, ou seja, normas obrigatórias aquele determinado ordenamento jurídico [...]; 2) verificar se não foi *ab-rogada*, tendo em vista que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada por um poder autorizado para tanto, mas não significa *que ainda seja válida*, o que ocorre quando uma outra norma sucessiva no tempo a ab-rogou expressamente ou regulou a mesma matéria; 3) verificar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também é chamado de *ab-rogação implícita*), sobretudo com uma norma hierarquicamente superior [...]" (2008, p. 26-27). Me atenho, aqui, à primeira etapa, que diz respeito ao fundamento de validade do ordenamento.

ordenamento significa validade, podemos concluir que uma norma é válida quando pode ser reconduzida, não importa se através de um ou mais graus, à norma fundamental. Então diremos que a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento; em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*. (BOBBIO, 2008, p. 210)

Além da validade, a outra exigência que deve ser atendida para que se possa falar em um ordenamento é a unidade. A unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam reduzidas a uma norma única da qual todas as outras derivem, direta ou indiretamente. Essa norma única só pode ser a norma fundamental, que é a norma da qual deriva o poder originário.²⁸

Todo ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar a justo título de "ordenamento". A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com percursos mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem remontar a uma única norma. (BOBBIO, 2008, p. 200).

A norma fundamental, portanto, cumpre simultaneamente um duplo papel: ela (I) funda a validade do ordenamento jurídico e (II) assegura a unidade do sistema. Daí resulta que a própria noção de ordenamento não pode ser dissociada da concepção da norma fundamental, como observa Bobbio:

Portanto, não só a exigência da *unidade* do ordenamento, mas também a exigência de fundar a validade do ordenamento nos induzem a postular a norma fundamental, que é ao mesmo tempo o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento. E, tendo em vista que um ordenamento pressupõe que exista um critério para estabelecer a pertinência das partes ao todo e um princípio que as unifique, não pode haver ordenamento sem norma fundamental. Uma teoria coerente do ordenamento jurídico e a teoria da norma fundamental são indissociáveis. (2008, p. 211).

²⁸ Bobbio define o poder constituinte ou originário como "o conjunto das forças políticas que, num determinado momento histórico, tomaram a dianteira e instauraram um novo ordenamento jurídico" (2008, p. 214). Contudo, não lhe convém, do ponto de vista de uma teoria geral do direito, uma análise histórico-político-social do momento da ruptura com uma ordem anterior e fundação de uma nova ordem originária. O fundamento do direito, sob essa interessante perspectiva, é feito por Derrida em *Força de lei: o fundamento místico da autoridade* (2007).

Verificamos, a partir da Teoria do Ordenamento Jurídico, que o fundamento de validade do direito é pressuposto. A norma fundamental é condição de possibilidade da existência do ordenamento. Ela cumpre, num sistema normativo, a mesma função a que são destinados os postulados num sistema científico. Para Bobbio, a pergunta pelo fundamento de validade da norma fundamental é uma pergunta mal formulada, pois não se pode indagar do fundamento do fundamento: "À pergunta 'em que ela se funda', deve-se responder que ela não tem nenhum fundamento, pois, se o tivesse, deixaria de ser a norma fundamental, mas existiria uma outra norma superior da qual ela depende." (2008, p. 211). E se isso constitui um problema, Bobbio dirá, não se trata mais de um problema jurídico, "mas um problema cuja solução deve ser buscada fora do sistema jurídico, ou seja, fora daquele sistema em que é postulada a norma fundamental." (2008, p. 211-212). A busca pelo fundamento de validade da norma fundamental é, em última instância, a busca pela justificação do poder, tarefa que, como vimos, foge aos limites de uma teoria do direito. É assim que Bobbio retorna à sua proposta inicial que, sendo descritiva, não dá lugar a qualquer pretensão de legitimação ou justificação do direito:

Aqueles que temem que com a norma fundamental, como foi aqui concebida, se opere a redução do direito à força, preocupam-se menos com o direito que com a justiça. Mas essa preocupação é descabida. A definição do direito, tal como foi aqui acolhida, não coincide com a da justiça. A norma fundamental consiste no fundamento do direito tal como ele é (o direito positivo), não do direito tal como deveria ser (o direito justo). Ela autoriza os que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força, simplesmente por ser desejado pelo poder originário, seja justo. Ela dá uma legitimação jurídica do poder, não uma legitimação moral. O direito tal como é, é a expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Melhor seria se os mais fortes fossem também os mais justos. (2008, p. 216)

2.4 O desafio positivista

O positivismo jurídico é o ápice de um momento importante da história do pensamento jusfilosófico, pois representa a ruptura definitiva com um modelo que reinou absoluto desde a antiguidade, de conformação do direito positivo a um direito natural superior que fundamenta-o e confere-lhe validade. Esse momento deve ser

compreendido dentro do contexto histórico, filosófico, político, social e cultural em que se insere. O positivismo jurídico é, ao mesmo tempo, um produto do pensamento que então se difundia largamente sob a influência do iluminismo e de seus ideais, que no campo das ciências se traduziram na crença de que todo conhecimento possível decorre da observação dos fatos, e não de suposições metafísicas; e das circunstâncias históricas que levaram à superação da sociedade medieval, pluralista, pelo Estado moderno, que chamou para si a tarefa de dizer qual o direito válido. É nesse contexto que se pode falar em um positivismo jurídico como teoria, apoiado nos pressupostos da negação de qualquer forma de direito que não a derivada do Estado;²⁹ de uma neutralidade axiológica e pureza metodológica, que intentam depurar o direito de toda influência a ele estranha, inclusive a moral e a justiça.

O direito é, então, compreendido como sistema, um sistema autopoietico que funda a sua validade em seu próprio interior. Kelsen o define como um conjunto de normas, Hart como a união de regras, Bobbio como ordenamento. Em todas essas definições, o direito é o direito posto, aquele que se impõe de forma obrigatória aos indivíduos, e é assim que ele se diferencia das demais ordens normativas como a religião e a moral. A inobservância do direito atrai a intervenção do Estado por meio da aplicação de uma sanção. Sendo assim, é necessário um critério que estabeleça quais, dentre tantas normas existentes, são normas de direito, válidas, portanto obrigatórias. Esse critério é, na teoria de Kelsen aceita também por Bobbio, a norma fundamental, e na teoria de Hart, a regra secundária de reconhecimento. Ambas cumprem o mesmo e duplo papel, de fundar a validade do sistema jurídico e assegurar a sua unidade. O fundamento de validade do direito é, assim, puramente formal. É pressuposto, condição de validade, e à Ciência do Direito não é dada ir além.

A razão pela qual não se pode estabelecer um fundamento de validade do direito para além do plano formal é, para os positivistas, muito simples: não se pode indagar do fundamento do fundamento sem incorrer num regresso ao infinito, a menos que se busque uma resposta fora do sistema do direito (em uma lei divina, em uma lei natural ou em um acordo de vontades fictício). Do ponto de vista científico, no entanto, não pode o direito ser fundamentado senão com recurso à

²⁹ Vide nota nº 17.

uma norma pressuposta ou aceita que prescreva o cumprimento do direito pelos seus destinatários, como um postulado. Por isso, os positivistas são unânimes em afirmar que uma teoria do direito não pode ter a pretensão de oferecer uma justificação para o direito, mas apenas uma descrição do seu objeto.

A abordagem descritiva do direito característica do positivismo jurídico não enfrenta diretamente o problema do fundamento de validade do direito, como constatou Goyard-Fabre: "A teoria positivista do direito descreve o direito independentemente de toda problemática de constituição" (2007, XXVII). Essa é uma conclusão lógica, como já demonstrado: se a norma fundamental não pode ser posta em discussão (porque é pressuposta) e é ela própria o fundamento de validade do direito, logo o próprio fundamento de validade do direito não é posto em discussão. O mesmo se pode dizer em relação à regra de reconhecimento de Hart, que é também pressuposta (embora Hart rejeite o termo *pressuposta*, preferindo *aceita*). Portanto, a conclusão a que chegamos é a de que o positivismo jurídico atendeu aos anseios de superação do direito natural, mas legou ao pensamento jusfilosófico um outro problema: o da justificação (ou fundamentação) do direito. Esse o grande desafio de agora, que pode ser definido como o desafio positivista (cf. SALGADO, 2004):

Uma grande questão que enfrenta a filosofia do direito atual é a superação (em sentido positivo) do desafio positivista: como buscar novamente a legitimidade do direito? A filosofia do direito atual precisa superar o referido desafio sem voltar ao dogmatismo jusnaturalista: é preciso superar o positivismo jurídico incorporando-o. (TRAVERSSONI GOMES, 2007, p. 164).

É desse desafio que nos ocuparemos a seguir. Primeiramente, examinarei duas das objeções comumente levantadas ao fundamento de validade positivista (formal) do direito; e por último, buscarei demonstrar como a ética kantiana, que se desenvolveu antes mesmo do surgimento do positivismo jurídico, pode contribuir para a superação do problema apresentado.

3 CRÍTICA AO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO NO POSITIVISMO JURÍDICO

"LUTA - Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares em conflito o direito e a justiça, luta pela justiça." (Eduardo Couture - Terceiro mandamento do advogado).

Criticar o positivismo jurídico e seus representantes se tornou lugar comum em nossos dias. É uma postura comumente aceita, politicamente correta, quase obrigatória. O positivismo jurídico prestou contribuição inegável à Ciência do Direito ao romper definitivamente com o direito natural e seus dogmas que há muito todos ansiavam ver superados. Poucos anos antes de seu desenvolvimento, as monarquias absolutistas, apoiadas em uma pretensa autorização divina, concentravam o poder de dizer o direito aos súditos, que viviam a mercê da arbitrariedade e da insegurança. "O Estado sou eu", afirmou Luis XIV no século XVIII, postura possibilitada pela crença em um direito natural dogmático, cuja superação definitiva é uma contribuição que deve ser creditada, quando menos em boa parte, ao positivismo jurídico.³⁰

O positivismo jurídico, no entanto, é menos lembrado pela contribuição dada ao direito do que pelas críticas que a ele se desenvolveram e ainda se desenvolvem em toda parte. Algumas dessas críticas são de fato procedentes e devem ser consideradas. O positivismo jurídico certamente deixou problemas que precisam ser solucionados, e essa é uma das tarefas da filosofia do direito de nosso tempo. Por outro lado, boa parte dos ataques dirigidos ao positivismo - arrisco-me dizer, a maior parte deles - é fruto da incompreensão absoluta dessa corrente do pensamento jurídico e de suas principais bandeiras. A fim de tratar dessas questões com maior profundidade, retomo, aqui, a discussão iniciada no capítulo anterior, quando nos

³⁰ Se, por um lado, muitas monarquias absolutistas se apoiaram em um pretenso direito natural de origem divina, é preciso dizer que nem todas as correntes jusnaturalistas podem ser identificadas com o absolutismo. Algumas, inclusive, combateram o absolutismo, como as correntes jusnaturalistas tardias influenciadas pelo iluminismo e, em especial, Kant, como veremos no capítulo seguinte. Não pretendo, aqui, estabelecer uma relação de causa e efeito entre correntes do pensamento jurídico (quaisquer que sejam elas) e regimes políticos, mas apenas enfatizar que o positivismo jurídico contribuiu significativamente para a superação do direito natural, concluindo um processo que já há algumas décadas havia se iniciado.

ocupamos da definição do juspositivismo, suas características fundamentais e formulações de seus principais representantes.

O presente trabalho não tem por objetivo realizar uma defesa do positivismo jurídico, mas, ao contrário, buscar soluções para um de seus principais problemas, qual a ausência de uma justificação para a Ciência do Direito que ele se propõe a descrever. A tarefa é, sem dúvida, crítica, mas orientada pela convicção de que uma crítica não tem valor se não se desenvolver a partir de uma justa compreensão da teoria que nos propomos a criticar.³¹ São essas as premissas que orientarão a crítica ao fundamento de validade formal do direito na forma concebida pelo positivismo jurídico, tema que constitui o objeto deste capítulo.

As várias objeções levantadas à fundamentação juspositivista do direito gravitam, todas elas, em torno do mesmo problema fundamental, que remonta à uma conexão necessária entre o direito e a justiça. Segundo Goyard-Fabre, a separação entre o direito e a justiça realizada pelo positivismo jurídico levanta problemas dos mais espinhosos. Se a função do direito é definir o justo, a pretensão de neutralidade axiológica juspositivista retira do direito o que ele tem de mais essencial, representando a negação do próprio direito: "O positivismo jurídico é, no limite, um antijuridismo: seu conceito do direito, a pretexto de neutralidade, nega o direito. [...] as normas jurídicas são desprovidas da dimensão ideal da normatividade" (2007, XXIX).³²

Não me preocuparei em apresentar todas as críticas já empreendidas ao positivismo jurídico e seu fundamento de validade formal, o que demandaria profundas incursões que fogem aos limites deste trabalho. Buscarei apenas desenvolver, em linhas gerais, algumas importantes objeções que, em minha opinião, são suficientes para demonstrar porque o fundamento de validade juspositivista precisa ser superado. A primeira delas é talvez a mais recorrente, e será trabalhada a partir do argumento desenvolvido por Radbruch, segundo o qual a

³¹ É oportuna a observação de Recaséns Siches feita em relação a Kelsen, mas que parece-me extensiva aos demais positivistas, de que os preconceitos e as pré-compreensões de Kelsen atuam - apesar do seu brilhantismo - como uma espécie de rede que deixa passar somente aquelas partes das construções teóricas dos pensadores criticados nas quais é fácil encontrar defeitos e incorreções, especialmente se separadas do seu contexto original (RECASÉNS SICHES, 1970, p. 410).

³² O argumento de Goyard-Fabre, evidentemente, só se sustenta sob o pressuposto de que o direito possui uma vinculação necessária com a moral, posição que os positivistas refutam com boas razões, como visto no capítulo anterior. É necessário, portanto, verificar se essa vinculação necessária entre o direito e a moral (ou a justiça) pode ser demonstrada, o que constitui um dos objetivos do presente capítulo.

doutrina positivista, ao desvincular o direito de todo e qualquer conteúdo axiológico, foi uma das responsáveis diretas pelo surgimento dos regimes totalitários que se desenvolveram na Europa no século XX. Esse é o argumento da arbitrariedade, que chamarei de crítica fraca, procurando demonstrar porque não é possível estabelecer uma relação de causalidade entre a fundamentação do direito juspositivista e o nacional-socialismo ou qualquer outro regime totalitário.

A crítica que entendo apontar para o problema central do fundamento de validade formal do positivismo diz respeito, como já observei, à ausência de uma justificação do direito. Esse argumento, que denominarei de crítica forte, é desenvolvido por dois dos mais importantes teóricos da atualidade, em planos distintos, porém convergentes: Habermas aborda o problema no plano da legitimidade, e Alexy no plano que denomina pretensão de correção (*claim to correctness*). Meu objetivo, ao expor os principais problemas apontados pelos teóricos não positivistas³³ à fundamentação formal do direito, é mostrar porque o desafio positivista precisa ser superado, justificando o retorno à ética kantiana para a proposição de um novo fundamento de validade do direito.

3.1 Crítica fraca: o problema da arbitrariedade

Como observa Dimoulis, uma recorrente acusação formulada contra o positivismo jurídico "é que a visão formalista sobre a validade e a interpretação do direito permite legitimar qualquer vontade política" (2006, p. 257). O positivismo jurídico, para muitos, foi o responsável pelo surgimento do mais bárbaro e sanguinário regime do século XX, o nacional-socialismo. Nas palavras de Almeida e Christmann, "é precisamente a característica avaliativa do Direito Positivo que

³³Travessoni Gomes (2007, p. 154) e Dimoulis (2006, p. 47-48) observam que alguns críticos do positivismo jurídico, notadamente no Brasil, referem-se ao momento atual da filosofia do direito como *pós-positivista*, e a ele reivindicam sua filiação. Não há, porém, até agora, uma definição clara do que seja o *pós-positivismo*, quais as suas principais teses e o que incorpora da doutrina que pretende negar. O termo, aliás, é pouco utilizado fora do Brasil. Dimoulis sugere que talvez fosse preferível a utilização do termo *antipositivismo* para designar o pensamento daqueles que rejeitam a abordagem do positivismo jurídico e se propõem a criticá-la. Não pretendo aqui desenvolver esse estudo. Neste trabalho me limitarei a constatar que não existe, até o momento, uma doutrina do *pós-positivismo* que esteja consolidada como corrente do pensamento jurídico. Por essa razão, adotarei o termo *não positivistas* em referência aos teóricos que se posicionam contrariamente à abordagem positivista ao fundamento de validade do direito (cf. ALEXY, 2004a; 2004b). Voltarei ao assunto mais adiante.

permitiu a experiência do Estado totalitário [...]. A justiça ou injustiça de suas normas nunca foram questionadas." (2004, p. 18).

Um dos mais implacáveis defensores da tese da fundamentação positivista do totalitarismo foi o filósofo alemão Gustav Radbruch, que lecionou nas universidades de Heidelberg, Königsberg e Kiel durante as primeiras décadas do século passado, com especial interesse no estudo do fundamento de validade do direito. Sua obra é comumente dividida em dois períodos, o primeiro denominado positivista e o segundo moralista. O filósofo teria sido um positivista que, com o advento do Estado alemão nazista, passou a adotar uma posição moralista de conformação do direito à justiça.³⁴

Uma das primeiras definições de direito formuladas por Radbruch é feita, à moda positivista, por oposição entre as dimensões do ser (as leis do *precisar*) e do dever-ser (as leis do *dever*):

"Todos os homens morrem" - "Não matarás!": esses dois exemplos dão idéia da diferença entre dois tipos de leis: as leis do precisar e as leis do dever; entre as leis expressando o que se realizará inevitavelmente e as leis que dispõem sobre algo que possivelmente permanecerá irrealizado; entre leis que valem devido à sua concordância com a efetividade do acontecer e entre leis que valem apesar de sua não-concordância com essa efetividade; entre leis que descrevem o mundo real e leis que desenham o projeto de construção de um mundo melhor. Ninguém terá dúvida sobre a categoria em que se enquadram as leis do direito. (1999, p. 1).

A formulação de Radbruch se distancia do positivismo jurídico clássico na medida em que o direito encerra, segundo ele, três valores a que deve servir, quais sejam, o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Esses valores deveriam se harmonizar, o que, no entanto, a imperfeição humana não consente, de modo que eles estão em constante processo de ponderação: "Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade

³⁴ Não existe, na verdade, um consenso acerca do primeiro período do pensamento de Radbruch. Para Hart, há uma clara ruptura entre o período positivista e o período moralista, atribuindo a mudança à experiência do nacional-socialismo (2001, p. 73), posição compartilhada por Perelman, para quem Radbruch foi um positivista declarado, que mudou a sua orientação com o advento do Estado criminoso que foi o nacional-socialista (2000, p. 94-95), e também por Alexy (2004a, p. 51). Essa não é a opinião de Seidel, para quem "Ainda que em sua obra anterior à Segunda Guerra Mundial encontrem-se passagens que indicam uma preferência pela abordagem positivista da validade do direito, Radbruch nunca foi adepto do positivismo jurídico. O autor adotava uma visão moralista do direito com fortes influências jusnaturalistas bem antes do período nacional-socialista, afirmando que o direito positivo deve se orientar aos ideais de justiça." (apud Dimoulis, 2006, p. 259). Essa posição é também sustentada por Wolf e Kaufmann. Dimoulis defende uma posição intermediária, afirmando que Radbruch jamais chegou a aderir plenamente à teoria juspositivista, mas também nunca a rejeitou (DIMOULIS, 2006, p. 259).

por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada." (1997, p. 417). Radbruch viveu em permanente conflito em relação à validade ou invalidade de uma lei injusta ou contrária ao bem comum. Inquietava-o a escolha entre a justiça, o bem comum e a segurança jurídica, e o filósofo permaneceu vacilante durante a maior parte da vida. O estudo de sua vasta obra revela passagens em que parece sustentar ser a segurança jurídica a principal tarefa do direito (RADBRUCH, 1999, p. 25), contrastando com outras em que parece sustentar que a lei injusta deve ceder à justiça (RADBRUCH, 1962, p. 37).

A experiência do nacional-socialismo, contudo, constituiu um grande marco para o pensamento de Radbruch. Vásquez, no prólogo da tradução espanhola de *Gesetzliches Umrecht und Übergesetzliches Recht* (Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal, 1962) observa que os horrores da guerra provocaram no filósofo uma tal impressão que o obrigaram a repensar o seu anterior positivismo, e essa reflexão o levou a rechaçá-lo, por ver na separação entre o direito e a moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência da legalidade, as maiores injustiças.³⁵ Isso levou Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade, ainda que seja válida, não pode ser direito: "*pode* haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados." (1997, p. 417). Este foi, para o filósofo, o grande erro do positivismo jurídico: ao pressupor que todo direito pode ser válido, independentemente de seu conteúdo, não se deu conta de que podem haver leis que, por serem tão injustas, perdem o caráter de jurídicas, não podendo ser reconhecidas como direito. Por isso, em seus últimos escritos, Radbruch formula uma dura crítica ao positivismo jurídico e seu fundamento formal de validade que, para ele, acabaram por desaguar na arbitrariedade, fornecendo as bases jurídicas para a maior barbárie já cometida:

³⁵ No mesmo sentido, Cunha, prefaciando a edição brasileira de *Introdução à ciência do direito*, observa que "Impressionado com as atrocidades cometidas pelos nazistas, que refere nos *Cinco minutos de filosofia do Direito* (1945), [Radbruch] denuncia o positivismo como culpado pela situação de arbítrio implantada na Alemanha durante o Nazismo (*Gesetz und Rech*, 1947), e busca uma fórmula teórica de compatibilidade entre a positividade e a justiça" (1999, X).

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste género à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhe devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor.

Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrarias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro. (1997, p. 415).

A partir daí, o autor propõe um novo conceito de direito que é indissociável da justiça, reiterando o problema da arbitrariedade:

Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro.

Quando se aprova o assassinio de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outra raça, ao mesmo tempo que acto idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do direito e da justiça.

Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o carácter de jurídicas. (1997, p. 416).

A tese segundo a qual a neutralidade axiológica e o fundamento de validade formal defendidos pelo positivismo jurídico foram responsáveis diretos pelo surgimento do nacional-socialismo foi amplamente difundida no período pós-guerra até o início da década de 1970, como observa Rocha Júnior:

Uma das implicações mais relevantes das posições "pós-desastre" de Radbruch é que elas foram assumidas como a referência doutrinária para, no pós-guerra, sustentar e criticar a vinculação entre o direito nazista e o positivismo. Chancelando a posição de Radbruch, Welzel dizia que não se pode esquecer que os juristas formados no positivismo se viram no poder no direito nazista: "O Terceiro Reich tomou por palavra o positivismo". (s.d.).

Perelman já havia feito essa constatação quando, analisando o raciocínio judiciário após 1945, afirmou que "com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, [...] defender a tese de que 'Lei é lei'" (2000, p. 94-95).

Essa posição, contudo, deve ser vista com reservas. Como bem assinala

Dimoulis, a tese traduz um momento de desorientação política após a queda do regime nazista, em que a maioria dos juristas estava à procura de uma teoria do direito que pudesse condenar a barbárie e evitar a sua repetição. Mesmo aqueles que colaboraram com o regime queriam agora distanciar-se de seu passado, atribuindo sua atuação em prol do nazismo a equívocos teóricos e desejando modificar seus posicionamentos. O autor, com referência a Bobbio, descreve esse processo de aproximação entre o positivismo jurídico e o nazismo alemão como *reductio ad Hitlerum*:

O raciocínio aplicado nesses casos é conhecido como *reductio ad Hitlerum*. Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista. Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise da substância. No nosso tema, alega-se que os positivistas aprovam a forma de agir de Hitler. E, já que Hitler encabeçou a pior ditadura do século XX, o positivismo jurídico que se identifica com o nazismo merece a mais firme condenação! (2006, p. 259-260).

Adoto essa linha de raciocínio, entendendo não ser possível afirmar uma relação de causalidade entre a doutrina positivista e a experiência totalitarista europeia do século XX. Várias razões levam a essa conclusão. Antes de mais nada, é preciso lembrar que nenhum dos principais representantes do positivismo jurídico nega a existência da moral e da justiça enquanto valores existentes. Esse é um equívoco interpretativo muito comum e que precisa ser refutado. A preocupação com os valores é uma constante na obra de Kelsen, tendo recebido tratamento sistemático e coerente na *Teoria Pura do Direito* (Matos, 2006, p. 115). Kelsen jamais quis construir uma teoria do *direito puro*, mas uma *teoria pura* do direito. Como Reale já esclareceu, a pureza se refere à teoria - mais especificamente ao método - e não ao próprio direito (REALE, 1985, p. 19).³⁶ A prova maior de que a justiça nunca foi negligenciada no pensamento de Kelsen é o fato de que ele dedicou várias obras à justiça e sua relação com o direito, tais como *O problema da justiça* (1998b), *O que é a justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da*

³⁶ Chamon Júnior reforça a posição de Reale, observando que o ideal de neutralidade e pureza exprimido na *Teoria Pura do Direito* busca livrar o *estudo* do direito, mas não a *criação* de normas jurídicas, de elementos subjetivos, de acordo com a crença de que somente um estudo neutro do direito permitiria considerá-lo como sendo científico (CHAMON JÚNIOR, 2011, p. 396).

ciência (1998c), *A justiça e o direito natural* (1963), *A ilusão da justiça* (1998a), para citar algumas.

De acordo com Matos, a reivindicação de Kelsen ao conceber uma teoria pura do direito deve ser compreendida tendo em vista o momento histórico no qual foi gestada a sua obra maior. O direito era então analisado "de maneira não autônoma, dissolvendo sua especificidade no caudal indiferenciante de outras disciplinas (Sociologia, Filosofia, Psicologia, História etc)." (2006, p. 88). A posição da doutrina tradicional, prossegue o referido autor, esconde um propósito de vincular à teoria jurídica uma ideologia qualquer, sendo precisamente essa a postura repudiada por Kelsen ao objetivar a criação de uma ciência jurídica pura e objetiva, inapta para legitimar ou deslegitimar axiologicamente quaisquer sistemas jurídicos. Esse entendimento também é compartilhado por Recaséns Siches (1963, p. 141), ao observar que a depuração proposta por Kelsen tem em vista duas tendências em especial, a ético-política e a sociológica.

Hart também reconheceu que o processo de construção do direito é indissociável da moral, e refutou expressamente as críticas de que sua teoria nega a possibilidade de justiça em pelo menos duas oportunidades: no já mencionado pós-escrito ao *Conceito de Direito* (2005)³⁷ e no ensaio *Positivism and the separation of law and morals* (1958). Bobbio, por sua vez, cuidou de esclarecer que o direito também pode ser estudado a partir da perspectiva de seu conteúdo (se as normas jurídicas são justas ou injustas), apenas ressaltando que essa perspectiva não compete à teoria do direito, mas à filosofia ou ideologia do direito (BOBBIO, 2008, p. 25-35). Um socialista, afirma ele, pode não reconhecer como justo um ordenamento jurídico que protege a propriedade individual, ao mesmo tempo em que um reacionário pode não reconhecer como justo um ordenamento que permite a greve, mas, apesar disso, nenhum deles terá dúvidas de que o ordenamento italiano, que protege tanto a propriedade individual quanto o direito de greve, é direito válido (BOBBIO, 2008, p. 29). É nessa perspectiva que o direito e a justiça não são, necessariamente, coincidentes, o que é bem diferente de afirmar que essa conexão não deva existir e ser buscada.

Portanto, não é correto afirmar, pelo menos do ponto de vista dos principais representantes do positivismo jurídico, que essa corrente do pensamento nega a

³⁷ Como já assinalai, o pós-escrito foi publicado após a morte de Hart, na segunda edição de *The Concept of Law* (1992).

existência da justiça enquanto valor, bem como a sua relação com o direito. O que o positivismo defende - e insisto nesse ponto, que é importante - é a impossibilidade de fundamentação do direito através da moral, o que é perfeitamente coerente com a sua proposta descritiva do direito, que reserva à ética e à política a tarefa de justificação.

Por outro lado, devemos observar que o positivismo jurídico, ao desvincular a análise do direito de qualquer ideologia, pode se compatibilizar tanto com regimes democráticos quanto com regimes autocráticos, indistintamente. A arbitrariedade e a dominação pela força parecem estar vinculadas antes a circunstâncias políticas, econômicas e sociais do que propriamente jurídicas, sendo no mínimo exagero, para não dizer irrazoável, colocar sobre os ombros do positivismo jurídico a responsabilidade pela barbárie dos regimes totalitaristas, que não por acaso são ditos regimes *políticos*. Esse é, precisamente, o argumento de Dimoulis contra a crítica da arbitrariedade:

Esse argumento não convence. Em sua versão extrema afirma que o positivismo "permitiu a experiência do Estado totalitário na Alemanha". Como uma teoria sobre a validade do direito pode permitir a imposição de um regime político? Todas sabem que as mudanças políticas ocorrem em virtude das lutas políticas e da imposição de interesses de certos grupos sociais; não se baseiam em crenças teóricas e, muito menos, em análises sobre a validade das normas jurídicas. [...] Estamos aqui diante um mito que merece ser "destruído" [...]. (2006, p. 261)

Uma crítica mais consistente diz respeito ao problema da justificação. Esse, sim, parece ser o calcanhar de aquiles do positivismo jurídico e sua fundamentação formal do direito. Se não é possível sustentar sem um resquício de suspeição que o positivismo conduz à arbitrariedade, não podemos deixar de observar, como fez Miranda Afonso, que, se a ciência do direito pretende ir além da atividade meramente descritiva e assumir uma função crítica sobre o seu objeto, não pode se contentar com um parâmetro de validade simplesmente formal (MIRANDA AFONSO, 1984, p. 268-269). Analisarei, a seguir, o problema da justificação a partir das formulações de Habermas e Alexy, que, como dito, se situam nos planos da legitimidade e da pretensão de correção.

3.2 Crítica forte: o problema da justificação

Como venho sustentando até aqui, a ausência de justificação do direito que encontramos na teoria juspositivista não é mera casualidade, mas decorre de sua opção deliberada por uma análise descritiva do direito que não é compatível com qualquer pretensão justificadora. Do ponto de vista do positivismo jurídico, a separação entre o direito e a moral não representa um problema para a Ciência do Direito, de modo que a crítica ao fundamento formal juspositivista exige que seja demonstrada a existência de uma vinculação necessária entre essas duas dimensões, posição que os positivistas, pelas razões que tão bravamente sustentam, não aceitam.

Nas seções que se seguem, apresentarei as razões pelas quais acredito que a ausência de justificação representa um problema para a fundamentação do direito, ao contrário do que afirmam os positivistas. Para isso, utilizarei dois argumentos que, embora apresentem nuances teóricas, entendo convergirem para o mesmo ponto. Assim, é através da junção das críticas de Habermas e Alexy que buscarei construir a minha crítica ao positivismo jurídico, preparando o terreno para a fundamentação moral do direito, a partir da ética de Kant.

3.2.1 O argumento da legitimidade

O filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas é um dos mais importantes teóricos da atualidade, tendo dedicado boa parte de seus estudos no campo da política e do direito ao problema central do qual nos ocupamos - o fundamento de validade da ordem jurídica. Habermas realizou uma análise profunda sobre o conceito e o papel desempenhado pelo direito na modernidade, no intuito de desenvolver uma teoria capaz de responder a uma questão que permanece latente: em que medida o direito moderno pode ser considerado legítimo? É nesse contexto

que se desenvolverá a primeira parte de minha crítica ao fundamento de validade do direito positivista sob o argumento da ausência de justificação.³⁸

Quando nos perguntamos pela legitimidade do direito, queremos saber o que sustenta o ordenamento jurídico e assegura a sua aceitação por parte dos destinatários. O termo legitimidade, portanto, designa "o critério de *justificação* do poder, o '*título*' em virtude do qual este dita seus comandos e exige obediência por parte daqueles a quem se dirige e que, por sua vez, se consideram 'obrigados' por ele" (SANTOS, 1985, p. 111-112).³⁹ Em sentido normativo, legitimidade é o mesmo que justificação, ou seja, "uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda indeterminado, dentro de certos limites de tolerância" (LARENZ, 1997, p. 276).

A crítica empreendida por Habermas à teoria de fundamentação do direito predominante na modernidade parte de sua leitura da teoria dos tipos puros de dominação, elaborada por Weber na clássica obra *Economia e Sociedade*. Segundo Weber, o conceito de legitimidade é cunhado a partir da ideia de dominação. Sendo dominação "a probabilidade de haver obediência a um determinado mandato" (1977, p. 706),⁴⁰ a legitimidade é descrita como a "probabilidade [de uma dominação] ser tratada praticamente como tal e mantida em uma proporção importante." (1979, p. 128).

³⁸ O argumento que pretendo desenvolver nesta seção é o de que o fundamento de validade formal do direito característico do positivismo jurídico traz em si um problema de justificação, que Habermas trabalha no plano da legitimidade. Embora eu recorra ao argumento habermasiano da legitimidade para a construção de minha crítica ao positivismo jurídico, tenho que esclarecer que o próprio Habermas não elaborou uma crítica dirigida diretamente a esta corrente do pensamento. A análise de Habermas tem alcance mais amplo, pois é direcionada ao que ele denomina direito moderno, entendido como o direito das sociedades pós-metafísicas, que "agregou ao seu conceito um caráter pós-tradicional de justificação" (MOREIRA, 2004, p. 31). O direito característico da modernidade é explicado por Habermas com referência à teoria dos tipos puros de dominação de Max Weber, como mostrarei.

³⁹ Adoto o conceito de legitimidade nesta acepção estrita. Fabriz assinala que "Numa acepção ampliada, legítimo é tudo aquilo que pode ser compreendido por verdadeiro, correto e que tem a condição de ser autêntico tendo por característica a fidelidade. Do latim *legitimus*, indica conformidade com as leis. Dessa origem depreendemos, portanto, que a ideia de legitimidade arrasta consigo um conjunto de preceitos que atribuem o selo de acerto ou correção de uma conduta. Todavia, não se resume a este conteúdo, pois, se assim fosse, haveria equivalência à expressão justiça, o que não expressa a plenitude dos elementos que os termos propõem." (2011, p. 261). Höffe desenvolveu um dos mais notáveis estudos sobre as relações entre Estado, justiça, poder e direito na obra *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado* (1991), sustentando a tese de que: (1) o Estado está obrigado à justiça; (2) a justiça política forma a medida normativo-crítica do direito; (3) o direito justo é a forma legítima da convivência humana (ALMEIDA; BITTAR, 2010, p. 614).

⁴⁰ Tradução livre da edição em língua espanhola aqui utilizada. No original: "la probabilidad de hallar obediencia a un mandato determinado".

Weber identifica três tipos puros de dominação legítima: (I) dominação legal, legitimada pela crença na legalidade, (II) dominação tradicional, legitimada pela crença na tradição, e (III) dominação carismática, legitimada pela devoção afetiva a uma pessoa. O tipo de dominação característico da modernidade é a dominação legal, cuja ideia básica é: "qualquer direito pode ser criado e modificado por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma." (1977, p. 707).⁴¹ A positivação do direito, que se insere num processo mais amplo de burocratização das estruturas administrativas, é um dos instrumentos que asseguram a submissão dos dominados, através da crença de que o que é legal é também legítimo. Nesse contexto, o problema da legitimidade passa a ser um problema procedimental, como observa Pereira Neto:

Weber desloca o problema da legitimidade do direito positivo para a questão do procedimento pelo qual o direito é produzido e modificado. É o "procedimento formal correto" que vai permitir uma identificação do que é ou não legal e, por sua vez, é a crença naquilo identificado como legal que residirá a legitimidade deste tipo de dominação. Portanto, em última análise, a pedra fundamental da legitimidade do edifício jurídico moderno, no pensamento weberiano, passa a ser a crença em um determinado procedimento que permita a identificação do direito. (1998, p. 679-680)

Nota-se que Weber já havia sustentado antes dos positivistas que no momento em que ocorre a positivação do direito a legitimidade é deslocada para a legalidade, e o direito passa a dispensar qualquer fundamentação exterior a ele mesmo. Essas bases são semelhantes àquelas sobre as quais se apóia o positivismo jurídico para a construção de uma doutrina que funda a validade do direito no interior do próprio direito a partir de uma norma fundamental pressuposta que prescreve, em última instância, que os indivíduos devem se conduzir conforme os mandamentos do direito positivo.

Há, contudo, diferenças que não podem ser desconsideradas entre o pensamento weberiano e a doutrina juspositivista. Weber enxerga o fenômeno da positivação do direito como um meio de dominação, já que a crença na legalidade é o que garante a submissão dos súditos à autoridade dominante. O direito, nesse sentido, evoca uma pretensão de justificação que é expressamente rejeitada pelo positivismo jurídico. Este, como visto, tem como principal objetivo depurar o direito

⁴¹ No original: "cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente en cuanto a la forma."

de toda influência a ele externa, sendo essa perspectiva incompatível com uma visão ideológica como a de Weber, que associa direito e dominação.

A despeito das diferenças existentes, a teoria weberiana e o positivismo jurídico têm em comum o fato de que, em ambos, o problema da legitimidade é trazido para o interior da ordem jurídica, na medida em que a validade das normas é condicionada unicamente à observância do procedimento estatuído pelo próprio direito. Do ponto de vista do positivismo jurídico, isso é a afirmação do fundamento de validade formal do direito: "O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade." (KELSEN, 2009, p. 233). No positivismo jurídico a legitimidade é reduzida à legalidade, pois todo direito válido, isto é, conforme o procedimento determinado a partir da norma fundamental, é também legítimo.⁴²

Essa visão positivista do direito que reduz a legitimidade à legalidade é, como demonstrará Habermas, um tanto problemática, principalmente se levarmos em conta que o projeto positivista é de construção de uma teoria do direito que, livre de toda influência metafísica, se apóie em bases puramente racionais. A objeção corretamente posta é a de que assentar a legitimidade da ordem jurídica no procedimento não é suficiente para uma fundamentação racional do direito, já que o problema persiste, sendo apenas deslocado para o procedimento. "A fé na legalidade só pode criar legitimidade na medida em que se supõe a legitimidade do ordenamento jurídico que determina o que é legal." (HABERMAS, 1999, p. 343).⁴³ É um círculo que não pode ser rompido, permanecendo a indagação pelo que confere legitimidade ao "procedimento legitimador" (PEREIRA NETO, 1998, p. 686).

A abordagem de Weber é, segundo Habermas, equivocada, e está longe de representar a melhor tradução do direito característico das sociedades modernas, ao contrário do que supõe o teórico da ação social. A legitimidade de uma ordem

⁴² O termo legalidade, também aqui, deve ser tomado em sentido amplo. Como já ressaltai, não é correta a afirmação, comumente aceita, de que o positivismo jurídico admite como única fonte do direito a lei escrita, o que leva a uma equivocada equiparação deste modelo a um legalismo que mais se aproxima de determinados momentos da Escola da Exegese. Os principais positivistas reconhecem outras fontes de direito além da lei escrita, como o costume e os precedentes, desde que conformes à norma fundamental ou à regra de reconhecimento que confere validade ao ordenamento jurídico.

⁴³ Tradução livre da edição em língua espanhola aqui utilizada. No original: "La fe en la legalidad sólo puede crear legitimidad si se supone ya la legitimidad del orden jurídico que determina qué es legal. "

jurídica, na concepção habermasiana, não repousa na crença na legalidade, como sustenta Weber, nem tampouco pode ser pressuposta com recurso a uma norma fundamental, ela mesma pressuposta, que prescreve a obediência ao direito, como pretendem os juspositivistas. A legitimidade é alcançada ou, melhor dizendo, construída através de um procedimento racional discursivo capaz de oferecer uma *justificação* para as normas que integram o ordenamento:

A tese defendida por Habermas é a de que não se pode supor que a fé na legalidade de um procedimento legitime-se por si mesma, pois a correção processual das etapas de formulação do Direito apontam para a base de validade do Direito. Portanto, o que dá força à legalidade é justamente a certeza de um fundamento racional que transforma em válido todo o ordenamento jurídico. E é justamente esse consenso, racionalmente alcançado, que dá força factual à pretensão de validade do que é de fato tido e instituído como Direito. (MOREIRA, 2004, p. 43).

Essa "certeza de um fundamento racional" sobre a qual repousa a legitimidade, que é o que assegura a validade de todo o ordenamento jurídico, é o elemento que falta à proposição positivista de fundamentação formal do direito. O equívoco, para Habermas, decorre do fato de que os positivistas assumem uma premissa equivocada de que o fenômeno da positivação do direito traz consigo a separação entre o direito e a moral, por um lado, e a política, por outro. Já no preâmbulo do artigo que intitulou *Como é possível a legitimidade por via da legalidade?*,⁴⁴ o autor anuncia: "Vou defender a tese de que a autonomização do sistema jurídico não pode significar uma desconexão completa do direito e moral, por um lado, e política, por outro. O direito, ao converter-se em positivo, não rompe suas relações internas com a moral e a política." (1988, p. 21).⁴⁵ Para Habermas, portanto, "o direito se situa entre a política e a moral." (1988, p. 42). É na relação do direito com a moral, limitada pela sua relação com a política, que reside a legitimidade do direito característico de nossa sociedade (PEREIRA NETO, 1998, p. 684).

⁴⁴ No original: Como es posible la legitimidad por vía de legalidad? (1988).

⁴⁵ Tradução livre. No original: "Voy a sostener la tesis de que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado, y de política, por otro. El derecho, al convertirse en positivo, no rompe sus relaciones internas con la moral y la política."

A conexão necessária do direito com a moral e a política⁴⁶ que constitui o pressuposto fundamental da legitimação da ordem jurídica é explicada por Habermas a partir do retorno ao que ele denomina direito pré-moderno, em que se verifica uma tensão interna entre o direito sacro e o direito profano. O direito sacro representa a dimensão incondicionada do direito, baseada na crença nas imagens religiosas do mundo que dominavam as estruturas de consciência pré-moderna, e constitui o fundamento de legitimidade do direito profano. Este representa o caráter instrumental do direito, burocrático, utilizado como meio para a consecução de fins políticos. Há uma relação de dependência entre o direito, a moral e a política, já que o direito sacro vincula o direito profano, estabelecendo os limites da atuação do príncipe e da resolução dos conflitos. No momento em que o direito é desconectado de sua dimensão moral, ele fica desprovido do caráter de incondicionalidade que conferia legitimidade ao poder político responsável por instituí-lo (PEREIRA NETO, 1998, p. 684).

Portanto, ao voltarmos ao ponto inicial da investigação de Habermas, verificamos que a resposta à questão proposta - em que medida o direito moderno pode ser considerado legítimo? - traça os contornos de uma importante crítica ao positivismo jurídico, já que a legitimação do direito não pode ser alcançada pela crença na legalidade, que na formulação juspositivista assume a forma de uma norma fundamental pressuposta que funda a validade da ordem jurídica. Como já foi dito, a pretensão de legitimação do direito através do procedimento pelo qual o direito é produzido apenas desloca o problema para o próprio procedimento. A

⁴⁶ A teoria de Habermas acerca do fundamento de validade do direito possui dois momentos distintos, em que se verificam diferentes conexões entre o direito e a moral. No primeiro momento (*Teoria da Ação Comunicativa*) "temos um apelo a uma instância deontológica que, pelos processos de institucionalização, garante e perpetua a relação de complementariedade entre Direito e Moral. O Direito, para ser legítimo, tem de estar circunscrito a uma racionalidade na qual seu procedimento se situa entre processos jurídicos e argumentos morais. Desse modo, a proposta de uma teoria procedimental do Direito fundamenta-se em princípios morais, e a legalidade só é legítima à medida que os discursos jurídicos forem permeados por discursos morais." (MOREIRA, 2004, p. 25). O direito, portanto, se fundamenta na moral. No segundo momento (*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*), ocorre uma "reviravolta operada pela teoria discursiva do Direito. Essa reviravolta expressa-se através da transição de uma proposta fundada a partir da recusa da normatividade imediata da razão prática para a normatividade mediata da razão comunicativa; pela constituição de uma validade falível, que é sempre passível de problematização; e por uma relação de co-originalidade entre normas jurídicas e normas morais." (MOREIRA, 2004, p. 25). A relação passa a ser, portanto, de *co-originalidade* (HABERMAS, 1999; 1997), ou seja, o direito não se fundamenta diretamente na moral, mas ambos têm um mesmo fundamento (o princípio do discurso). Uma análise detalhada da moral e do direito em Habermas não caberia nos limites da argumentação aqui desenvolvida, circunscrita ao problema da legitimidade. Voltarei ao tema no capítulo seguinte, retomando a discussão sobre a fundamentação do direito pela moral, embora sob o prisma da ética kantiana.

pergunta "o que confere legitimidade ao ordenamento jurídico?" dá lugar à pergunta "o que confere legitimidade ao procedimento legitimador?", persistindo o problema da justificação, que é particularmente incômodo se considerarmos o projeto juspositivista de oferecer uma fundamentação racional para o direito.

A persistência do problema da legitimidade é um forte indício de que este projeto só poderá ser levado a cabo por meio da reconciliação entre o direito e a moral. É que a legitimidade reclama um fundamento de validade do direito para além do plano meramente formal. As conclusões de Pereira Neto, após a análise da crítica de Habermas ao conceito positivista de legitimidade, sintetizam bem o argumento que procurei desenvolver:

Ao encarar o direito como um sistema aberto a questões procedimentais de cunho moral e influenciado profundamente pela política, Habermas acaba por trazer para o centro da problemática jurídica questões que os juristas positivistas acreditavam não ser de sua alçada. E, ainda além, recoloca questões que os positivistas pensavam ter resolvido. [...] A questão da justiça, desde o advento do positivismo relegada à filosofia moral e posta entre parênteses pelo conceito positivista, é trazida para o seio da legitimidade, tal como posta por Habermas. [...] está aí um grande desafio para o jurista de hoje: estar sempre questionando o procedimento racional pelo qual se dá a fundamentação e justificação das normas. (1998, p. 690).

O caminho seguido por Habermas para o resgate da justificação do direito, perdida no pensamento positivista predominante na modernidade, é o de uma Teoria do Discurso que só pode ser desenvolvida em um espaço democrático, aberto à participação dos indivíduos no processo de construção do consenso sobre o qual se funda a validade das normas. Entendo que essa via não é a mais adequada à proposta deste trabalho, que não se prende a esse paradigma que assume a forma do Estado Democrático de Direito.⁴⁷ Daí a opção pela razão prática de Kant que, não por acaso, constitui o ponto de partida da teoria habermasiana.

⁴⁷ Entendo que a filosofia transcendental de Kant, que não se desenvolve no paradigma do Estado Democrático de Direito em que se desenvolve a teoria discursiva de Habermas, possui um alcance mais amplo, já que a razão prática, a partir da qual Kant deduz o princípio moral que fundamenta o direito, é uma faculdade que se encontra no interior do sujeito, de onde se conclui que a justificação do direito não pressupõe o espaço democrático em que se desenvolve o discurso. A mesma observação se aplica à Teoria da Argumentação de Alexy, como veremos a seguir.

3.2.2 O argumento da pretensão de correção

A exemplo de Habermas, Alexy é um dos mais profícuos filósofos do Direito da atualidade, desenvolvendo importantes estudos no campo do direito, com especial interesse nos temas de direito e moral, teoria da norma, teoria da justiça e teoria dos direitos fundamentais. Embora sua obra mais difundida, pelo menos entre os juristas brasileiros (*Teoria da Argumentação Jurídica*, 2005), ocupe-se do problema da fundamentação das decisões jurídicas, Alexy não descuidou do problema da fundamentação do direito, dedicando estudos notáveis ao tema, que compreendem uma elaborada crítica ao positivismo jurídico e sua tese da separação entre direito e moral.

A relação entre direito e moral constitui, para Alexy, o problema central da polêmica que permeia o conceito de direito, porque é o elemento determinante da natureza deste instituto.⁴⁸ Apesar da discussão perdurar por mais de dois milênios, persistem duas posições básicas, que ele denomina positivista e não-positivista. Em linhas gerais, a primeira defende a *tese da separação*, enquanto a segunda defende a *tese da conexão* ou *vinculação* (ALEXY, 2004a, p. 14; 2004b, p. 3). O autor inclui-se entre os não-positivistas, defendendo, como mostrarei, a tese da existência de uma conexão necessária entre o direito e a moral.

As teses acima expostas são confrontadas em obra dedicada ao estudo do conceito e validade do direito, publicada originalmente em língua alemã sob o título

⁴⁸ Em recente publicação, intitulada *On the concept and the nature of law* (2008), Alexy delimita o significado da expressão natureza do direito: "Inquirir sobre a natureza de algo é inquirir sobre suas propriedades necessárias. Portanto, a questão 'Qual é a natureza do direito' pode ser substituída pela questão 'Quais são as propriedades necessárias do direito?'. Propriedades necessárias que são específicas para o direito são propriedades essenciais do direito. [...] Propriedades essenciais ou necessárias do direito são aquelas propriedades sem as quais o direito não seria o direito. Elas devem estar presentes, para além do espaço e do tempo, onde e quando o direito existir. Portanto, propriedades necessárias ou essenciais são ao mesmo tempo características universais do direito." (p. 290). Tradução livre do original: "Enquiring into the nature of something is to enquire into its necessary properties. Thus, for the question 'What is the nature of law' one may substitute the question 'What are the necessary properties of law?'. Necessary properties that are specific to the law are essential properties of law. [...] Essential or necessary properties of law are those properties without which law would not be law. They must be there, quite apart from space and time, wherever and whenever law exists. Thus, necessary or essential properties are at the same time universal characteristics of law.".

Der Begriff und Geltung des Rechts (1992).⁴⁹ Suas proposições fundamentais são as seguintes:

Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*, que diz que o conceito de direito deve ser definido de forma tal que não inclua nenhum elemento moral. A tese da separação pressupõe que não existe nenhuma conexão conceitual necessária entre direito e moral, entre aquilo que ordena o direito e aquilo que exige a justiça, ou entre o direito como ele é e o direito como ele deveria ser. [...] Contrastando com as teorias positivistas, todas as teorias não-positivistas defendem a *tese da conexão*, segundo a qual o conceito de direito deve ser definido de tal forma que inclua elementos morais. Nenhum não-positivista sério exclui do conceito de direito tanto o elemento da legalidade em conformidade com o ordenamento quanto o da eficácia social. O que distingue os não-positivistas dos positivistas é antes a concepção de que a definição do direito, para além das propriedades fáticas, inclui também elementos morais. (ALEXY, 2004a, p. 13-14; 2004b, p. 3-4).^{50 51}

A tese que Alexy denomina *da separação* é a tese juspositivista da fundamentação formal do direito, apresentada no capítulo anterior. Seus defensores

⁴⁹ Neste trabalho, foram utilizadas as edições em língua espanhola (*El concepto y la validez del derecho* - 2004a) e inglesa (*The argument from injustice, a reply to legal positivism* - 2004b). Ressalvo, porém, a publicação de recente tradução para o nosso português, intitulada *Conceito e validade do direito* (São Paulo: Martins Fontes, 2009).

⁵⁰ Nos originais, "Todas las teorías positivistas sostienen la *tesis de la separación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. [...] En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la *tesis de la vinculación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales."; e "All positivistic theories defend the *separation thesis*, which says that the concept of law is to be defined such that no moral elements are included. The separation thesis presupposes that there is no conceptually necessary connection between law and morality, between what the law commands and what justice requires, or between the law as it is and the law as it ought to be. [...] By contrast to the positivistic theories, all non-positivistic theories defend the *connection thesis*, which says that the concept of law is to be defined such that moral elements are included. No serious non-positivist is thereby excluding from the concept of law either the element of authoritative issuance or the element of social efficacy. Rather, what distinguishes the non-positivist from the positivist is the view that the concept of law is to be defined such that, alongside these fact-oriented properties, moral elements are also included."

⁵¹ O primeiro elemento da definição positivista do direito é traduzido na edição de língua inglesa por *authoritative issuance*, e na edição de língua espanhola por *legalidad conforme al ordenamiento*. A parte as questões de tradução, a ideia aqui expressa é a de que os teóricos não-positivistas reconhecem que a existência de um ordenamento jurídico posto, investido de autoridade para ser reconhecido como tal (ou seja, o elemento da legalidade) integra o conceito de direito, do mesmo modo que a eficácia social. Esse dois elementos (legalidade e eficácia) correspondem à dimensão fática do direito, que, em um outro estudo, é descrita por Alexy como a dimensão integrada pela coerção (ALEXY, 2008, p. 292). Com relação à presença da legalidade e eficácia como elementos necessários ao conceito de direito, os não-positivistas se alinham aos positivistas. O que diferencia as duas teorias é a inclusão, pelos não-positivistas, de um terceiro elemento conceitual necessário que os positivistas não admitem. Esse elemento é a moral.

afirmam que a validade do direito não pode estar vinculada à conformação deste com elementos de ordem moral, o que se deve ao fato de que não existe, para eles, uma moral única, absoluta ou universal (*a moral*). O que determina a validade do direito é a conformidade com o procedimento estatuído pelo próprio direito, a partir de uma norma primeira que é pressuposta. Assim, embora não se possa negar que o processo de desenvolvimento do direito ao longo do tempo esteja vinculado a padrões morais presentes em cada sociedade em cada época, não existe uma conexão conceitual necessária entre o conteúdo do direito e o da moral, de onde se segue que mesmo disposições consideradas moralmente iníquas ou injustas podem ter validade enquanto normas de direito, desde que satisfaçam os critérios estabelecidos pela norma fundamental.

A posição contrária (não-positivista) é baseada na tese de que a característica mais essencial do direito é a sua natureza dupla, integrada por uma dimensão factual (ou real) e outra ideal (ou crítica). A dimensão factual tem como característica principal o aspecto da coerção, enquanto a dimensão ideal é constituída pelo que Alexy denomina *pretensão de correção*. A pretensão de correção é a fonte de uma conexão necessária entre o direito e a moral (ALEXY, 2008, p. 295), ou seja, a afirmação de que o direito não apenas pode, mas deve, necessariamente, ser justificado em bases morais. A objeção oposta ao positivismo jurídico é, portanto, uma objeção conceitual, que aponta para uma compreensão inadequada, por esta corrente, acerca da própria natureza do direito. Ao não admitir a existência de uma conexão necessária entre o direito e a moral, os positivistas se descuidaram de um elemento que é essencial à própria definição do direito, isto é, uma propriedade necessária, sem a qual o direito não é o direito.

Alexy se propõe a demonstrar que é possível provar essa dimensão necessária do direito que ele denomina pretensão de correção por meio de um argumento de não contradição. O autor utiliza o exemplo de um Estado hipotético cuja constituição contém a seguinte assertiva: *X é um Estado soberano, federal e injusto*. Essa afirmação, segundo Alexy, encerra uma contradição entre o *conteúdo* da constituição e seus *pressupostos necessários*, o que é incontestável quando menos no contexto do constitucionalismo moderno, em que o conceito de uma constituição tem como elemento necessário "assegurar direitos e garantias

fundamentais aos indivíduos e à sociedade" (OLIVEIRA, 2011, p. 76-77).⁵² Ora, o pressuposto *assegurar direitos fundamentais* é um pressuposto moral, que obriga a constituição a assegurar um conteúdo mínimo de justiça. Se uma constituição tem como elemento necessário de definição a afirmação da justiça (o que equivale a dizer que uma constituição evoca uma pretensão de correção, que é a pretensão de justiça), daí decorre que uma constituição que se anuncie injusta não é uma constituição, pois lhe falta um dos elementos essenciais de definição. O ato de promulgação da constituição X, portanto, encerra uma contradição entre o conteúdo do ato e seus pressupostos, contradição que Alexy chama de "contradição performativa" (2000, p. 139).⁵³

A simples demonstração de que a constituição exige uma pretensão de correção é o suficiente para demonstrar que o direito evoca essa mesma pretensão, já que, sendo a constituição uma parte integrante do todo que é o ordenamento jurídico, a pretensão de correção da constituição demonstra pelo menos em alguma medida a pretensão de correção do direito. Se a constituição é o núcleo fundamental do direito e ela pressupõe um conteúdo mínimo de justiça, daí decorre logicamente que também o direito (mais que isso, seu núcleo fundamental) pressupõe um conteúdo mínimo de justiça.

Mas é possível ir além e, pelo mesmo caminho, demonstrar de forma direta que o direito exige uma pretensão de correção. Se aprofundarmos a análise do conceito do direito, como fez o jurista português Sebastião Cruz em monografia intitulada *Jus directum (directum)* (1971), veremos que o direito, desde a origem, muito antes do surgimento do conceito de constituição, tem como pressuposto conceitual necessário a conformação com a justiça. Cruz observa que o direito sempre esteve vinculado a uma série de símbolos, o maior deles muito simples: a conhecida balança com dois pratos no mesmo nível e um fiel no meio, em posição

⁵² Oliveira explica que, na concepção clássica, "a *constituição* de um povo é a síntese histórica dos fatores antropológicos, sociológicos, políticos econômicos e jurídicos que formam e mantêm a identidade coletiva e a ordem pública de uma sociedade". Na concepção moderna, no entanto, "não interessa a concepção histórico-universal, mas a noção jurídico-política de *constituição*, isto é, o *núcleo do sistema normativo que é composto de princípios e regras detentoras de legitimidade e de supremacia jurídico-política para organizar as funções de Estado - de modo racional, otimizado e desconcentrado - e assegurar direitos e garantias fundamentais aos indivíduos e à sociedade*" (2011, p. 76-77). Essa formulação se apóia na teoria do constitucionalista português Canotilho, segundo a qual o constitucionalismo moderno é uma "teoria normativa da política" (1998, p. 47).

⁵³ "Contradições entre o conteúdo de um ato e as pressuposições necessárias de sua representação podem ser designadas por "contradições performativas"" (ALEXY, 2000, p. 139). Tradução livre do original: "Contradictions between the content of an act and the necessary presuppositions of its performance can be designated 'performative contradictions'".

vertical. A balança do direito, a despeito das variações de povo para povo e época para época, sempre foi a materialização simbólica da ideia de justiça. Entre os gregos, ela era erguida pela deusa Diké, filha de Zeus e Themis, que empunhava, ainda, uma espada, declarando, solenemente, existir o justo quando os pratos estavam em equilíbrio. Entre os romanos, a balança era segurada com as duas mãos pela deusa *Iustitia*, que, com os olhos vendados, declarava o direito (*jus*) quando o fiel da balança estava em posição completamente vertical. Daí que o direito equivale ao reto, de onde a origem da palavra: direito = *derectum* (*de* + *rectum*), reto de cima a baixo. Portanto, as palavras do latim clássico *jus* e *derectum*, esta última encontrando-se na origem dos termos *rechts*, *right*, *derecho*, *diritto*, *droit*, *direito*, expressam uma conformação necessária entre o direito (o que é reto) e a justiça (igualdade, equilíbrio). Como assinala Ferraz Jr.,

A palavra *direito*, em português (e as correspondentes em línguas românicas), guardou [...] tanto o sentido do *jus* como aquilo que é consagrado pela Justiça (em termos de virtude moral), quanto o de *derectum* como um exame da retidão da balança, por meio do ato da Justiça (em termos do aparelho judicial). (2008, p. 11).

Deste modo, admitindo-se como pressuposto necessário ao conceito de direito o elemento da conformação à justiça, a separação entre o direito e a moral realizada pelos positivistas encerra uma contradição performativa, pois retira do conteúdo do direito um pressuposto necessário à sua definição. O direito evoca uma pretensão de correção que é justamente o que faz com que ele se diferencie de um poder de fato, de ordens baseadas em ameaça, do hábito e da coerção organizada (ALEXY, 2000, p. 138). Portanto, não é absurda a afirmação de Goyard-Fabre (2007, XXIX), de que o juspositivismo, a pretexto de neutralidade, nega o próprio conceito de direito.

O argumento não-positivista de Alexy em defesa da pretensão de correção do direito foi contestado por jusfilósofos de peso, como Weinberger (1983), Neumann (1986) e Atienza (2002). São duas as objeções mais comuns: em primeiro lugar, argumenta-se que a moral é um conceito subjetivo, ou seja, não existe uma moral que seja absoluta e universal. Sendo assim, a escolha de qual moral deve vincular o direito é uma escolha arbitrária. Em segundo lugar, argumenta-se que mesmo que se admita que o direito evoca uma pretensão de correção, nenhum ordenamento jurídico está imune à produção de normas ou ao proferimento de decisões que,

embora estejam de acordo com o procedimento estatuído pelo direito para a produção das normas ou o proferimento das decisões, sejam injustas. Essas são as principais razões que levaram os positivistas a deslocar o fundamento de validade do direito para o procedimento formal de sua construção, conformando-se com o fato de que uma teoria do direito deve limitar-se à descrição de seu objeto, abandonando qualquer pretensão de justificação.

A primeira das objeções enunciadas é sustentada pelo jurista argentino Eugenio Bulygin (2000), que argumenta ser muito fácil demonstrar a inexistência de uma moral objetiva: basta a simples constatação de que os sistemas jurídicos instituídos por Ghengis Khan, Felipe II da Espanha, Henrique VIII da Inglaterra, Khomeini e Pinochet apresentam concepções um tanto diferenciadas acerca do que é a justiça. Contra essa objeção, Alexy argumenta que é evidente que sistemas legais diferentes expressam concepções de justiça diferentes, o que, no entanto, não é incompatível com a tese da conexão por ele sustentada. A pretensão de correção não exige a conformação do direito a uma moral objetiva e universal, mas a uma moral que possa ser, ela própria, justificável. Essa moral, que expressa a dimensão ideal ou crítica do direito, será construída por meio de um processo de argumentação racional, permeado por garantias procedimentais como a eleição democrática, a legislação parlamentar e o contraditório (*audiatur altera pars*). Assim, para os que acreditam (como os juspositivistas) que a noção de uma moral justificável é uma ilusão, Alexy responde que argumentos favoráveis e contrários a moralidades específicas são possíveis, mas algumas moralidades têm poucas chances de sobreviver em um processo livre de argumentação (ALEXY, 2000, p. 144).⁵⁴

Em relação à segunda objeção (a de que existem normas e decisões que, apesar de injustas, são válidas), Alexy observa que é preciso distinguir as normas e decisões tomadas individualmente do sistema jurídico como um todo. A pretensão de correção enunciada é a pretensão de correção *do direito*, ou seja, do sistema considerado em sua totalidade. Este não tem a sua validade comprometida se uma norma ou decisão individual não puder ser moralmente justificada, ainda que a exigência de correção se aplique, também, às normas e decisões individualmente

⁵⁴ A ideia é muito semelhante à de Habermas: em um processo racional discursivo, os argumentos que não podem ser justificados de acordo com as regras do discurso vão sendo eliminados, o que possibilita a construção de uma verdade consensual que é moralmente justificável (ou, nas palavras de Habermas, legítima).

consideradas.⁵⁵ Esta hipótese (a perda da correção pela existência de normas ou decisões injustas no interior do sistema) somente se verificaria se um número tão significativo de normas não carregasse a pretensão de correção exigida pelo direito, a ponto de comprometer a validade de todo o sistema.

As normas e decisões individuais que não carregam uma pretensão de correção por serem injustas são normas e decisões parasitárias, que não fazem mais do que exemplificar a possibilidade de abuso do direito (arbitrariedade), sem, no entanto, eliminar o pressuposto necessário da pretensão de correção. Ao contrário, o próprio conceito de abuso pressupõe o conceito de um uso correto, e este é um dado que não pode ser desprezado. A pretensão de correção do direito pressupõe o uso do direito como tal, na forma do direito, tendo em vista a sua finalidade que é a solução dos problemas sociais (ALEXY, 2000, p. 143). Nessa perspectiva, nenhuma teoria que se pretenda jurídica, sejam quais forem as suas proposições, pode desconsiderar os fins a que serve o direito, porque eles integram uma dimensão essencial à própria definição do direito.

Assim é que Alexy demonstra, através do argumento da pretensão de correção, que existe uma vinculação necessária entre o direito e a moral, que é o que oferece uma justificação para o direito e assegura a sua validade. O projeto positivista de livrar o estudo do direito de toda influência moral não pode ser levado a cabo, porque o próprio conceito de direito inclui uma dimensão necessária de justificação, que é o seu elemento diferenciador de outras ordens normativas: "Sistemas normativos que não evocam uma pretensão de correção não são sistemas jurídicos. São sistemas de poder, força e coerção além das categorias do

⁵⁵ Ao afirmar que a pretensão de correção *do direito* refere-se ao sistema em sua totalidade, Alexy definitivamente não está querendo dizer que as normas e decisões individualmente consideradas estão dispensadas do elemento da correção, como se poderia à primeira vista supor. Tanto as normas e decisões individuais como o sistema devem ser justificáveis em bases morais. No entanto, o autor admite que a finalidade do direito pode ser desviada pelo legislador ou aplicador (o que é a arbitrariedade), gerando uma deficiência moral. Essa deficiência moral, contudo, não afeta a correção do sistema como um todo, a não ser que sejam tantas as normas que violem a pretensão de correção que se possa falar que a totalidade do sistema esteja comprometida. Nesse sentido: "o argumento da correção [...] afirma que tanto as normas e decisões legais individualmente consideradas quanto o sistema em sua totalidade evocam necessariamente uma pretensão de correção. Um sistema de normas que não formula essa pretensão de modo explícito ou implícito não é um sistema jurídico" (ALEXY, 2004b, p. 35-36). No original: "The argument from correctness [...] It says that individual legal norms and individual legal decisions as well as legal systems as a whole necessarily lay claim to correctness. A system of norms that neither explicitly or implicitly makes this claim is not a legal system."

certo e errado, e do justo e injusto." (ALEXY, 2000, p. 144).⁵⁶ Se o direito não pode sequer ser concebido sem o pressuposto de sua conformação à justiça, então ele não pode ser compreendido e nem tampouco fundamentado recorrendo-se a métodos que não levem em conta essa dimensão. Ao contrário do que tentaram demonstrar os positivistas, a justificação do direito não é um problema exclusivamente ético ou político, que se encontra além dos limites do direito. A pretensão de correção transforma o problema da justificação em um problema do direito, que os juristas não podem se furtar a resolver:

Questões de justiça são questões morais. Se o direito realiza distribuições ou equilíbrios incorretos, então ele comete uma violação *moral*. Essa violação é, ao mesmo tempo, a não satisfação da pretensão de correção, necessariamente evocada pelo direito. A não satisfação de uma pretensão necessariamente evocada pelo direito é, contudo, uma violação *jurídica*. Para os juspositivistas, a deficiência moral é algo fora do domínio do direito. A pretensão de correção transforma a deficiência moral em uma deficiência jurídica. (ALEXY, 2000, p. 146).⁵⁷

A solução do problema da justificação do direito que o positivismo deixou em suspenso será buscada por Alexy em uma Teoria da Argumentação desenvolvida a partir da Teoria do Discurso de Habermas. É no curso de um processo de argumentação em que se assegura a participação dos destinatários do direito que será construída uma moral ao mesmo tempo justificável e justificadora, capaz de fundamentar racionalmente a validade da ordem jurídica. Essa moral justificadora, exatamente porque é construída com a participação dos destinatários do direito, é a expressão do ideal de justiça de cada sociedade, ideal que, como nos lembra Alexy, não é uma ilusão, mas um pressuposto necessário do direito.⁵⁸

⁵⁶ No original: "Normative systems which do not raise the claim to correctness are not legal systems. They are systems of power, force, and coercion beyond the categories of correct and wrong, and just and unjust."

⁵⁷ No original: "Questions of justice are moral questions. If the law makes incorrect distributions or balances, it thereby commits a *moral* fault. This fault is, at the same time, a non-performance of the claim to correctness, necessarily raised by law. The non-performance of a claim necessarily raised by law is, however, a *legal* fault. According to legal positivism, moral faultiness is something outside of the domain of law. The claim to correctness transforms moral faultiness into legal faultiness."

⁵⁸ Assim como a Teoria do Discurso de Habermas, a Teoria da Argumentação de Alexy foi concebida tendo em vista o paradigma do Estado Democrático de Direito, ao qual não se vincula este trabalho. Por isso, também a proposta de Alexy não será seguida, optando-se, aqui, pela linha kantiana de fundamentação moral do direito, pelas razões já explicitadas (vide nota nº 46).

3.3 Por que deve ser superado o desafio positivista?

No capítulo anterior, realizei uma descrição do positivismo jurídico, procurando, num primeiro momento, mostrar como se deu a passagem do fundamento de validade material do direito (jusnaturalismo), para o fundamento de validade formal do direito (juspositivismo). Argumentei que a superação do direito natural foi possibilitada pela desvinculação entre o direito e a moral, passando a validade do direito a ser determinada pela conformidade ao procedimento estatuído pelo próprio direito, a partir da norma fundamental.⁵⁹ É dessa forma que os positivistas acreditaram ter alcançado uma fundamentação racional para o direito, elevando-o ao plano da ciência.

Num segundo momento, ainda no capítulo anterior, argumentei que, se por um lado o positivismo jurídico possibilitou a superação definitiva do direito natural, por outro legou ao pensamento jurídico um problema de justificação (ou legitimidade).⁶⁰ Nesse contexto, o desafio da filosofia do direito atual é resgatar a legitimidade do direito sem retornar ao dogmatismo jusnaturalista, desafio a que chamei de desafio positivista, adotando a expressão de Travessoni Gomes (2007).

Seguiu-se, então, neste capítulo, a crítica ao positivismo jurídico e sua fundamentação formal do direito, com o objetivo de apontar as falhas da teoria juspositivista e demonstrar porque e em que medida ela precisa ser superada. Assumi a posição de que essa superação deve aceitar e incorporar as contribuições do pensamento positivista, que foram muito significativas. Assim, foram analisadas três das mais recorrentes objeções ao fundamento de validade do direito positivista, correspondentes aos problemas da arbitrariedade, legitimidade e pretensão de correção.

A crítica da arbitrariedade é, possivelmente, a mais comumente formulada ao positivismo jurídico. Em sua forma mais radical, como a sustentada por Radbruch, afirma que o positivismo jurídico foi o responsável direto pelo surgimento do Estado totalitário na Alemanha, por admitir que o direito pode ter qualquer conteúdo, seja

⁵⁹ Remeto-me novamente à observação já feita de que a separação entre direito e moral proposta pelo positivismo jurídico deve ser entendida no plano da fundamentação. Nenhum dos principais representantes dessa corrente negou a existência da moral ou da justiça como valor. O que os positivistas afirmam é a impossibilidade de fundamentação do direito através da moral, já que a moral é, para eles, um conceito subjetivo.

⁶⁰ Legitimidade, em sentido normativo, é o mesmo que justificação (cf. LARENZ, 1997, p. 276).

ele justo ou injusto (DIMOULIS, 2006, p. 261). Essa objeção foi chamada de crítica fraca e refutada, ao entendimento de não ser possível afirmar uma relação de causalidade entre a doutrina positivista e a experiência totalitarista européia do século XX, por várias razões. Não se pode confundir a afirmação da impossibilidade de fundamentação do direito em bases morais, defendida pelos positivistas, com a negação da idéia de justiça, que os positivistas jamais defenderam. A pretensão de neutralidade axiológica não é a afirmação de um direito injusto, mas de um direito depurado de qualquer sustentação moral (inclusive ideológica), portanto incapaz de legitimar ou deslegitimar quaisquer regimes políticos (MATOS, 2006, p. 88).

O problema que realmente emerge da teoria juspositivista de fundamentação do direito está diretamente relacionado à opção por uma análise descritiva de seu objeto, que deixa de lado a problemática da constituição. Como observa Travessoni Gomes (2008), os positivistas ficaram órfãos do direito natural que eles mesmos assassinaram e, para fundamentar o direito sem recurso à moral, se viram obrigados a conceber um fundamento de validade que brotasse do interior do próprio sistema jurídico. Esse fundamento formal é perfeitamente adequado ao que entendem ser a finalidade de uma teoria do direito (descrever o direito como ele é, e não como deveria ser), mas, em contrapartida, obriga os positivistas a assumir a posição incômoda de que a Ciência do Direito por eles concebida tem a limitação de não poder oferecer uma justificação para o objeto que ela se propõe a descrever. Essa crítica foi chamada de crítica forte, e apresentada sob as perspectivas da legitimidade, com Habermas, e da pretensão de correção, com Alexy.

Habermas analisa a teoria positivista do direito, que para ele tem origem no pensamento weberiano, a partir da observação de que o caminho escolhido pelos positivistas para fundamentar o direito em bases racionais foi trazer a legitimidade, que antes repousava no direito sacro (direito natural), para o interior do sistema jurídico, equiparando-a à legalidade. Para o positivismo, legítimo é o que é válido, isto é, o que está de acordo com o "procedimento formal correto" estatuído pelo direito (PEREIRA NETO, 1998, p. 679-680).

Esse recurso, como demonstra Habermas, não é suficiente para uma fundamentação racional do direito. Assentar a legitimidade na legalidade apenas desloca o problema para o fundamento da legitimidade, já que permanece sem resposta a pergunta pelo que confere legitimidade ao próprio "procedimento

legitimador". Assim, os positivistas, quando muito, suprimiram o problema da legitimidade, mas não o resolveram. A busca pelo fundamento racional do direito continua em aberto.

A crítica de Alexy à fundamentação positivista do direito é ainda mais contundente. Ela mostra que a supressão da justificação do direito realizada pelo positivismo jurídico é, na verdade, a negação do próprio conceito de direito. Este compreende não apenas a dimensão fática da legalidade e da coerção, mas também uma dimensão crítica, que afirma uma conexão necessária entre o direito e a moral (pretensão de correção). O direito, pelo fato de ser o direito, deve conformar-se à justiça, e é esta pretensão que o diferencia de um poder de fato, de ordens baseadas em ameaça, do hábito e da coerção organizada (ALEXY, 2000, p. 138). Por isso o positivismo jurídico, ao pretender fundar a validade do direito sem recorrer à moral, retira do direito a sua dimensão mais essencial, que é a dimensão da justiça.

As críticas de Habermas e Alexy expõem a fragilidade do projeto positivista de fundamentação formal do direito, mostrando, por um lado, que ele não é capaz de assegurar a legitimidade da ordem jurídica e, por outro lado, que isso representa um problema até mesmo para a definição do direito, que reclama por uma justificação. Norteado pelo ideal cientificista de depurar o estudo do direito de toda influência axiológica, o positivismo jurídico teve que renunciar à tarefa de justificação, fundando a validade da ordem jurídica a partir de uma norma primeira que é pressuposta e, por isso, não pode ter a sua validade demonstrada. Embora isso não represente, para os defensores do positivismo, um problema, as objeções que aqui foram apresentadas mostram que eles estão errados. Não é possível defender um direito completamente dissociado de seus fins, e a finalidade do direito é, desde sempre, definir o justo (GOYARD-FABRE, 2007, XXIX), como, de resto, a etimologia do termo *direito* prenuncia.

Portanto, o desafio positivista do qual nos ocupamos encontra-se agora justificado. O fundamento de validade formal do direito deve ser superado por duas razões fundamentais, quais sejam, (I) ele não alcança o seu objetivo de oferecer uma fundamentação racional para o direito, como demonstra o argumento de Habermas da legitimidade, e (II) gera um problema que é ainda mais grave, porque compromete o próprio conceito de direito ao desprovê-lo de um dos elementos

necessários à sua definição, como demonstra o argumento de Alexy da pretensão de correção. A conclusão que daí se extrai é a de que uma descrição do direito que renuncia à tarefa de justificação (como a do positivismo jurídico) certamente não representa a melhor descrição do direito. É preciso ir além e devolver ao direito a sua dimensão crítica (no sentido de Alexy), pois um direito que não está em conformidade com expectativas de justiça e não reclama por sua legitimidade não pode ser considerado direito:

[...] é apenas um poder que, no lugar de implantar a ordem, no lugar de instigar a consciência, no lugar de fomentar o aspecto lúdico das forças sociais, sufoca, apaga, subordina, porque, enfim, não somente *põe* regras (direito positivo), mas, sobretudo, *impõe* regras (ALMEIDA; BITTAR, 2010, p. 617).

No capítulo que se segue, buscarei construir este fundamento de validade do direito que dê conta das dimensões políticas e morais de seu objeto, sem se prender apenas a um ideal de segurança e um padrão de certeza que, se absolutizados, se mostram inadequados ao direito, que, afinal, tem por objeto o comportamento humano, sujeito a infinitas variáveis e possibilidades (BARZOTTO, 2007, p.134). O reencontro entre o direito e a moral será buscado na ética de Kant, mais especificamente em seu conceito de razão pura prática, que tem como pressuposto a ideia de liberdade.

4 A ÉTICA KANTIANA COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DO DIREITO

"Não será possível um governo em que a maioria não decida virtualmente o que é certo ou errado? No qual a maioria decida apenas aquelas questões às quais seja aplicável a norma da conveniência? Deve o cidadão desistir de sua consciência, mesmo por um único instante ou em última instância, e se dobrar ao legislador? Por que então estará cada homem dotado de uma consciência? Na minha opinião devemos ser em primeiro lugar homens, e só então súditos. Não é desejável cultivar o respeito às leis no mesmo nível do respeito aos direitos. A única obrigação que tenho direito de assumir é fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo. [...] A lei nunca fez os homens sequer um pouco mais justos; e o respeito reverente pela lei tem levado até mesmo os bem-intencionados a agir cotidianamente como mensageiros da injustiça." (Henry Thoreau).

A classificação da filosofia jurídica de Kant gera grande polêmica. Embora alguns autores, como Waldron (1996), considerem-no um autêntico positivista, a maioria dos historiadores da filosofia do direito o considera um filósofo jusnaturalista. De acordo com a classificação de Bodenheimer apresentada no capítulo 2 e aqui adotada, Kant situa-se no terceiro e último estágio do jusnaturalismo moderno, em que o direito natural é confiado à vontade geral. A filosofia de Kant é decisivamente influenciada pelo pensamento de Rousseau que, pela primeira vez, concebeu a ideia de liberdade como autonomia, ou seja, os homens são livres para elaborar a lei que irá governá-los. O conceito de liberdade é muito caro a Kant, pois é ele que possibilitará a construção de uma ética amparada em princípios puros *a priori*, livre do dogmatismo que contamina todas as éticas anteriores, comprometendo a sua validade. Nesse sentido, o "jusnaturalismo kantiano" possui particularidades que o afastam das concepções jusnaturalistas tradicionais, já que Kant não admite a existência de uma ordem natural exterior aos homens à qual deve se conformar o direito positivo, havendo, para ele, apenas um direito natural, que é a liberdade.⁶¹

O direito constitui uma parte da ética de Kant, e seu fundamento de validade será deduzido a partir da relação entre o direito e a moral, já que, como observa Travessoni Gomes, "a questão da relação entre direito e moral diz respeito, em Kant, à questão da fundamentação da validade das leis jurídicas no imperativo categórico, pois este é o princípio supremo da moralidade." (2009, p. 196). Para a demonstração

⁶¹ Apesar de Kant afirmar ser a liberdade um direito natural, essa terminologia é, na verdade, simbólica, já que o direito natural não é para ele, uma outra ordem, mas um pressuposto (o da autonomia da razão), como será mostrado nas seções que se seguem.

do fundamento de validade do direito em Kant, seguirei os seguintes passos: primeiro, serão analisados os pressupostos para a compreensão da ética kantiana, seus conceitos centrais e objetivos (seção 4.1); a seguir, será exposta a divisão da ética kantiana e a justificação de sua fundamentação em bases metafísicas (seção 4.2); após, será analisado o papel da coação como elemento essencial do direito (seção 4.3) e, finalmente, deduzido o fundamento de validade do direito com recurso à razão pura prática e ao imperativo categórico (seção 4.4).⁶²

Meu objetivo é mostrar que, em Kant, o fundamento de validade do direito é dependente da moral, mas ao mesmo tempo não tem um conteúdo material como o direito natural combatido pelo positivismo jurídico. Se a minha hipótese se confirmar, então a ética kantiana (e seu fundamento de validade transcendental) é capaz de superar o desafio positivista.

4.1 Pressupostos para a compreensão da ética kantiana

A filosofia de Kant constitui um grande marco para o pensamento da modernidade, porque inaugura um novo modo de pensar na filosofia: o pensar crítico ou a filosofia transcendental. Esse modo de pensar refletiu, no que aqui nos interessa, no desenvolvimento de uma ética assentada em princípios próprios para sua fundamentação (ética autônoma), rompendo com a tradição de todas as éticas até então existentes, que buscavam o fundamento da sua validade fora delas mesmas, em conceitos externos (SALGADO, 1995, p. 145). A ética kantiana pode ser definida como a busca pelo "primeiro princípio formal de toda obrigação" (KANT, 1973), isto é, um princípio incondicionado e universal capaz de fundar a validade de todas as obrigações. Esse princípio, que Kant denomina princípio supremo da moralidade, não poderá ser encontrado na natureza do homem, nas circunstâncias do mundo em que o homem está posto ou em princípios simples da experiência,

⁶² Como mostrarei, a possibilidade de fundamentação do direito com recurso à moral na ética kantiana é questionada por muitos estudiosos de Kant. Adotarei as posições de Salgado (1995) e Travessoni Gomes (2004), para quem o fundamento de validade do direito em Kant é a liberdade como autonomia.

mas deverá ser buscado *a priori*, exclusivamente nos conceitos da razão pura (KANT, 2007, p. 15-16), ou, em uma palavra, na ideia de liberdade.⁶³

A *Metafísica dos Costumes* (2005), obra em que Kant apresenta sua teoria do direito (doutrina do direito) juntamente com uma doutrina da virtude, foi antecedida por três obras preparatórias, em que o filósofo expõe de forma detalhada e sistemática o projeto que se propõe a realizar. São elas a *Crítica da Razão Pura* (2001), a *Crítica da Razão Prática* (1959) e a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (2007).⁶⁴ Essas obras contém o arcabouço conceitual necessário à compreensão do fundamento transcendental da moralidade (que, como veremos, inclui a moral e o direito), e, por isso, devem ser analisadas antes de passarmos ao estudo do fundamento de validade do direito propriamente dito.

Como observa Morujão no prefácio à tradução portuguesa da *Crítica da Razão Pura*, alguns anos antes de redigir a sua primeira crítica, Kant noticiou, em carta a um confidente,⁶⁵ estar desenvolvendo um estudo sobre os limites da sensibilidade e da razão, que assim resumiu: "encontro-me agora a ponto de formar uma crítica da razão pura, atinente à natureza da consciência, tanto teórica como prática, na medida em que é simplesmente intelectual; elaborarei primeiro uma parte sobre as fontes da metafísica, seus métodos e limites" (2001, VI). Anunciou-se, assim, o projeto de suas duas críticas, a primeira destinada a demonstrar os limites e as possibilidades do conhecimento, e a segunda, que se chamaria *Crítica da Razão Prática*, destinada à aplicação do conhecimento, ou, nas palavras de Kant, ao seu uso prático ou moral (KANT, 2001, p. 24-25).

⁶³ A obra de Kant é comumente dividida em dois períodos distintos: o pré-crítico e o crítico. No período inicial, "as reflexões incidem predominantemente sobre problemas da física e, naturalmente, também sobre questões estritamente metafísicas dentro dos cânones racionalistas de Leibniz-Wolff, embora já se note, para o final do período, a influência da leitura de Hume e, com ela, aflorarem aspectos de uma nova atitude filosófica" (MORUJÃO, 2001, VI). A ética integra o período crítico, em que Kant introduz o método transcendental de fundamentação da obrigação moral, estabelecendo o princípio supremo da moralidade na ideia de uma vontade pura, que é inteiramente *a priori* (LAMEGO, 2005, XXIII).

⁶⁴ A sequência cronológica das principais obras do período crítico da filosofia de Kant é a seguinte: *Crítica da Razão Pura*, cuja primeira edição foi publicada em 1781, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1784), *Crítica da Razão Prática* (1788) e *Metafísica dos Costumes* (1797). Kant escreveu, ainda, uma terceira crítica (*Crítica da Faculdade do Juízo*), cuja edição original data de 1790, constituindo um "termo médio entre a faculdade do conhecimento e a faculdade da apetição" (KANT, 1995, p. 12), ou seja, entre as duas críticas anteriores.

⁶⁵ Morujão faz referência a duas cartas escritas nos anos de 1771 e 1772 a Marcus Herz, amigo com quem Kant disputou a cátedra de lógica e metafísica da Universidade de Königsberg em 1770, cuja referência no original é a seguinte: *Kant's gesammelte Schriften*, herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Band X, Zweite Abteilung: Briefwechsel, erster Band, zweite Auflage, 1922, p. 123.

O conceito de uma crítica da razão pura encontra-se explicitado no prefácio da primeira edição da obra, em que Kant afirma que:

Por uma crítica assim, não entendo uma crítica de livros e de sistemas, mas da faculdade da razão em geral, com respeito a todos os conhecimentos a que pode aspirar, *independentemente de toda a experiência*; portanto, a solução do problema da possibilidade ou impossibilidade de uma metafísica em geral e a determinação tanto das suas fontes como da sua extensão e limites; tudo isso, contudo, a partir de princípios. (2001, p. 6).

Ao afirmar que uma tal "crítica de todos os conhecimentos a que se pode aspirar *independentemente de toda a experiência*" deve ser buscada "a partir de princípios", Kant censura a metafísica tradicional, dogmática, que apresenta as suas teses como algo que não pode ser objeto de dúvida, apoiando-se, porém, em "princípios" que não afirma como e com que direito alcançou (2001, p. 30).⁶⁶ Segundo ele, a uma filosofia dogmática opõem-se sempre outras, cujas teses são também dogmáticas, provocando uma luta entre sistemas, degenerando na anarquia que corresponde ao ceticismo.⁶⁷ Por isso, a sua filosofia é denominada crítica: crítica da própria razão (ou dos princípios que a fundamentam), que se obriga a averiguar, como em um tribunal, quais as exigências desta que são justificadas e eliminar pretensões sem fundamento.⁶⁸

⁶⁶ É o caso, por exemplo, das doutrinas jusnaturalistas do período medieval, que fundamentam o direito positivo em princípios de direito natural que não podem ser deduzidos nem mesmo *a priori*. O esforço de Kant em demonstrar a possibilidade de uma ética autônoma fundada em princípios apriorísticos nos mostra que, embora ele seja comumente situado entre os filósofos jusnaturalistas, sua filosofia se distancia do jusnaturalismo clássico, que, aliás, é por ele combatido.

⁶⁷ Como ressalta Salgado, "Ceticismo e dogmatismo são as duas terminais da metafísica. O primeiro se assemelha ao caos, à anarquia da ordem social; o segundo, ao despotismo. O instrumento da superação dessas correntes estereis é o criticismo, com que Kant pretende evitar aquelas consequências que o unilateralismo traz." (1995, p. 84).

⁶⁸ Devemos observar, no entanto, que a filosofia sempre foi, num certo sentido, crítica, tendo em vista que nasce, na Grécia Antiga, da insatisfação e da curiosidade do homem. O termo crítico tem, pois, em Kant um sentido peculiar. Para Travessoni Gomes, a crítica de Kant é de segundo grau, já que "A Filosofia já era crítica (em relação ao ser, seu objeto), passando, em Kant, a ser crítica em relação à razão, tendo que justificar os princípios primeiros." (2004, p. 94).

A primeira preocupação de Kant, portanto, não é com os objetos em si,⁶⁹ mas com o modo de conhecê-los. O filósofo investigará as possibilidades e os limites do conhecimento puro *a priori*, isto é, que independe de toda a experiência. Com isso, acredita ele, colocar-se-á a filosofia no caminho seguro da ciência, esquivando-a da multiplicidade de opiniões antagônicas e conferindo-lhe um rigor indesmentível que possibilitará, no seu domínio, resultados tão certos como os obtidos nas diferentes disciplinas científicas (MORUJÃO, 2001, IX-X).⁷⁰

A investigação tem início com a observação de que todo o conhecimento começa *com* a experiência (posto que nenhuma outra coisa a não ser os objetos que afetam os nossos sentidos e dão origem às representações, poderia por em ação a nossa capacidade de conhecer), o que não significa que ele derive *da* experiência (KANT, 2001, p. 36). Os juízos decorrentes da experiência, que são juízos sintéticos *a posteriori*, não podem oferecer um caminho seguro para o conhecimento, pelas razões que Salgado bem enuncia:

Aproveitando o que há de positivo no racionalismo, bem como no empirismo, Kant observa que os nossos conhecimentos ora são empíricos, ora são *a priori* ou puros, isto é, provém da experiência sensível, ou se constituem independentemente da experiência. Do mesmo modo como havia superado o empirismo de Hume - de consequências céticas - o conhecimento empírico não nos garante, enquanto empírico, universalidade alguma ou necessidade, tais como encontramos nas proposições

⁶⁹ A possibilidade do objeto em si na filosofia de Kant é causa de muita controvérsia e equívocos interpretativos desde a primeira edição da *Crítica da Razão Pura*, o que levou o próprio Kant a esclarecer o seu entendimento na segunda edição da obra: "Kant expressamente nega a possibilidade de uma intuição intelectual e, consequentemente, do conhecimento da coisa em si. Ao afirmar que a coisa em si não pode ser conhecida, Kant foi mal interpretado, tendo alguns entendido que, para ele, a coisa em si não existe. Em virtude dessas interpretações, o próprio Kant esclareceu, na segunda edição da *Crítica da Razão Pura*, que, para ele, a coisa em si existe, não podendo, entretanto, ser conhecida. Nesse sentido, a coisa em si adquire caráter negativo, limitando aquilo que não pode ser conhecido; só podemos conhecer os fenômenos, isto é, a coisa como captada pela nossa sensibilidade, e não a coisa como ela é em si. A coisa em si representa, pois, aquilo que não podemos conhecer." (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 99).

⁷⁰ É possível traçar, aqui, um paralelo entre o projeto de Kant com a *Crítica da Razão Pura* e o positivismo jurídico. Ambos intentaram, cada um ao seu modo, elevar o objeto de sua investigação (a filosofia e o direito, respectivamente) ao plano da ciência. O objetivo final, nos dois casos, era alcançar um grau de certeza e confiabilidade que então já haviam sido alcançados em outros domínios do conhecimento, como a matemática, a lógica e até a física, que, desenvolvendo-se segundo o modelo dedutivo das ciências naturais, alcançou níveis seguros para a explicação e previsibilidade dos fenômenos dos quais se ocupa (MOSCI, 2011, p. 414). A influência de Kant, de fato, é evidente no pensamento de muitos dos teóricos de matiz positivista (CAETANO, 2011, p. 285 *et. seq.*), como, de resto, em quase toda filosofia que depois dele se desenvolveu. Não obstante, há também diferenças consideráveis entre Kant e os positivistas, a começar pelo fato de que estes não admitem que a ciência possa ser conciliada com especulações metafísicas, recorrendo ao empirismo, enquanto Kant, mesmo criticando o dogmatismo e o ceticismo de seu tempo, desenvolveu a sua ética em bases metafísicas. Por isso, entendo que não é correto afirmar, como fez Waldron (1996), que a teoria jurídica de Kant pode ser considerada positivista.

matemáticas ou da física (relação de causalidade), mas tão somente uma generalidade colhida pela associação de imagens, segundo a frequência dos casos. As proposições da matemática e da física pura, contudo, apresentam-se com um caráter de universalidade e necessidade, que só podem ser dadas pelas condições subjetivas do conhecimento, de modo *a priori*. (1995, p. 85).

Por outro lado, os juízos analíticos, que são aqueles que podem ser formulados independentemente da experiência (*a priori*), possibilitam uma simples descrição do objeto, mas nada acrescentam ao conhecimento. É necessário, portanto, que haja juízos que sejam ao mesmo tempo sintéticos (ou seja, que não se limitem à descrição, possibilitando o avanço do conhecimento) e *a priori* (a que se possa atribuir validade universal) para caracterizar as proposições científicas. Entendamos:

[...] se os juízos analíticos trazem em si a universalidade e são, por isso, sempre *a priori*, e se os juízos sintéticos da experiência oferecem somente a possibilidade do crescimento do conhecimento - dado que naqueles o conhecimento é universal, mas não avança - é preciso que existam juízos sintéticos *a priori* que tenham as duas características, já que sem eles não seria possível a física pura, nem a matemática, as quais, entretanto, são um fato. (SALGADO, 1995, p. 87).

Por isso, a estrutura do conhecimento será dada pela explicação de como são possíveis os juízos sintéticos *a priori*. Este o desafio a que Kant se lança com o projeto de uma crítica da razão pura, como explicitou na introdução à referida obra:

Há, aqui, pois, um certo mistério, cujo descobrimento tão-só pode fazer seguro e digno de confiança o progresso no campo ilimitado do conhecimento intelectual puro; a saber, descobrir, com a universalidade apropriada, o fundamento da possibilidade dos juízos sintéticos *a priori*, penetrar as condições que tornam possível cada espécie, e ordenar todo esse conhecimento (que constitui o seu gênero próximo) num sistema, englobando as suas fontes originais, divisões, extensão e limites, sem se restringir a um esboço rápido, mas determinando-o de maneira completa e suficiente para todos os usos. (2001, p. 45-46).⁷¹

Note-se que a questão a que Kant procura responder é *como* é possível a ciência (ou, melhor dizendo, como é possível o conhecimento científico), e não *se* ela é possível, pois a existência da ciência é um fato. Essa questão se desdobra em "como é possível a matemática pura?", "como é possível a física pura?" e, no campo

⁷¹ Na segunda edição da *Crítica da Razão Pura*, Kant realizou modificações significativas no texto original, com o objetivo de melhor esclarecer a sua doutrina que fora considerada obscura e de difícil compreensão. A tradução aqui utilizada adotou como texto base o da segunda edição, como hoje é norma (MORUJÃO, 2001, XXIV). A passagem acima transcrita, que integra o texto da primeira edição, é indicada na segunda edição em nota de rodapé.

da filosofia, em "como é possível a metafísica enquanto ciência?", e, com sua resposta, Kant pretende justificar o saber humano como ciência e com isso limitar o uso da razão, eliminando os seus erros. (SALGADO, 1995, p. 87).

O método utilizado por Kant para a demonstração dos juízos sintéticos *a priori* é por ele chamado de transcendental.⁷² Ele parte do fato e, por reflexão sobre esse fato, estabelece suas condições de possibilidade. As condições de possibilidade do conhecimento são transcendentais por estarem implícitas, isto é, por não poderem ser deduzida de outro fato (da experiência), já que são dadas *a priori* (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 95). A estrutura do conhecimento é desenvolvida na primeira parte da *Crítica da Razão Pura*, denominada Estética Transcendental.⁷³ O filósofo distingue entre dois mundos: o sensível (fenômeno) e o inteligível (númeno), que representam as duas dimensões do conhecimento de qualquer objeto, quais sejam, a *sensibilidade* e o *entendimento*. A primeira designa "a capacidade de receber representações (receptividade), graças à maneira como somos afectados pelos objectos". É por intermédio da sensibilidade que nos são dados os objetos, "mas é o entendimento que *pensa* esses objectos e é dele que provêm os conceitos." (KANT, 2001, p. 61). Essa conexão entre as representações e o entendimento é feita por meio da *intuição*. O esquema é, portanto, assim resumido:

⁷² Höffe esclarece o conceito de transcendentalidade na obra de Kant: "Kant chama de transcendental a investigação com a qual ele responde à tríplice pergunta sobre a possibilidade dos juízos sintéticos *a priori*. [1. Que posso saber? 2. Que devo fazer? 3. Que me é permitido esperar? (KANT, 2001, p. 639)] [...] Do mesmo modo que 'transcendente' e 'transcendência', o termo 'transcendental' pertence ao verbo latino '*transcendere*', que literalmente significa 'ultrapassar um limite'. Se os termos 'transcendente' e 'transcendência' sugerem um mundo além do nosso mundo da experiência, Kant refuta a idéia segundo a qual o 'além', o mundo supra-sensível, seja algo objetivo para o qual possa haver um conhecimento válido no âmbito teórico. É verdade que também na investigação transcendental de Kant se ultrapassa a experiência. Porém, o sentido desse ultrapassar se inverte. Pelo menos no início, Kant se volta para trás, não para a frente. [...] Kant pretende desvendar as condições *prévias* da experiência. No lugar do conhecimento de um outro mundo, aparece o conhecimento originário de nosso mundo e de nosso saber objetivo. Kant investiga a estrutura profunda, pré-empiricamente válida de toda experiência, estrutura que ele - conforme o experimento de razão da revolução copernicana - presume no sujeito. No 'retrocesso' reflexivo, a crítica da razão procura os elementos apriorísticos que constituem a subjetividade teórica." (2005, p. 58-59).

⁷³ Reale observa que o termo Estética é empregado por Kant em um sentido particular, designando uma teoria da sensibilidade, e não uma doutrina do belo ou teoria da arte (1994, p. 105). O próprio Kant o esclarece: "Designo por *estética transcendental* uma ciência de todos os princípios da sensibilidade *a priori*. Tem que haver, pois, uma tal ciência, que constitui a primeira parte da teoria transcendental dos elementos, em contraposição à que contém os princípios do pensamento puro e que se denominará lógica transcendental." (2001, p. 62-63).

O ponto de partida de todo conhecimento para Kant é a intuição. Só há intuição se o objeto é dado na nossa sensibilidade. A intuição é, pois, sensível. Mas é o entendimento que pensa esses objetos dados. Daí os dois aspectos do conhecimento do objeto: o da *sensibilidade* e o do *entendimento*. De qualquer forma, não há conhecimento que não se apóie nas intuições pelas quais os objetos se dão a conhecer. (SALGADO, 1995, p. 88).

A intuição tem as suas formas puras, que são o espaço e o tempo.⁷⁴ Como formas puras da intuição, são formas *a priori* que se encontram no sujeito, possibilitando a organização dos dados provenientes da experiência. Os conceitos de espaço e tempo têm, pois, sentido peculiar na filosofia de Kant, não sendo elementos externos, mas condições possibilitadoras do conhecimento humano, como explica Reale:

Antes de Kant, quando se falava em espaço ou em tempo, a idéia dominante era no sentido de algo de externo ao homem, ou de 'objetivo', no sentido psicológico deste termo. Se vejo que um livro está sobre a mesa, a inclinação natural de meu espírito é ver ou conceber o espaço como algo estranho à minha subjetividade. O espaço é tido como algo que envolve as coisas ou em que as coisas se situam. Pois ainda que pareça estranho, Kant começou exatamente a contestar essa afirmação do senso comum, tentando integrar em uma síntese as concepções puramente objetivistas ou subjetivistas até então elaboradas no plano filosófico. Kant diz que nós nos iludimos pensando que as coisas se encontram no espaço ou que os fatos se desenrolam no tempo. Tempo e espaço não existem fora de nós, mas, ao contrário, são formas de nossa sensibilidade interna ou externa; o tempo e espaço são condições do conhecimento humano. É o homem que não pode perceber as coisas senão no espaço e no tempo, que são, assim, de ordem transcendental. (1994, p. 103-104).

O processo de formação do conhecimento é concluído com a introdução das categorias. Após a entrada dos dados colhidos da experiência no sujeito (que se dá mediante as duas formas puras da intuição sensível), o objeto será pensado, ou seja, submetido à razão, por meio de um processo de subsunção às categorias (unidade, pluralidade, substância, causalidade etc), concebidas como "funções lógicas referidas *a priori* aos objetos da intuição em geral." (REALE, 1994, p. 104). Forma-se, portanto, o conhecimento: a sensibilidade dá o conteúdo que, após ser apreendido pelo sujeito pelas formas puras da intuição (espaço e tempo), é

⁷⁴ "Chamo *puras* (no sentido transcendental) todas as representações em que nada se encontra que pertença à sensação. Por consequência, deverá encontrar-se absolutamente *a priori* no espírito a forma pura das intuições sensíveis em geral, na qual todo o diverso dos fenômenos se intui em determinadas condições. Essa forma pura da sensibilidade chamar-se-á também *intuição pura*. [...] Nesta investigação se apurará que há duas formas puras da intuição sensível, como princípios do conhecimento *a priori*, a saber, o espaço e o tempo" (KANT, 2001, p. 62).

submetido às categorias do entendimento, isto é, pensado. Assim é que Kant demonstra a atividade da razão enquanto reguladora do conhecimento, tal como se propusera a fazer em sua *Crítica da Razão Pura*.

O esforço empreendido por Kant para chegar à razão tem um objetivo específico, que vai muito além da simples demonstração de como é possível o conhecimento. A razão tem, além de uma função teórica reguladora do conhecimento, uma função prática, "que não se preocupa em traduzir as leis dos fenômenos da natureza, mas em representar as leis segundo as quais o ser racional, dotado de liberdade, deve agir" (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 107). Ao introduzir o conceito de uma razão prática, Kant prepara o campo para a dedução do princípio moral da ação e, portanto, para a sua ética.

Pode-se dizer que o esboço da razão prática tem início ainda na *Crítica da Razão Pura*, no momento em que Kant observa que a razão, por sua própria natureza, não se contenta com a função reguladora do conhecimento que lhe é dado pelo entendimento e a sensibilidade, sendo levada a medir as suas próprias forças e ultrapassar toda experiência possível:

Os conceitos do entendimento são também pensados *a priori*, anteriormente à experiência e com vista à ela; mas nada mais contém que a unidade da reflexão sobre os fenômenos, na medida em que estes devem necessariamente pertencer a uma consciência empírica possível. Só por seu intermédio são possíveis o conhecimento e a determinação de um objecto. [...] Pelo contrário, visto constituírem a forma intelectual de toda a experiência, a sua realidade objectiva tem, por único fundamento, que a sua aplicação possa sempre ser mostrada na experiência. Porém, a denominação de conceito da razão, já previamente indica que este conceito não se deverá confinar nos limites da experiência, porque se refere a um conhecimento do qual todo o conhecimento empírico é apenas uma parte (talvez a totalidade da experiência possível ou da sua síntese empírica) e embora a experiência efectiva nunca atinja por completo esse conhecimento, sempre todavia pertence a ele. (KANT, 2001, p. 307).

Quando a razão transcende, isto é, busca um conhecimento "que não se confine nos limites da experiência" e que seja, portanto, absoluto, incondicionado, o resultado é a criação de um conceito puro que é a ideia, que, como observa Travessoni Gomes (2004, p. 102), se mostra à razão como coisa em si. Kant assim a define:

Entendo por ideia um conceito necessário da razão ao qual não pode ser dado nos sentidos um objecto que lhe corresponda. Os conceitos puros da razão [...] são pois *ideias transcendentais*. Não são forjados arbitrariamente, são dados pela própria natureza da razão, pelo que se relacionam, necessariamente, com o uso total do entendimento. Por último, são transcendentais e ultrapassam os limites de toda a experiência, na qual, por conseguinte, nunca pode surgir um objecto adequado à ideia transcendental. (2001, p. 317).⁷⁵

A busca pelo conhecimento incondicionado é, naturalmente, frustrada, pois sem o conteúdo que é dado pela experiência não há objeto para se conhecer. "É humilhante para a razão humana que, no seu uso puro, não chegue a conclusão alguma e necessite mesmo de uma disciplina para reprimir os excessos e impedir as ilusões que daí lhe resultam", afirma Kant (2001, p. 633). A razão, então, descobre que o incondicionado por que tanto procura não está fora dela, mas é ela mesma, e se volta para o seu uso prático, orientando-se para o agir:

Entretanto, deve haver em qualquer parte uma fonte de conhecimentos positivos que pertencem ao domínio da razão pura e que, talvez apenas por efeito de um mal-entendido, dão ocasião a erros, mas na realidade exprimem os objectivos que a razão pretende. Pois de outra maneira, a que causa atribuir o seu desejo indomável de firmar o pé em qualquer parte para além dos limites da experiência? Pressente objectos que têm para ela um grande interesse. Entra no caminho da especulação pura para se aproximar deles, mas eles fogem à sua frente. Possivelmente, será de esperar mais sucesso no único caminho que lhe resta ainda, ou seja, o do uso *prático*. (KANT, 2001, p. 633).

A ideia, portanto, é em Kant o ponto de passagem da filosofia teórica para a prática (ou, podemos dizer, para a ética), como mostra Salgado:

Kant demonstra o insucesso da razão ao tentar um vôo tão alto, na dialética da razão pura. Com isso prepara o uso correto da razão pura, na forma meramente regulativa, no caso da razão teórica, e inteiramente constitutiva no caso da razão prática. A ideia representa na filosofia kantiana o ponto de passagem da filosofia teórica para a prática. Demonstrando através da dialética da razão pura a impossibilidade de ela alcançar um conhecimento por puras ideias, Kant mostrará o caminho certo

⁷⁵ O conceito de ideia não é uma criação da filosofia transcendental de Kant. Salgado observa que ele tem origem em Platão, cujo mérito "é o esforço por elevar-se da ordem física do mundo à unidade sistemática desta ordem do mundo segundo fins. Daí porque Platão, com acerto, pôde constatar que o indivíduo como tal, por exemplo, este homem, não realiza plenamente a ideia de humanidade. A ideia aparece como um cânon e também como uma tarefa. O homem formula um projeto e procura realizá-lo." Kant, no entanto, rejeita a formulação de Platão, que estende o conceito de ideia aos fenômenos da natureza, pretendendo encontrar nela (na ideia) a causa do mundo sensível. Para ele, a ideia só é possível na obra humana: "Kant, ao criticar Platão, está a reconhecer que o único refúgio da razão pura como produtora de ideia é a esfera prática, especificamente, a esfera do agir." Portanto, a ideia, em Kant, adquire a especificidade de ser o princípio da ação. (SALGADO, 1995, p. 138-143).

da razão na esfera do agir, quando a razão opera um retorno em si mesma e, não mais como intelecto que se volta para o sensível para conhecer, mas como vontade que se desdobra sobre si mesma para agir, percebe que ela mesma é o seu objeto e seu único interesse (*Rohden*) visto que na ordem prática a razão recobra o seu mais alto valor. (1995, p. 114).

A razão prática⁷⁶ é o primeiro elemento essencial para a construção da ética kantiana, fornecendo-lhe os princípios *a priori* que assegurarão a sua validade universal, libertando-a da contingência das éticas empíricas anteriores.⁷⁷ É dessa ética que, como já foi dito, tem como objetivo "refutar as Éticas fundamentadas em motivos externos, que ele chama de heterônomas, para fixar os princípios de uma Ética autônoma e provar sua fundamentação na idéia de liberdade" (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 112), que nos ocuparemos a seguir, procurando demonstrar como ela pode nos auxiliar na superação do nosso desafio (o desafio positivista).

4.2 Divisão da ética kantiana: a moral e o direito

A filosofia prática de Kant tem início com a divisão sistemática do conhecimento a que havia chegado na *Crítica da Razão Pura*, com o que o filósofo pretende situar o campo de estudo da ética antes de desenvolvê-la, como é próprio de sua metodologia.⁷⁸

Kant afirma que o conhecimento racional é ou material, e se ocupa de qualquer objeto e das leis a que eles estão submetidos, ou formal, e se ocupa das regras do pensar em geral, sem distinção dos objetos. A filosofia formal chama-se *lógica*, enquanto a material é dupla: se ocupa-se das leis da natureza, chama-se *física* (ou teoria da natureza), mas se ocupa-se das leis da liberdade, chama-se *ética*

⁷⁶ Ao se referir a uma razão prática e uma razão pura, Kant não está afirmando a existência de duas razões diferentes, mas de âmbitos diferentes da mesma e única razão, que na função cognitiva diz-se teórica, mas quando dita as normas do agir humano diz-se prática (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 111).

⁷⁷ O segundo elemento, como demonstrarei a seguir, é o dever, que dá forma à lei moral prescrita pela razão sob o pressuposto da liberdade.

⁷⁸ São inegáveis a sistematicidade e o rigor metodológico da obra de Kant mesmo para os seus críticos mais ferrenhos, como McIntyre, que, após inserir a ética kantiana no que denomina "projeto iluminista de justificar a moralidade", se esforça para demonstrar o seu fracasso (MCINTYRE, 2001, p. 73 *et seq.*).

(ou teoria dos costumes).⁷⁹ Essa divisão, que é conforme à velha filosofia grega, é para Kant apropriada, nada havendo a ser corrigido, "a não ser apenas acrescentar o princípio em que se baseia, para deste modo, por um lado, nos assegurarmos da sua perfeição, e por outro lado, podermos determinar exactamente as necessárias subdivisões." (2007, p. 13).

A lógica não tem parte empírica, pois trata unicamente de relações formais. Por outro lado, tanto a física quanto a ética possuem uma parte empírica e uma parte pura (ou racional). A parte empírica da ética é a antropologia, e sua parte racional é a metafísica dos costumes, que, portanto, tem por objeto os princípios *a priori* orientadores do agir, isto é, as leis da liberdade, também chamadas de leis morais.

A ética universalmente válida que Kant pretende construir pressupõe uma metafísica dos costumes, já que o que assegura o seu caráter necessário e incondicionado é o fato de ela fundar-se unicamente em princípios *a priori*, livre de toda a contingência e imprevisibilidade do comportamento humano quando afetado pelas inclinações. Com efeito, como observa Kant, se "relativamente à natureza, a experiência dá-nos a regra e é a fonte da verdade; no que toca às leis morais a experiência é (infelizmente!) a madre da aparência e é altamente reprovável extrair as leis acerca do que *devo fazer* daquilo *que se faz* ou querer reduzi-las ao que é feito" (2001, p. 312).⁸⁰ Portanto, a lei de causalidade que rege a natureza não pode

⁷⁹ O termo costume, portanto, distingue-se em Kant de sua conotação mais comum de comportamento reiterado de uma sociedade ou simplesmente hábito, e adquire uma conotação de obrigatoriedade: "Como 'costumes' em geral Kant entende toda aquela complexidade de regras de conduta ou de leis (no sentido mais geral da palavra) que disciplinam a ação do homem como ser livre. O homem como ser analisável do ponto de vista fenomenológico está submetido às leis da natureza, que regulam a vida de todos os outros seres naturais; mas, enquanto ser livre, pertencente ao mundo inteligível, o homem foge das leis naturais e adequa suas ações a uma forma diferente de legislação: a legislação moral, que dá origem ao mundo dos costumes, em contraposição ao mundo natural, como mundo da história humana ou da civilização ou da cultura (como se diria hoje) em contraposição ao mundo da natureza. A palavra 'costume' (em alemão *Sitte*), inclusive, corresponde ao latim *mos*, e ao grego *ethos*, dos quais derivam, seja *moral*, seja *ética*, que indicam de fato a doutrina da conduta humana, em contraposição a doutrina da natureza, ou *física*." (BOBBIO, 1997, p.50).

⁸⁰ Kant voltará a afirmar a necessidade de fundamentação de sua ética em princípios *a priori* na parte introdutória da *Metafísica dos Costumes*, observando que as ciências da natureza, e em particular a física, embora não prescindam de uma metafísica dos costumes que lhes forneça os seus princípios informadores, podem "aceitar como universais alguns dos princípios baseando-se no testemunho da experiência, mesmo que estes princípios, se quiserem valer como universais em sentido estrito, tenham que ser inferidos de princípios *a priori*." Todavia, "isto muda de aspecto com as leis morais. Então só valem como leis na medida em que possam ser consideradas como fundadas *a priori* e necessárias; mesmo os conceitos e juízos sobre nós próprios e a nossa acção ou omissão carecem de significado moral quando contém somente aquilo que pode apreender-se da experiência e se nos

ser aplicada no campo da ética em decorrência do dualismo da natureza humana, que compreende, além de uma dimensão racional, uma dimensão sensível, que pode levar o homem a agir contrariamente ao que lhe prescreve a razão.⁸¹ O filósofo explica:

Toda a gente tem de confessar que uma lei que tenha de valer moralmente, isto é como fundamento duma obrigação, tem de ter em si uma necessidade absoluta; [...] que, por conseguinte, o princípio da obrigação não se há-de buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que o homem está posto, mas sim *a priori* exclusivamente nos conceitos da razão pura, e que qualquer outro preceito baseado em princípios da simples experiência, e mesmo um preceito em certa medida universal, se ele se apoiar em princípios empíricos, num mínimo que seja, talvez apenas por um só móbil, poderá chamar-se na verdade uma regra prática, mas nunca uma lei moral. (2007, p. 16-17).

Assim, uma metafísica dos costumes se justifica pela necessidade de se estabelecer leis morais que possam ser universais, válidas para todos os homens independentemente das diferentes inclinações de cada um. Essas leis não podem seguramente ser extraídas da experiência justamente em razão das particularidades da natureza humana, pois cada um está sujeito às suas próprias inclinações:

Uma Metafísica dos Costumes, é, pois, indispensavelmente necessária, não só por motivos de ordem especulativa para investigar a fonte dos princípios práticos que residem *a priori* na nossa razão, mas também porque os próprios costumes ficam sujeitos a toda sorte de perversão enquanto lhes faltar aquele fio condutor e norma suprema do seu exacto julgamento. Pois que aquilo que deve ser moralmente bom não basta que seja *conforme* à lei moral, mas tem também que cumprir-se *por amor dessa mesma lei*; caso contrário, aquela conformidade será apenas muito contingente e incerta, porque o princípio imoral produzirá na verdade de vez em quando acções conformes à lei moral, mas mais vezes ainda acções contrárias a essa lei. (2007, p. 16-17).⁸²

deixarmos induzir a converter em princípio moral algo extraído desta última fonte corremos o perigo de cair nos erros mais grosseiros e perniciosos" (2005, p. 21).

⁸¹ A concepção do homem como um ser que é ao mesmo tempo numenal e fenomenal é chamada pelos estudiosos de Kant de *doutrina do duplo ponto de vista*. Ela se encontra na base da ética kantiana, pois se o homem fosse apenas um ser racional, não faria sentido a busca pelo princípio primeiro de toda obrigação: não haveria obrigação, já que o homem simplesmente se conduziria conforme a razão, como Deus. É a dimensão sensível do homem que pode levá-lo a agir contrariamente ao que determina a razão, justificando uma ética que lhe prescreva as leis universais do agir, na forma de dever. Por outro lado, a certeza da existência da razão decorre do fato de que o homem é claramente diferente dos animais, que se orientam unicamente pelos seus instintos, como também se daria com os seres humanos se não fossem, além de sensíveis, também racionais. A faculdade do homem de deduzir da razão a lei que orienta o seu agir é, segundo Kant, um *faktum da razão*.

⁸² Travessoni Gomes ressalta o paralelismo entre a filosofia teórica e a filosofia prática de Kant. Enquanto no âmbito da razão teórica a questão foi responder "como é possível a ciência (ou o conhecimento científico)", na *Fundamentação à Metafísica dos Costumes* Kant buscará responder à pergunta "como são possíveis os juízos sintéticos *a priori* práticos", ou seja, "como são possíveis os

Uma vez justificada a necessidade de se proceder ao estudo dos princípios primeiros da ética em bases metafísicas, Kant passará ao estudo da ética propriamente dita, que tem início com a distinção entre os dois elementos presentes em toda e qualquer legislação: a lei (elemento objetivo) e a motivação ou móbil (elemento subjetivo).⁸³ O segundo elemento representa o critério de divisão da ética kantiana: se uma ação é motivada pelo simples cumprimento do dever, ela é uma ação *ética*, a conformidade a ela é a *moralidade* e o conjunto de suas leis será designado por *ética* ou *moral* (*stricto sensu*); por outro lado, se a ação é motivada por qualquer outro motivo que não o respeito pelo dever, então ela é uma ação *jurídica*, a conformidade a ela é a *legalidade* e o conjunto de suas leis será designado por *direito*. A *Metafísica dos Costumes*, portanto, divide-se em duas partes: a doutrina do direito, que é "O conjunto das leis para as quais é possível uma legislação externa" (KANT, 2005, p. 41) e a doutrina da virtude, que compreende o estudo da ética em sentido estrito, ou seja, das leis que exigem que elas mesmas sejam o fundamento do dever.⁸⁴ É nesse contexto que se desenvolve o estudo do direito em Kant, paralelamente ao estudo da moral, tomando como ponto de partida a distinção entre deveres internos (morais) e deveres externos (jurídicos), que darão origem a diferentes tipos de legislação (a moral e o direito).

Após as distinções preliminares entre deveres internos e externos, moralidade e legalidade, ação por dever e ação conforme ao dever, Kant apresenta o seu conceito de direito. O filósofo observa que ele deve conter três elementos essenciais, que são: (I) o direito diz respeito apenas às relações externas de uma pessoa com outra; (II) a relação é entre o arbítrio de um e o arbítrio do outro, não

imperativos categóricos". O direito segue essa mesma lógica: Kant não se preocupará em responder se é possível o direito, mas *como* é possível o direito, e como o direito faz parte da ética (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 132-333).

⁸³ Essa distinção é feita na terceira parte da *Introdução à Metafísica dos Costumes*: "Toda a legislação (prescreva ela ações internas ou externas, e estas quer seja *a priori* mediante a mera razão quer seja mediante o arbítrio alheio) compreende dois elementos: *primeiro*, uma lei que representa objectivamente como necessária a ação que deve ocorrer, quer dizer, que converte a ação em dever; *segundo*, um móbil que liga subjectivamente com a representação da lei o fundamento de determinação do arbítrio para a realização dessa ação." (KANT, 2005, p. 26).

⁸⁴ O termo "ética" tem em Kant dois sentidos, um estrito e outro lato. Em sentido lato, designa a ciência que se ocupa das leis da liberdade. Como as leis da liberdade são também chamadas de leis morais, a ética em sentido lato é por vezes chamada igualmente de moral. Em sentido estrito, o termo ética designa a legislação que se fundamenta em um motivo interno (o simples sentimento de cumprimento do dever), por vezes também chamada de moral. Para evitar imprecisões no tratamento desses conceitos, adotarei, aqui, a terminologia proposta por Travessoni Gomes, designando por ética a ciência que se ocupa das leis da liberdade, esta subdividindo-se em moral e direito, conforme compreenda as leis para as quais o fundamento é interno (o respeito pelo dever) ou externo (qualquer outro diferente do respeito pelo dever). (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 130).

entre o arbítrio de um e o desejo do outro (como é o caso das ações beneficentes); e (III) a relação não leva em consideração a matéria do arbítrio, ou seja, a finalidade da ação é irrelevante (2005, p. 42-43).⁸⁵ A partir desses elementos, o direito é definido como "o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade." (2005, p. 43). A conformação a uma lei universal da liberdade "indica que relações jurídicas racionais não resultam de condições empíricas ('leis da natureza'), senão da razão prática pura" (HÖFFE, 2005, p. 239). Desse modo, uma ação é conforme ao direito "quando permite ou quando a sua máxima⁸⁶ permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal." (KANT, 2005, p. 43), de onde se extrai a lei universal do direito para os homens, que é: "age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal" (KANT, 2005, p. 44).

Devemos observar que o direito em Kant tem uma conotação peculiar, que não se prende à concepção de conjunto das leis de um determinado país em um determinado tempo (ou seja, de um ordenamento jurídico positivo). Para Kant, "é a razão [e não o direito] que comanda como se deve agir" (2005, p. 23), já que as leis que orientam a ação humana não podem ser externas, mas devem abandonar os elementos empíricos e assentar suas bases em princípios puros *a priori*. A fundamentação da ética kantiana, como vimos, é autônoma, apoiada em princípios puros da razão. Então, se ao direito (que é lei externa) não compete ditar as normas do agir, resta-lhe a tarefa, não menos importante, de assegurar que os homens agirão, sempre e apesar de suas inclinações, segundo as leis que, como seres racionais, são capazes de se dar. Essa faculdade da razão que todo homem possui - de dar a si mesmo a lei que orientará a sua ação - é o que Kant chama de

⁸⁵ Bobbio (1997, p. 67-70) analisa cada um desses elementos separadamente, e conclui que o primeiro elemento coloca o direito no campo amplo das relações intersubjetivas, o segundo distingue a intersubjetividade jurídica de outra forma qualquer de intersubjetividade, e o terceiro quer dizer que o direito, na regulação da relação entre arbítrios, despreza os fins individuais, utilitários, ou, simplesmente, os interesses que os dois sujeitos pretendem.

⁸⁶ O conceito de máxima é assim definido por Kant: "*Máxima* é o princípio subjectivo da acção e tem de se distinguir do *princípio objectivo*, quer dizer da lei prática. Aquela contém a regra prática que determina a razão em conformidade com as condições do sujeito (muitas vezes em conformidade com a sua ignorância ou as suas inclinações), e é portanto o princípio segundo o qual o sujeito *age*; a lei, porém, é o princípio objectivo, válido para todo o ser racional, princípio segundo o qual ele *deve agir*, quer dizer um imperativo." (2007, p. 58).

autonomia ou liberdade.⁸⁷ Só ela pode fundar uma ética que seja universalmente válida, oferecendo um caminho seguro para orientar as ações dos seres racionais e, ao mesmo tempo, justificar o uso da força quando a ação de um indivíduo viola a lei universal. É o que observa Salgado:

Só a vontade pura e, por isso, formal e autônoma, (livre, não afetada por qualquer móvel ou inclinação) não empírica, pode construir a ética e dar moralidade às ações dos racionais. Nenhum argumento extraído da experiência, da região empírica, pode justificar um comportamento como ético, tampouco pode contradizer os princípios formais da validade da ação moral. (SALGADO, p.156).

Temos, assim, as bases para a fundamentação do direito em Kant. Antes, porém, de passarmos a ela, devo analisar, em linhas gerais, o papel da coação na doutrina do direito, buscando demonstrar que, embora ela seja condição possibilitadora da existência de uma legislação externa, não se confunde com o seu fundamento de validade.

4.3 A coação como condição de possibilidade do direito

O direito, em Kant, é a legislação externa, isto é, aquela que não leva em consideração os motivos da ação, por oposição à legislação interna, em que a ação é motivada pelo simples respeito ao dever. Como observa Höffe, o direito não é uma instituição aleatória e muito menos arbitrária, mas pelo contrário, é algo necessário, que tem por finalidade possibilitar a convivência das pessoas.⁸⁸ Assim sendo, ele concerne apenas à liberdade exterior, pouco importando as necessidades, desejos e interesses dos indivíduos: basta que a ação de cada um não interfira na liberdade exterior dos outros para que ela seja conforme ao direito. Para Kant, a comunidade jurídica não é uma comunidade de solidariedade entre indigentes, mas uma comunidade de liberdade entre sujeitos responsáveis (HÖFFE, 2005, p. 236-239).

⁸⁷ "A liberdade do arbítrio é a independência de sua determinação por impulsos sensíveis; este é o conceito negativo de liberdade. O positivo é: a liberdade é a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática." (KANT, 2005, p. 19). Voltarei à ideia de liberdade nas seções seguintes, ao tratar do fundamento de validade da moral e do direito.

⁸⁸ No contexto da ética kantiana, "'pessoa' não é nenhum conceito antropológico universal mas um conceito específico de Direito. Ele designa todo sujeito capaz de imputação, de modo que possa ser ele mesmo o autor de suas escolhas e que neste sentido é livre" (HÖFFE, 2005, p. 236).

Para se assegurar a coexistência da liberdade de um com a liberdade dos outros segundo uma lei universal pode haver dois caminhos: ou recorreremos à consciência de cada um como motivação de suas obrigações, ou recorreremos à coação. Como a lei externa não pode apelar para motivos internos - hipótese em que a obrigação jurídica se converteria em obrigação moral e não teríamos o direito em sua dimensão pura - Kant liga ao direito a faculdade de coagir,⁸⁹ que entrará em ação todas as vezes em que um sujeito, movido por suas inclinações, decidir agir contrariamente ao que lhe prescreve a razão, violando a liberdade dos demais:

Imediatamente ligada ao conceito racional do Direito está, segundo Kant, a faculdade de coagir (*RL*, §§*D-E*). Nesta faculdade coercitiva ele não vê uma força contrária à razão, nem uma ilegítima pretensão moral de um ordenamento jurídico positivo, mas sim um elemento irrenunciável e válido *a priori* de todo Direito. Por mais paradoxal que pareça: sem a faculdade coercitiva não é possível conceber um ordenamento jurídico destinado a garantir a convivência de liberdade. (HÖFFE, 2005, p. 241).

Há, aqui, uma aparente contradição, como indica Bobbio (1997, p. 78): como é possível falar do direito como de um aspecto da liberdade humana e ao mesmo tempo ligá-lo necessariamente à coação? Como se concilia a liberdade, que devo respeitar para cumprir a lei jurídica fundamental, com a coação, que tenho o direito de exercer? Kant resolverá essa antinomia aparente pelo princípio da não contradição, expresso na fórmula: "A resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele" (2005, p. 44). Ora, se tudo aquilo que não é conforme ao direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais, então a coação, que é um obstáculo ao obstáculo à liberdade, é conforme ao direito. Nas palavras do próprio Kant:

[...] se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme com o Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito. Daí, que esteja ao mesmo tempo associada ao direito uma faculdade de coagir aquele que lhe causa prejuízo, de acordo com o princípio de não contradição. (2005, p. 44-45).

⁸⁹ Kant utiliza o termo *coerção* (*Zwang*) como faculdade. Quer, com isso, dizer que o direito nem sempre necessita do *efetivo emprego da força*, bastando, na generalidade dos casos, a simples *possibilidade do uso da força* para o cumprimento da lei.

Bobbio ressalta que é bem verdade que o direito é liberdade, mas uma liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Todo ser humano é livre, mas, no momento em que alguém transgride a liberdade do outro, torna-se uma *não liberdade* para o outro, que passa a ter o direito de repelir o ato de não liberdade que lhe é praticado: "A coação é, pois, um conceito antitético com relação à liberdade, mas enquanto surge como remédio contra uma não-liberdade anterior, é negação da negação, e, então, afirmação. Portanto, ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade." (BOBBIO, 1997, p. 78). Complementando o argumento de Bobbio, Travessoni Gomes observa que a solução da aparente contradição entre liberdade e coação só é possível porque o termo liberdade foi utilizado por Kant em dois sentidos diferentes. A ação que é contrária à liberdade mediante leis universais é, na verdade, o que Kant denomina arbítrio, de onde se conclui que: "A coação só é contrária à liberdade (arbítrio) e ao mesmo tempo conforme a liberdade (mediante leis universais), justamente porque o termo liberdade foi utilizado, por Kant, em sentidos diversos" (2004, p. 135). O mesmo autor observa, ainda, que o que Kant liga ao direito é a *faculdade de coagir*, e não a coação real e efetiva. A força nem sempre é efetivamente exercida (embora ela possa ser), já que boa parte das vezes o direito é cumprido espontaneamente, pela simples possibilidade do uso da força. Mesmo nesses casos a coação está presente, ainda que como possibilidade que atua no sujeito no momento de sua representação (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 135).

Kant, no entanto, admite duas exceções ao direito que é ligado à faculdade de coerção (direito em sentido estrito). São elas a equidade e o direito de necessidade, às quais o filósofo se refere como espécies de direito em sentido amplo ou direito equívoco (*ius aequivocum*), em que a faculdade de coerção não pode ser determinada por nenhuma lei.⁹⁰

⁹⁰ Na *Metafísica dos Costumes*, Kant refere-se a um conceito estrito e um conceito amplo de direito, designando, respectivamente, (I) o direito que, associado à faculdade de coagir, possibilita a coexistência das liberdades dos sujeitos segundo uma lei universal e (II) o direito em sentido amplo ou direito equívoco, em que a faculdade de coerção não pode ser determinada por nenhuma lei. Merle, porém, fala em dois conceitos de direito em Kant que não observam a divisão acima exposta. São eles (I) um conceito liberal de direito (correspondente ao que Kant chama de direito estrito) e (II) um conceito moral de direito (que é uma derivação do direito do imperativo categórico), não correspondente ao direito equívoco. (MERLE, 2007, p. 114). O exame desta e de outras possíveis incongruências na vasta obra de Kant foge aos limites do presente trabalho. Adotarei, aqui, a divisão proposta pelo próprio Kant na *Metafísica dos Costumes*, remetendo o leitor, nesse tema em particular, ao estudo de Merle, intitulado *Os dois conceitos de direito* (2007).

A equidade, segundo Kant, não é de modo algum um fundamento para se apelar ao dever ético de outrem (ou seja, à benevolência ou bondade alheias), pois aquele que apela à equidade apela a um direito que é efetivamente seu. A divisa da equidade é: "o Direito mais estrito constitui a maior injustiça (*summum ius summa iniuria*)" (KANT, 2005, p. 49). Para que o direito possa ser aplicado com fundamento na equidade, devem coexistir dois elementos: (I) aquele que reclama algo com este fundamento baseia-se no seu direito, mas lhe faltam as condições de que o juiz necessita para poder determinar em conformidade quanto ou de que modo pode ter lugar a satisfação de sua reclamação; e (II) só quando se trata de direitos próprios do juiz e quando ele possa pessoalmente dispor, pode e deve dar ouvidos à equidade.⁹¹ Kant cita como exemplo a Coroa, que pode assumir os danos que outros sofrem a seu serviço e cuja reparação se reclama mesmo tendo o reclamante assumido tais danos por sua conta e risco. Nesse caso, pode ser garantida a indenização pleiteada com base na equidade, ainda que o direito estrito possa afastar essa pretensão.

A segunda forma do direito equívoco é o direito de necessidade, que consiste na faculdade que tenho de retirar a vida de alguém que não me fez mal algum, quando minha própria vida está em perigo.⁹² A divisa do direito de necessidade é: "a necessidade não tem lei (*necessitas non habet legem*); e, no entanto, não pode haver necessidade que torne lícito aquilo que é desconforme ao Direito." (KANT, 2005, p. 52). O fundamento do direito de necessidade reside no fato de que nenhuma pena que o direito estrito poderia aplicar seria maior do que a perda da própria vida, o que afasta a possibilidade de coerção:

Não pode, com efeito, haver uma lei penal que imponha a morte a quem, num naufrágio, correndo com outro um risco de morte similar, o empurre da prancha onde este se tinha posto a salvo, para si salvar a si próprio. Pois que a pena cominada pela lei não poderia ser maior do que a perda da vida sofrida pelo primeiro. Em tal caso, uma tal lei não pode ter o efeito visado; pois a ameaça de um mal, que ainda é incerto (a ameaça de morte por sentença judicial), não pode prevalecer sobre o medo de um mal que é certo (quer dizer, morrer afogado). (KANT, 2005, p. 51).

⁹¹ Kant se refere não aos direitos da pessoa do próprio juiz, mas aos direitos do Estado-Juiz (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 138).

⁹² Travessoni Gomes (2004, p. 139) ressalta que o direito (ou estado) de necessidade, hoje, não se encerra somente como a faculdade de retirar a vida de outro quando minha própria vida está em perigo, abrangendo também outros casos.

No *ius aequivocum*, portanto, o equívoco decorre da desconformidade entre os elementos subjetivos e objetivos do exercício do direito (a razão e o tribunal): o que alguém entende como justo pode não encontrar confirmação perante um tribunal (caso em que se recorre à equidade), e aquilo que alguém entende como injusto pode encontrar indulgência pelo mesmo tribunal (direito de necessidade). No caso da equidade há um direito sem coação, e no caso do direito de necessidade há uma coação sem direito.

Essas hipóteses, contudo, são excepcionais. Elas refletem os dois extremos do direito, em que não se pode ligar a este uma possibilidade de coerção. Não é o que ocorre na generalidade dos casos, em que a violação da lei universal suscitará a intervenção exterior no arbítrio individual para a reafirmação da liberdade. Essa é a regra; os demais casos, equívocos.

A coação é um importante elemento de distinção entre o direito e moral. Ao direito, como lei externa, basta a simples conformidade com o dever, enquanto a moral, que é lei interna, exige não apenas a conformidade com o dever, mas a ação pelo próprio dever. Daí decorre que os imperativos morais são categóricos, ou seja, incondicionados (porque prescrevem uma ação boa em si mesma), enquanto os imperativos jurídicos são, em seu aspecto subjetivo, hipotéticos, pois prescrevem uma ação que não é boa em si, mas boa para se alcançar um certo fim. As ações morais, porque devem ser boas em si mesmas, não admitem coação (pois nenhum elemento exterior a mim pode me coagir a agir pelo respeito ao dever), mas as ações jurídicas, por outro lado, exigem a possibilidade de coação para assegurar o cumprimento do dever.

O fato de ser a coação um elemento necessário ao direito tem implicações relevantes no estudo do fundamento de validade da ordem jurídica. Muitos teóricos, como Mata-Machado, afirmam que o fundamento de validade do direito, em Kant, repousa na coação, pois é ela que assegura o cumprimento e a aplicação da norma jurídica:

É freqüente a afirmação de que, para Kant, o fundamento do direito reside na liberdade. Nada mais falso. A conciliação das liberdades não passa de um princípio apriorístico. Tudo está em saber como se faz, como se obtém dita conciliação, como se move e se motiva a ação humana na ordem jurídica, como se realiza a lei universal do direito: para o filósofo prussiano só há um meio de realizar-se, de concretizar-se semelhante lei: a coação física, a força, que, em estágio de mais estrita organização, será exercida pelo Estado. (1999, p. 120-121).

Essa tese é com boas razões refutada por Salgado (1995) e Travessoni Gomes (2004), para quem o direito se fundamenta na consciência da obrigação de cada um segundo uma lei que é deduzida do imperativo categórico que, em sua fórmula universal, prescreve a cada homem agir apenas segundo uma máxima que possa ser universalizada. Entretanto, para determinar o arbítrio conforme essa obrigação, não se pode recorrer à consciência como motivação; por isso o direito se apóia na possibilidade da coação exterior que é, para Kant, o instrumento que assegura a sua eficácia, mas não o seu fundamento de validade. Esse é um dado importante. O direito não se apóia na coação real e efetiva, mas na possibilidade de coação, razão pela qual:

A coação tem, sob essa ótica, caráter ético, que não aparece somente em virtude de sua finalidade de resguardo da liberdade, mas também por ser a liberdade considerada como único direito nato. 'A coação não perturba, portanto, a eticidade do direito. Ao dizer que a faculdade de coagir está ligada ao direito, Kant não tira o direito do mundo ético, mas nele insere a coação.' (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 136).

Portanto, a coação, embora seja um pressuposto da existência do direito, que tem a finalidade de emprestar-lhe a necessária eficácia, não se confunde com o fundamento de validade do direito, que, como já afirmei, não pode em Kant ser encontrado em nenhum elemento empírico exterior ao sujeito, mas apenas *a priori*, como fato da razão. É a liberdade que fundamenta a moral, o direito e, por conseguinte, legitima também a coação. Nesse sentido, são precisas as palavras de Salgado:

A coação do direito desempenha um papel meramente ancilar da liberdade que é a sua *ratio essendi*. Está por isso totalmente condicionada pela liberdade erigida como princípio de legislação na república. No máximo, poderia a coação ser condição de existência do direito, (*ratio existendi*). Numa linguagem mais técnica, dá ela a eficácia ao direito e não validade, que é buscada na sua instância última: a justiça como ideal de realização igual da liberdade. A razão é o critério da validade de toda norma jurídica que deve realizar, no possível, na sociedade humana, o imperativo categórico como idéia suporte de todo o ético: o direito e a moral. Esse imperativo é fruto da própria razão humana legislando para si mesma, na medida em que as máximas individuais de seres que pertencem ao mundo sensível se elevam à categoria de leis objetivas. Também o legislador do direito deve ter em conta, ao criar as leis, o critério de sua validade: a conformidade com a razão. (1995, p. 277).

Uma vez afastada a possibilidade de fundamentação do direito pela coação,

resta-me mostrar, com a profundidade necessária, como se dá a fundamentação do direito a partir da dedução do imperativo categórico pela razão, sob o pressuposto da ideia de liberdade que, no sistema kantiano, encontra-se na base de toda a moralidade.

4.4 O fundamento de validade do direito em Kant

Como afirmei na introdução ao presente capítulo, a ética kantiana pode ser definida como a busca pelo princípio supremo da moralidade, que é uma lei moral incondicionada, capaz de fundar a validade de todas as obrigações. Essa lei moral que obriga incondicionalmente deverá ser fundamentada *a priori*, pois o grau de generalidade que pode nos oferecer a experiência nos permite alcançar, quando muito, uma regra prática, sem o caráter da necessidade absoluta que exige uma lei universal. Por isso, a ética kantiana é uma ética autônoma, que buscará o seu fundamento de validade nela mesma, sem recorrer a conceitos externos.

Kant pressupõe o homem como ser livre e, portanto, capaz de se dar a sua própria lei, o que faz com recurso à razão pura em sua função prática. O homem, como todo ser dotado de razão, tem capacidade moral e não necessita de nenhum código ditado pelos filósofos para conhecer a lei moral e ser capaz de orientar a sua ação (SALGADO, 1995, p. 146). Essa é a chave para a compreensão da ética kantiana e seu fundamento de validade: a lei que orienta a ação dos homens não é uma lei externa, mas uma lei que decorre da razão, ou simplesmente a lei moral.

Para um ser puramente racional, a lei moral seria meramente descritiva, pois um tal ser agiria sempre conforme a razão. O homem, contudo, não pertence unicamente ao mundo da razão; ele é também um ser sensível e, portanto, sujeito a inclinações que podem levá-lo a não agir como determina a razão: "O homem, com efeito, afectado por tantas inclinações, é na verdade capaz de conceber a ideia de uma razão pura prática, mas não é tão facilmente dotado da força necessária para a tornar eficaz in concreto no seu comportamento", afirma Kant (2007, p. 15-16). Por isso, a lei moral para o homem tem a forma prescritiva, ou seja, o homem, que é tanto racional como sensível, tem que conhecer as leis do mundo como imperativos,

e as ações a estes correspondentes como deveres (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 126).

Os imperativos morais são categóricos. Eles nos representam uma ação como objetivamente necessária por si mesma (por isso, um dever), e não como um meio necessário para se alcançar uma finalidade qualquer (caso em que seriam hipotéticos). O imperativo categórico é, portanto, o imperativo da moralidade, necessário para o homem que, pertencente ao mundo sensível, pode agir em desacordo com a lei moral. Ele contém o princípio subjetivo da ação, que ordena a cada homem: "Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal." (KANT, 2007, p. 59).⁹³ Os imperativos categóricos só são possíveis por meio da liberdade. É a liberdade, entendida como autonomia ou propriedade da vontade de ser lei para si mesma, que fundamenta o princípio da moralidade, como explica Kant:

[...] que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia, i. e. a propriedade da vontade de ser lei para si mesma? Mas a proposição: 'A vontade é, em todas as ações, uma lei para si mesma', caracteriza apenas o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ter-se a si mesma por objecto como lei universal. Isto, porém, é precisamente a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade; assim, pois, vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa. (2007, p. 94).

A partir dos conceitos até aqui apresentados, podemos, agora, fazer uma síntese do sistema kantiano da moralidade. Ele parte do pressuposto da liberdade, que é uma ideia ou conceito puro da razão e, por isso, não pode ser demonstrado empiricamente. A liberdade é a faculdade do ser racional de deduzir a lei moral que orientará as suas ações. Essa lei moral, para o homem que pertence também ao mundo sensível, tem a forma de dever. Portanto, no momento de agir, deverá o homem realizar o teste do imperativo categórico, e se perguntar se a máxima através da qual pretende se conduzir pode ser erigida em uma lei universal. Agindo assim, terá uma indicação segura de estar sempre cumprindo o seu dever.

Surge, nesse momento, uma questão importante da qual não podemos nos esquivar. Por que deveríamos agir em cumprimento do dever, se, por vezes, agindo de outro modo, nossa ação melhor se nos aproveitaria? Entendo que Kant oferece,

⁹³ Assim Kant demonstra que o imperativo categórico é um juízo sintético *a priori* prático, pois não se deduz da experiência, é situado no campo da ação e acrescenta ao seu objeto o predicado dever.

pelo menos, duas boas razões que sustentam o seu princípio moral. Em primeiro lugar, do ponto de vista interno, o homem, enquanto ser racional, deve pensar-se como um fim em si mesmo, porque isso o distingue dos seres puramente sensíveis como os animais. Por isso, o cumprimento da lei interna prescrita pela razão é, para os seres racionais, o preço da dignidade:

A necessidade prática de agir segundo este princípio, isto é, o dever, não assenta em sentimentos, impulsos e inclinações, mas sim somente na relação dos seres racionais entre si, relação essa em que a vontade de um ser racional tem de ser considerada sempre e simultaneamente como *legisladora*, porque de outra forma não podia pensar-se como *fim em si mesmo*. A razão relaciona pois cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as acções para connosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da ideia da *dignidade* de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá. [...] No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. [...] O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; [...] aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*. (2007, p. 77).

Kant está ciente de que a lei moral ditada pela razão não constitui o melhor caminho para alcançarmos a nossa conservação, bem-estar ou mesmo felicidade. Para tais fins, melhor nos servem os nossos instintos. Ocorre que as disposições naturais de um ser racional não se resumem à busca pelo bem estar ou pela felicidade. Estas não são a finalidade última de nossa existência: o homem, como ser livre, é um fim em si mesmo e deve inclinar-se aos preceitos da razão, pois só assim alcançará a plenitude da satisfação conforme a sua própria índole (KANT, 2007, p. 24-26).

Por outro lado, do ponto de vista externo, o homem, embora seja livre, não está sozinho no mundo. Ele vive numa sociedade de homens livres, de modo que a ação que viola a lei moral pode representar a negação da liberdade de outro homem igualmente livre.⁹⁴ Assim, a lei moral (interna) reclama por uma legislação externa que possibilite ao arbítrio de cada um conciliar-se com o arbítrio dos outros segundo

⁹⁴ Bobbio distingue entre liberdade interna ou moral e liberdade externa ou jurídica. No primeiro sentido, a liberdade é tomada como autonomia, ou seja, como "faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós mesmos"; no segundo sentido, a liberdade é tomada no âmbito do direito, ou seja, referindo-se a "*uma relação minha com os outros*", que é o mesmo que arbítrio. (BOBBIO, 1997, p. 58). A distinção é importante. A liberdade, em sentido interno, é ilimitada, pois sendo um conceito puro da razão (*a priori*), não se sujeita a nenhuma interferência externa. Só é possível pensar uma liberdade que encontre limite na liberdade do outro em sentido externo, como arbítrio.

uma lei universal da liberdade. Esse é, precisamente, o conceito de direito que, portanto, nada mais é do que a liberdade exteriorizada, que possibilita a convivência entre sujeitos livres, capazes de imputação.

Deste modo, o cumprimento do dever se justifica tanto do ponto de vista interno do sujeito (o ser racional como fim em si mesmo) quanto externo (o ser racional em sua relação com os outros seres racionais). A liberdade é, em Kant, o fundamento de toda a moralidade, que inclui a moral (*stricto sensu*) e o direito. Ao mesmo tempo em que fundamenta a existência da lei moral que orienta a ação, justifica a interferência externa na esfera individual do sujeito sempre que ele, levado por suas inclinações, violar a lei que lhe prescreve a razão. Demonstra-se, assim, o fundamento de validade do direito em Kant:

O fundamento do direito, em Kant, é a liberdade, entendida como autonomia da razão. Somente sob o pressuposto da liberdade, que não pode ser demonstrada, por não se dar na experiência, são possíveis a moral e o direito. A liberdade fundamenta a existência de leis internas, que criam deveres internos, na forma de imperativos categóricos. Mas a mesma liberdade interna fundamenta também a existência de leis exteriores, que tornam possível o convívio das liberdades individuais de escolha (arbitrio). O imperativo categórico fundamenta o direito, que pode ser considerado a liberdade exteriorizada. A moral não é suficiente e a mesma liberdade que manda o homem agir conforme o dever interno e pelo dever interno, manda que sejam criadas leis externas para garanti-la. Com efeito, como afirma o próprio Kant, há muitos deveres morais diretos (Doutrina da Virtude), mas a legislação interior faz também de todos os deveres restantes deveres morais indiretos, e obedecer à ordem jurídica é um deles" (TRAVERSSONI GOMES, 2004, p. 144).

O direito, como dimensão do ético que torna possível a liberdade externa, só pode encontrar o critério de sua validade nos princípios da razão pura prática ou, em última instância, na legislação autônoma da razão. Como o direito só é possível no Estado civil, o homem tem o dever de abandonar o estado de natureza e a ele não retornar. A liberdade, portanto, é também o fundamento da existência do Estado, pois somente um ser livre tem o dever de abandonar o estado de natureza e entrar numa sociedade de direito capaz de promover a justiça e efetivar a liberdade e a igualdade, segundo uma lei universal.

É preciso observar, contudo, que essa posição que aqui defendo adotando as teses de Salgado (1995) e Travessoni Gomes (2004) não é unanimidade entre os estudiosos de Kant.⁹⁵ Para alguns, a fundamentação do direito a partir da moral

⁹⁵ Segundo Merle, "No que diz respeito à relação do direito com a moral em Kant, distinguem-se, habitualmente, três opções: a tese da independência integral (defendida por Julius Ebbinghaus), a

kantiana encerra uma contradição, que pode ser expressa pela seguinte questão: se o imperativo categórico prescreve deveres internos, e se o direito não pode recorrer a motivos internos, como fundamentar o direito pelo imperativo categórico? A resposta, como já demonstrei, reside na distinção entre duas dimensões do direito que não se confundem, quais sejam, a validade e a eficácia. É correta a afirmação de que a eficácia do direito é assegurada pela faculdade de coerção, pois o direito, como legislação externa, não leva em conta os motivos da ação. Isso, contudo, significa apenas que o direito independe da moral para a sua *realização* (ou execução), mas não que o direito pode ser *fundamentado* sem recurso à moral. Trata-se, portanto, de uma contradição aparente, como esclarece Guyer:

A premissa fundamental da moralidade kantiana é que a liberdade humana tem um valor incondicional, e tanto o Imperativo Categórico como o princípio universal do direito emergem diretamente dessa asserção normativa fundamental: o Imperativo Categórico nos diz qual forma nossas máximas devem tomar se se pretende que elas sejam sempre compatíveis com o valor universal da liberdade, independentemente de nossas máximas ou motivações. Desse modo, o princípio universal do direito pode não ser derivado do Imperativo Categórico, mas ele certamente é derivado da concepção de liberdade e de seu valor, que é o princípio fundamental da moralidade kantiana. (2009, p. 298).

Conclui-se, portanto, com Travessoni Gomes, que "A mesma liberdade fundamenta a moral e o direito, a legislação interna e a legislação externa. Embora o direito positivo seja legislação externa, seu fundamento continua sendo interno: a liberdade como autonomia da vontade" (2004, p. 147). Kant parece ter sustentado essa posição de maneira expressa, ao afirmar que o direito, embora completamente externo, "fundamenta-se, na verdade, na consciência da obrigação de cada um segundo a lei" (2005, p. 46). Essa consciência nada mais é do que a razão pura prática, que representa uma vontade que é boa em si mesma, sob o pressuposto da ideia de liberdade. Por isso, é correta a afirmação de que "ao colocar a liberdade, enquanto idéia, como fundamento de sua ética, Kant a está fazendo fundamento do direito" (TRAVERSSONI GOMES, 2007, p. 165). Mais que isso, a está fazendo fundamento do Estado e da própria ideia de justiça, pois:

tese da dependência da dedução do direito com base na lei moral (defendida pela primeira vez por juristas kantianos nos anos entre a *Fundamentação da metafísica dos costumes* e a *Doutrina do direito*) e a tese da dependência limitada" (2007, p. 100). Esta última é a tese aqui defendida.

[...] justo é, para Kant, tudo o que promove a liberdade, o governo de si mesmo; injusto o que impede a liberdade que se realiza segundo leis universais. [...] Indissoluvelmente ligadas à idéia de justiça estão a idéia de liberdade e a de igualdade. O exercício da liberdade de cada um deve compatibilizar-se com o da liberdade de todos os demais, segundo um princípio de igualdade que se mostra em duas faces: como direito de liberdade inato e igual para todo ser racional e como limitação igual para todos no sentido de possibilitar a sociedade civil, ou a vida em comum de seres que são fins em si mesmos (Estado). Justa é somente a ação, sob cuja máxima a liberdade de arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos. A liberdade é a condição de toda vida moral e, portanto, também do direito. Nenhum direito e nenhum dever tem sua origem noutra coisa senão na liberdade. (SALGADO, 1995, p. 245).⁹⁶

Uma vez mostrado o fundamento de validade da moral e do direito no contexto da ética kantiana, devo verificar se essa ética é capaz de superar o problema que me proponho a resolver. Se confirmada a hipótese, então estará superado o desafio positivista.

4.5 A ética kantiana é capaz de superar o desafio positivista?

Nas seções anteriores, foram examinados os pressupostos necessários à compreensão da ética kantiana, bem como seus objetivos, subdivisões e conceitos fundamentais. Procurei mostrar que, no sistema concebido por Kant, a moral e o direito são fundamentados a partir da ideia de liberdade,⁹⁷ pois é ela que possibilita a dedução do imperativo categórico ao qual deve se conformar a ação humana e, ao mesmo tempo, justifica a existência do direito como lei externa que garantirá o cumprimento da lei moral que cada homem, por ser livre, é capaz de se dar. Em Kant, a moral e o direito constituem duas dimensões indissociáveis de uma mesma ética, que serve à finalidade de possibilitar a vida em sociedade ou, nas palavras do próprio Kant, a convivência dos arbítrios de cada homem segundo uma lei universal da liberdade.

⁹⁶ Essa passagem nos mostra claramente a estreita vinculação entre o direito e a justiça em Kant, bem como sua fundamentação comum na ideia de liberdade. Como ser livre, o homem tem não apenas o direito, mas o dever de abandonar o estado de natureza e fundar uma sociedade de direito que possibilitará o seu convívio com os demais homens livres. Se o direito é a exteriorização da liberdade e a justiça é a conformação ao direito (pois, como bem observou Salgado, justa é somente a ação, sob cuja máxima a liberdade de arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos), então concluímos que, em Kant, a justiça é mais do que uma exigência do direito, na medida em que ela se confunde com o próprio direito.

⁹⁷ Liberdade como autonomia.

Ao apresentar a ética kantiana e seu fundamento transcendental de validade, levantei a hipótese de que ela é capaz de superar o problema da ausência de justificação legado pelo positivismo jurídico e sua fundamentação formal do direito. Devo agora verificar se a hipótese se confirma, isto é, se é possível, com Kant, resgatar a legitimidade do direito sem, no entanto, retornar ao dogmatismo jusnaturalista.⁹⁸

Embora Kant esteja inserido na tradição do jusnaturalismo moderno,⁹⁹ sua filosofia é antes um meio termo entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Com os jusnaturalistas, Kant compartilha a aceitação de um direito natural, que é a liberdade, mas esse direito natural não apela para um conteúdo material heterônomo, no que Kant se alinha aos juspositivistas.¹⁰⁰ Por um lado, a ética kantiana se aproxima do jusnaturalismo ao admitir a existência de um direito natural a partir do qual será deduzido o fundamento de validade do direito, mas dele se afasta ao conceber esse direito natural como autonomia; e, por outro lado, a ética kantiana se aproxima do positivismo jurídico ao negar a possibilidade de fundamentação do direito com recurso a um direito natural exterior, mas dele se afasta ao estabelecer uma vinculação necessária entre o direito e a moral. Essa vinculação, como demonstrei, decorre do fato de que toda a ética kantiana, que inclui a moral e o direito, remonta a um mesmo princípio, que é um princípio moral.¹⁰¹

Como observou Luño Peña (1954, p. 27 *et seq.*), o racionalismo jusnaturalista de Kant converte a razão em fonte de toda norma moral e jurídica. Na ética kantiana,

⁹⁸ A questão se resume em verificar se a ética kantiana e seu fundamento transcendental de validade são capazes de devolver ao direito a legitimidade perdida na fundamentação formal proposta pelo positivismo jurídico, sem, contudo, retornar ao dogmatismo característico da fundamentação material jusnaturalista.

⁹⁹ Como esclarecido na seção introdutória do presente capítulo, a classificação da teoria jurídica de Kant é questão um tanto polêmica, havendo teóricos que chegam a classificá-la como uma teoria positivista (Waldron, 1996). Adotei, aqui, a classificação de Bodenheimer (1996), para quem Kant situa-se na terceira e última fase do jusnaturalismo moderno. Entendo que a teoria do direito de Kant não pode ser considerada positivista porque sua ética se assenta em bases metafísicas, o que é incompatível com o empirismo característico do positivismo jurídico.

¹⁰⁰ Como anteriormente assinalai, apesar de Kant afirmar ser a liberdade um direito natural, essa terminologia é, na verdade, simbólica, já que o direito natural não é para ele, uma outra ordem, mas um pressuposto: o da autonomia da razão.

¹⁰¹ Como vimos, a ética kantiana é a busca pelo princípio fundamentador de todas as obrigações, que Kant denomina princípio supremo da moralidade. Ele será deduzido da razão na forma de um imperativo categórico (dever) que dá ao homem a lei moral que orienta a ação, sob o pressuposto da liberdade, isto é, de que todo ser racional é capaz de dar a si mesmo a sua lei. Por isso, existe em Kant uma vinculação necessária entre o direito e a moral, que são dimensões indissociáveis de uma mesma ética. A legitimidade do direito repousa no princípio moral que remonta à ideia de liberdade.

as normas que orientam a conduta humana não são deduzidas nem do direito natural (como ordem superior ao direito positivo) e nem do direito positivo, mas da lei moral que é deduzida da razão. Por isso, o fundamento de validade do direito em Kant não é material, como o jusnaturalista, nem formal, como o juspositivista, mas transcendental, pois decorre, em última instância, de um fato da razão que é a liberdade.

Retornando, agora, ao problema apresentado nos capítulos anteriores, verificamos que o jusnaturalismo tem a vantagem de oferecer uma justificação para o direito, embora essa justificação não esteja assentada em bases seguras, pois a moral heterônoma subjacente ao direito natural não apresenta a incondicionalidade e necessidade que devem ser exigidas de uma lei que se pretenda universalmente válida. Isso levou os juspositivistas a refutar toda proposta de fundamentação do direito positivo com recurso à moral, limitando-se à descrição do direito sem qualquer pretensão de justificação. Se, por um lado, a proposta positivista tem a vantagem de livrar o direito positivo da incerteza e dogmatismo do direito natural, por outro lado ela tem a desvantagem de despojar o direito de uma de suas dimensões essenciais, que é a legitimidade (ou justificação). Esse é, precisamente, o problema apresentado, e a presente investigação é a busca por um direito que se assente em bases legítimas sem recorrer a uma moral subjetiva, contingente e dogmática.

O exame da ética kantiana nos mostra que ela é a capaz de oferecer essa fundamentação do direito que tanto buscamos. O esforço de Kant foi, desde o princípio, dirigido para a justificação, como ressalta Salgado:

Kant não quer dar um conceito de direito nos moldes científicos atuais (a partir do direito positivo), mas dar a idéia do direito, ou seja, o critério (filosófico) pelo qual se julga da validade do próprio direito positivo. Com a definição do direito - dentro do campo filosófico e não científico estrito, que não convém ao direito propriamente - 'o que Kant tem em mira é o ideal do direito, com o qual toda legislação se deve uniformizar para poder ser considerada como justa', ainda que 'nenhuma legislação existente corresponda a esse ideal' (1995, p. 21).

A ética kantiana não despreza a conexão necessária entre o direito e a moral, embora a moral não seja heterônoma, mas construída no interior do próprio sujeito, com recurso à razão em sua função prática. Com isso, Kant estabelece um critério pelo qual todas as leis positivas são julgadas a respeito da sua legitimidade (HÖFFE, 2005, p. 239), mas, ao mesmo tempo, não incorre no dogmatismo próprio

do jusnaturalismo, que apela a princípios morais externos que não é capaz de justificar. Kant se antecipou à filosofia do direito atual, superando o positivismo jurídico antes mesmo de seu desenvolvimento, pois defende um fundamento de validade que não é dogmático como o jusnaturalista, nem formal como o positivista (TRAVERSSONI GOMES, 2007, p. 164). Seu conceito de direito, a um só tempo, incorpora uma ideia de justiça como dimensão necessária e imprescindível, e refuta a fundamentação do direito positivo em uma ordem natural superior, atendendo, portanto, tanto aos anseios positivistas de superação do direito natural, quanto aos anseios não positivistas de justificação do direito com recurso à moral:

Se, como quer o jusnaturalismo, nem todo conteúdo pode ser conteúdo da ordem jurídica e, como querem os positivistas, a crença em um Direito natural é ingênua e dogmática, a solução é o fundamento transcendental de validade. [...] Uma fundamentação transcendental do direito, como a de Kant, constitui parte da superação do positivismo jurídico, pois resolve o problema da busca da integração da dimensão ética ao direito sem, contudo, adotar um direito natural heterônomo. (TRAVERSSONI GOMES, 2007, p. 166-167).

Assim é que a hipótese inicial se confirma, já que a ética kantiana, à qual retornamos, foi capaz de superar o jusnaturalismo sem, no entanto, despojar o direito da dimensão crítica que é necessária à própria definição do direito. A conclusão que daí se extrai é a de que, se admitíssemos a existência de um pós-positivismo como corrente do pensamento que combate o positivismo, então Kant poderia ser considerado um pós-positivista antes mesmo do surgimento do positivismo.

Ao recorrer à teoria de Kant, desenvolvida há quase três séculos, para tentar superar um problema atual, não pretendo dizer que Kant é capaz de resolver todos os problemas da modernidade. Nenhuma teoria é capaz de fazê-lo, e essa é a razão pela qual o conhecimento está em constante processo de construção. Kant desenvolveu uma ética no contexto de seu tempo, orientada para os problemas que então se apresentavam, os quais, naturalmente, são diferentes dos que hoje enfrentamos. Por isso, novas leituras são sempre necessárias para uma velha filosofia, que, contudo, tem muito a ver com as questões e problemas atuais. Prova disso é que mesmo os teóricos que hoje se debruçam sobre os problemas legados pelo positivismo jurídico (que, como entendo, ainda representa o paradigma atual de descrição do direito, por não ter sido totalmente superado) bebem, inevitavelmente,

na fonte da ética kantiana ou, pelo menos, em alguns dos conceitos centrais que Kant desenvolveu. Como nos lembra Salgado, a própria ideia de uma constituição que realiza a justiça, tão característica de nosso tempo, pode ser melhor pensada à luz da ética kantiana, em que os deveres decorrem da consciência dos sujeitos livres, e o papel do direito é a efetivação de liberdades, e não a imposição de condutas ou a promoção do bem material:

A ideia de uma constituição que realiza a justiça, a ponto de eliminar mais e mais a necessidade da coercitividade das leis, deveria ser estudada com mais profundidade, com o que se poderia concluir, diz Kant, ser uma ideia necessária que uma constituição tenha por fim a mais completa liberdade humana, ou seja, que realize a compatibilidade da liberdade de cada um com a liberdade de todos, sem que considere como sua meta primeira a promoção do bem comum material. Toda constituição deve ter esse princípio como seu fundamento, ainda que os obstáculos que se oponham à sua realização pareçam intransponíveis, pois são decorrentes mais 'do desprezo das verdadeiras ideias do que da natureza humana' (1995, p. 142).

Essa é, em minha opinião, a grande contribuição dada por Kant no campo da ética em que se insere o direito. Ao inverter a lógica das relações entre direitos e deveres, o filósofo transfere para a consciência de cada ser livre a responsabilidade pela produção das leis que orientarão o seu agir, deixando o direito de ser fonte de imposição de obrigações forçadas para converter-se em instrumento de afirmação da liberdade. Se, como penso, Kant estiver certo, então nós temos não apenas um meio para superar um dos principais desafios da filosofia do direito de nosso tempo, mas também um caminho seguro para a construção de um direito mais justo e uma sociedade mais livre e igual, que é, afinal, o que sempre buscou e continuará buscando o homem de ontem, hoje e amanhã.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a uma abordagem do fundamento de validade do direito, questão que constitui um dos grandes desafios desde o alvorecer do pensamento jusfilosófico, quando o homem passou a pensar-se a partir das relações com os outros homens, também sujeitos de direitos e obrigações. O problema da fundamentação do direito é, como observa Alexy (2004b; 2008), o problema acerca do que é o direito, e daí a relevância do estudo que procurei aqui desenvolver, adotando como ponto de partida a passagem do fundamento de validade material, característico do jusnaturalismo, para o fundamento de validade formal, característico do positivismo jurídico, que constitui o paradigma ainda vigente, em que pesem os esforços contemporâneos no sentido de sua superação.

A investigação teve início, no capítulo 2, com a análise do fundamento de validade do direito no pensamento jusnaturalista, corrente dominante desde a antiguidade até a modernidade. O jusnaturalismo é caracterizado pela crença de que o direito dos homens (direito positivo) retira a sua validade de um direito natural hierarquicamente superior que, como vimos, apresenta diversas manifestações, ora gravitando em torno da antítese natureza/normas, ora em torno da antítese direito divino/direito dos homens, ora em torno da antítese direito positivo/razão individual (RADBRUCH, 1997). Seguindo a classificação de Welzel (1974), foram percorridos os três estágios do jusnaturalismo (antigo, cristão-medieval e moderno), de modo a contextualizar o surgimento do positivismo jurídico, seus pressupostos e objetivos.

A passagem do fundamento material para o fundamento formal do direito foi precedida da delimitação do conceito, tarefa necessária por ser o positivismo uma das correntes mais incompreendidas de toda a história do pensamento jurídico. Ao contrário do que comumente se afirma, o positivismo jurídico não pode ser compreendido como uma teoria de negação da moral e da justiça; é, antes, uma teoria que defende a impossibilidade de *fundamentação* do direito com recurso à moral, que é, para os positivistas, um conceito variável e subjetivo, que não pode assegurar a validade de uma ordem normativa que se pretenda universal. Por isso, o positivismo jurídico deve ser compreendido dentro dos limites de sua proposta, que

é meramente descritiva, pretendendo explicar o direito como ele é e não como ele deveria ser, sem qualquer compromisso com a problemática da constituição.

O positivismo jurídico possibilitou a superação definitiva do direito natural fundando a validade da ordem jurídica no procedimento estatuído pelo próprio direito, a partir de uma norma primeira que, em Kelsen e Bobbio, é a norma fundamental, e em Hart é a regra secundária de reconhecimento. Com recurso a essa norma primeira pressuposta (aceita), os positivistas acreditaram ter alcançado uma fundamentação racional para o direito, livrando-o da incerteza e dogmatismo do jusnaturalismo, e elevando-o ao plano da ciência. A superação do direito natural, contudo, teve o seu preço. Ao renunciar a qualquer possibilidade de fundamentação do direito em bases materiais, os positivistas acabaram por legar ao pensamento jurídico um problema não menos significativo, que é o problema da justificação. Esse o problema que a presente investigação se propôs a resolver, posto na forma de um desafio que chamei de desafio positivista, adotando a terminologia de Travessoni Gomes (2007).

Seguiu-se, então, no capítulo 3, a crítica ao positivismo jurídico e sua fundamentação formal do direito, com o objetivo de demonstrar por que o desafio positivista deve ser superado. Foram analisadas algumas das principais objeções formuladas ao positivismo jurídico, sintetizadas nos argumentos da arbitrariedade, de Radbruch, e da justificação, desenvolvido por Habermas no plano da legitimidade, e por Alexy no plano da pretensão de correção. Procurei mostrar que a crítica da arbitrariedade, que chamei de crítica fraca, não se sustenta, na medida em que o direito, tal como defendido pelos positivistas, depurado de toda sustentação moral (inclusive ideológica), não é capaz de legitimar ou deslegitimar regimes políticos, sejam eles totalitários ou não totalitários. São outros os problemas que verdadeiramente decorrem do positivismo jurídico e seu fundamento de validade formal do direito: em primeiro lugar, ele não é capaz de atingir o seu objetivo de oferecer uma fundamentação racional para o direito, como procurei mostrar com recurso ao argumento habermasiano da legitimidade; e, o que é mais grave, acaba por comprometer o próprio conceito de direito ao desprovê-lo de um dos elementos essenciais à sua definição, como procurei mostrar com recurso ao argumento de Alexy da pretensão de correção. A junção desses dois argumentos mostrou que uma descrição do direito que renuncia à tarefa de justificação certamente não representa

a melhor descrição do direito, sendo preciso ir além e devolver ao direito a legitimidade perdida na fundamentação formal proposta pelo positivismo jurídico, sem, contudo, retornar ao dogmatismo característico da fundamentação material jusnaturalista.

Para a solução do problema, adotei a hipótese de que a ética kantiana é capaz de superar o desafio positivista, oferecendo uma justificação para o direito que não recorra a uma moral heterônoma e, portanto, contingente e dogmática (capítulo 4). O fundamento do direito em Kant é transcendental. Ele remonta à ideia de liberdade que, a um só tempo, possibilita a dedução do imperativo categórico ao qual deve se conformar a ação humana, e justifica a existência do direito como lei externa que garantirá o cumprimento da lei moral que cada homem, por ser livre, é capaz de se dar. Isso quer dizer que, no sistema ético kantiano, as normas do agir não são deduzidas nem do direito natural (como ordem superior ao direito positivo) e nem do ordenamento jurídico positivo, mas da lei moral deduzida da razão, sob o pressuposto da ideia de liberdade.

A filosofia de Kant, portanto, constitui um meio termo entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. Com os jusnaturalistas, o filósofo compartilha a aceitação de um direito natural, embora esse direito natural não possua um conteúdo material; com os positivistas, compartilha a rejeição de toda moral heterônoma como fundamento de validade da ordem jurídica, sem, no entanto, despojar o direito de sua dimensão ética, representada pela conexão necessária com a moral. Kant foi capaz de superar o jusnaturalismo sem retirar do direito a dimensão crítica que é necessária à própria definição do direito, antecipando-se ao problema decorrente da superação do direito natural pelo positivismo jurídico.

É bem verdade que Kant não conseguiu resolver todos os problemas. Ao contrário, a complexidade e a sistematicidade de sua filosofia tornaram-na alvo de muitas críticas, a maior parte delas decorrente de uma incompreensão teórica absoluta, a exemplo do que se verifica em relação ao positivismo jurídico. Nada mais kantiano. Afinal, dentre todas as contribuições legadas por Kant ao pensamento jusfilosófico, é possível que a maior delas seja, justamente, o exercício constante da crítica, mesmo dos pressupostos que se nos apresentam com tamanha evidência, como aqueles que decorrem da razão.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO (Santo). **O livre arbítrio**. 3. ed., Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Der Begriff und Geltung des Rechts**. Friburg: Verlag Karl Alber, 1992.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Traducción: Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 2004a.

ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**, vol. 21, n. 3, p. 281-299, september 2008.

ALEXY, Robert. On the thesis of a necessary connection between law and morality: bulgin's critique. **Ratio Juris**, vol. 13, n. 2, p. 138-147, june 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice: a Reply to Legal Positivism**. Translated by Bonnie Litschewsky Paulson and Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press, 2004b.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: uma perspectiva integrada**. São Paulo: Atlas, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2002.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. London: John Murray, 1832.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória: De senectude e outros escritos autobiográficos**. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONNECASE, Julien. **La escuela de la exegesis en derecho civil**. Traducción de la segunda edición francesa por el Jose M. Cajica Jr. Puebla: Jose M. Cajica Jr., 1944.

BULYGIN, Eugenio. Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality. **Ratio Juris**, 2, p. 133-137, 2000.

CABRAL DE MONCADA, L. **Filosofia do direito e do estado - Parte histórica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 1.

CAETANO, Cristiane Nunes. Neokantismo. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre (coordenador geral). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. Teoria da argumentação jurídica. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre (coordenador geral). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

COUTURE, Eduardo J.. Os 10 mandamentos do advogado. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Direito, cidadania e ética**. Belo Horizonte: Del Rey: OAB - MG, 2010.

CRUZ, Sebastião. **Jus directum (directum)**. Coimbra, 1971.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. Prefácio à edição brasileira. In: RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”**. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **O caso dos denunciante invidiosos: introdução prática às relações entre direito, moral e justiça**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006 (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.2).

FABRIZ, Daury Cesar. Legitimidade. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre (coordenador geral). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCÍA MÃYNEZ, Eduardo. **Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo**. México: UNAM, 1968.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução Cláudia Berliner. Revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. 2v.

GUYER, Paul. As deduções de Kant dos princípios do direito. Tradução Paula Maria Nasser Cury. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre (coordenador). **Kant e o direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por via de legalidad?. **Revista Doxa**, nº 5, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I e II.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1999.

HART, Herbert L. A.. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

HART, Herbert L. A.. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HART, Herbert L. A.. **Positivism and the separation of law and morals**. Harvard Law Review. Vol. 71. N. 4. The Harvard Law Review Association, 1958.

HART, Herbert L. A.. **The concept of law**. Oxford: Clarendon, 1961.

HOBBS, Thomas. **Leviatã - ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1999.

HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 2000.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Tradução de Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. Tradução de Ernilo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antonio Marques. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução e prefácio de Afonso Bertagnoli. 4. ed., São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editôra S.A., 1959.

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

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda., 2007.

KANT, Immanuel. **Recherche sur l'evidence des principes de la theologie naturelle et de la morale: annonce du programme des leçons de M. E. Kant durant le semestre d'hiver 1765-1766**. Traduction, introduction et notes par Michel Fichant. 2e. ed. Paris: J. Vrin, 1973.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. Tradução de Sérgio Terallaroli. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

KELSEN, Hans. **O que é a justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência.** Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998c.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAMEGO, José. A metafísica dos costumes: a apresentação sistemática da filosofia prática de Kant. In: KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil.** Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LUÑO PEÑA, Enrique. **Derecho natural.** Tercera edición. Barcelona: La Hormiga de Oro, 1954.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude.** Tradução de Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001 (Coleção Filosofia e Política).

MARTIN, Raymond. **Aller e retour de Kelsen à Aristote.** Revue Trimestrielle de Droit Civil. Paris: Dalloz, n. 2, avril-juin de 1997.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. **Direito e coerção.** São Paulo: Unimarco Editora, 1999 (reeditado).

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. **Elementos de teoria geral do direito.** 4.ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

MATOS, Andyttias Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MERLE, Jean-Christophe. Os dois conceitos de direito. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre; MERLE Jean-Christophe. **A Moral e o Direito em Kant - ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

MIRANDA AFONSO, Elza Maria. **O positivismo na epistemologia jurídica de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1984.

MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de. **O espírito das leis**. São Paulo: Nova Cultural, 1997 (Coleção Os Pensadores.).

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed., rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MORUJÃO, Alexandre Fradique. Prefácio da tradução portuguesa. In: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MOSCI, Tiago Lopes. Tópica jurídica. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre (coordenador geral). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. **O fundamento do direito em Espinosa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. Constituição. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre (coordenador geral). **Dicionário de teoria e filosofia do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

NEUMANN, Ulfrid. **Juristische Argumentationslehre**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Alguns apontamentos sobre a crítica de Habermas ao conceito positivista de legitimidade. **Anais do V Congresso Brasileiro de Filosofia**. São Paulo: 1998. vol. II.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Trad. María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
 RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Coimbra: 1997.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. A visão integral do direito em Kelsen. In: **Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 15-30.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. Mexico: Porrúa, 1963, t. I.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4. ed. México: Porrúa, 1970.

ROCHA JÚNIOR, José Jardim. Atravessando o "umbral da injustiça": direito e moral em Gustav Radbruch. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**. 5. ed. Brasília, s.d. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/5a-edicao/atravessando-o-umbral-da-injustica-direito-e-moral-em-gustav-radbruch/>>. Acesso: em 20 dez. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1965.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio. In: TRAVESSONI GOMES, Alexandre. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SANTOS, Maria Celeste C. Leite dos. **Poder jurídico e violência simbólica**. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

SÓFOCLES. **Antígona**. Tradução de Donato Schöler. Porto Alegre: L&PM, 2001.

TRAVERSSONI GOMES, Alexandre. A relação entre direito e moral: Kant e Habermas. In: FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Jürgen Habermas, 80 anos: direito e democracia**. Tradução Geraldo de Carvalho, Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

TRAVERSSONI GOMES, Alexandre. Fundamentação do direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (orgs.). **O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

TRAVERSSONI GOMES, Alexandre. Kant e o pós-positivismo no direito. In: TRAVERSSONI GOMES, Alexandre; MERLE Jean-Christophe. **A Moral e o Direito em Kant - ensaios analíticos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

TRAVERSSONI GOMES, Alexandre. **O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen**. 2. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **História da filosofia do direito e do Estado**. Tradução portuguesa por Henrique Barrilero Ruas. Lisboa: [s. n.], 1990.

VÁSQUEZ, María Isabel Azaretto de. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal**. Trad. María Isabel Azaretto de Vásquez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

WALDRON, Jeremy. Kant's Legal Positivism. **Harvard Law Review**, vol. 109, nº 7 (May, 1996), pp. 1535-1566.

WEBER, Max. **Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1977, vol. II.

WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. Em WEBER, Max. Sociologia, org. Gabriel Cohn, São Paulo: Editora Ática, 1979, vol. 13.

WEINBERGER, Ota. Logische analyse als basis der juristischen argumentation. In: KRAWIETZ, W.; ALEXY, Robert. (orgs.). **Metatheorie juristischer argumentation**. Berlim: Duncker-Humblot, 1983

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho - Derecho natural e justicia material**. Traducción Felipe González Vion. 2. ed., Madrid: Aguilar, 1974.