

### O conceito de direito em Immanuel Kant: positivismo radical ou não-positivismo superinclusivo?

Stobbe, Emanuel Lanzini; Trevisan, Leonardo Simchen

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Stobbe, E. L., & Trevisan, L. S. (2018). O conceito de direito em Immanuel Kant: positivismo radical ou não-positivismo superinclusivo? *Griot: Revista de Filosofia*, 17(1), 354-376. <https://doi.org/10.31977/grirfi.v17i1.789>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.de>

#### Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC Licence (Attribution-NonCommercial). For more information see: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0>

## **O CONCEITO DE DIREITO EM IMMANUEL KANT: POSITIVISMO RADICAL OU NÃO-POSITIVISMO SUPERINCLUSIVO?**

Emanuel Lanzini Stobbe<sup>1</sup>

Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)

Leonardo Simchen Trevisan<sup>2</sup>

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

 <https://orcid.org/0000-0002-9446-1822>

### **RESUMO:**

O objeto de estudo desta investigação é a filosofia do direito de Immanuel Kant, com ênfase na controvérsia acerca da natureza do conceito de direito por ele formulado. Assim, são analisados, em um primeiro momento, os conceitos centrais da filosofia moral de Kant que estão em conexão com sua ideia de direito e, em um segundo momento, os aspectos mais importantes do pensamento filosófico-jurídico kantiano. Busca-se, com isso, uma definição a respeito da melhor forma de entender a filosofia do direito de Kant, se representante de um positivismo radical ou de um não-positivismo superinclusivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Immanuel Kant; Filosofia do direito; Positivismo radical; Não-positivismo superinclusivo.

## **IMMANUEL KANT'S CONCEPT OF LAW: RADICAL POSITIVISM OR SUPER-INCLUSIVE NON-POSITIVISM?**

### **ABSTRACT:**

The object of this research is Immanuel Kant's philosophy of law, more specifically, the controversy over the nature of Kant's concept of law. Thus, the central concepts of Kant's moral philosophy, which are in connection with his idea of law, and, secondly, the most important aspects of Kant's thought regarding legal philosophy, are analyzed. It aims a definition of the most appropriate way to understand Kant's philosophy of law, whether it represents a radical positivism or a super-inclusive non-positivism.

**KEYWORDS:** Immanuel Kant; Philosophy of law; Radical positivism; Super-inclusive non-positivism.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Filosofia na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), São Paulo – Brasil. E-mail: [e.l.stobbe@t-online.de](mailto:e.l.stobbe@t-online.de).

<sup>2</sup> Doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Rio Grande do Sul – Brasil. E-mail: [leonardo\\_tapes@hotmail.com](mailto:leonardo_tapes@hotmail.com).

## Introdução

Na catedral da antiga cidade alemã de Königsberg (atual Kaliningrado, Rússia), encontra-se localizado o túmulo do filósofo Immanuel Kant. Seu epitáfio, reproduzindo uma famosa passagem da “Crítica da Razão Prática”, diz: “duas coisas me enchem o espírito de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada quanto mais intensa e frequentemente a reflexão delas se ocupa: o céu estrelado sobre mim e a lei moral dentro de mim.” A referência à lei moral não poderia ser mais oportuna; em suas derradeiras obras, Kant ocupou-se sobretudo da filosofia moral, elevando-a a patamares até então desconhecidos, com decisivas repercussões em sua filosofia do direito, indissociável daquela.

Todavia, apesar do grande interesse que a filosofia de Kant vem despertando há mais de duzentos anos, dúvidas acerca da natureza de seu conceito de direito, um ponto extremamente importante no interior daquele sistema filosófico, ainda não puderam ser eliminadas. O prestígio de que desfruta o pensamento de Kant nos dias atuais parece recomendar o preenchimento de semelhante lacuna de compreensão. Não se trata de uma tarefa simples, dado o tratamento aparentemente vacilante e contraditório que o filósofo dispensa à sua doutrina do direito; a presente investigação, ciente dos desafios impostos por seu objeto, buscará realizá-la.

O sistema filosófico kantiano é conhecido por seu rigor conceitual. Em vista disso, e considerando a íntima conexão entre a filosofia do direito de Kant e sua filosofia moral, a primeira parte deste estudo, após um breve intróito dedicado à demarcação do lugar ocupado pelo tema na divisão da filosofia, será voltada à exposição minuciosa dos conceitos centrais do pensamento kantiano acerca do direito e da ética: em uma apertada síntese, a lei moral, o imperativo categórico, a liberdade como único direito inato e a própria definição kantiana de direito.

Esses conceitos servirão de base para a investigação e serão retomados na segunda parte, na tentativa de situar o pensamento filosófico-jurídico de Kant no quadro maior da filosofia do direito. Assim, o foco será direcionado, em um primeiro momento, para o problema central da filosofia do direito, qual seja, a relação entre o direito e a moral, com uma breve exposição das correntes fundamentais do pensamento filosófico-jurídico, o positivismo e o não-positivismo. Na sequência, colocar-se-á a questão acerca da natureza do conceito de direito kantiano, se positivista ou não-positivista, com a indicação dos elementos que falam a favor ou contra cada possibilidade. Por fim, tomar-se-á posição diante do problema, conduzindo-se o argumento sobretudo através da decomposição dos elementos da definição de direito elaborada por Kant. Nessa derradeira parte, serão expostas contribuições doutrinárias de diferentes autores que se ocuparam do sistema filosófico-jurídico kantiano, com particular ênfase sobre os conceitos oriundos da teoria do filósofo do direito alemão Robert Alexy.

A investigação compõe-se, assim, de duas partes bem definidas, sendo a primeira mais filosófica que jurídica e a segunda, mais jurídica que filosófica. Metodologicamente, ela buscará confrontar diferentes possibilidades de interpretação do sistema filosófico-jurídico kantiano, tomando, ao final, posição diante delas, mediante a análise de argumentos contrários e favoráveis a cada uma. Espera-se que,

ao seu final, o leitor possa não apenas ter uma visão de conjunto da filosofia do direito de Kant, mas também possa considerá-la de um modo livre de pré-juízos potencialmente equivocados.

### Bases para o estudo do conceito de direito kantiano

Dos filósofos modernos, cuja importância ainda se pode notar no pensamento contemporâneo como um todo, pode-se dizer que a figura de maior destaque tenha sido a do prussiano Immanuel Kant (1724-1804). Professor de filosofia na Universidade de Königsberg<sup>3</sup>, Kant desempenhou um papel crucial tanto no desenvolvimento da *Aufklärung* germânica quanto no avanço da abordagem dos principais temas tratados ao longo do período que hoje consideramos ser a filosofia moderna. Notável, sobretudo, foi seu empreendimento crítico - principalmente em sua filosofia após o ano 1781, quando da publicação de sua obra magna, a *Kritik der reinen Vernunft*<sup>4</sup> (doravante *KrV*), após um longo período de gestão filosófica. Kant é amplamente estudado atualmente não apenas por conta de sua relevância no contexto histórico-filosófico dos séculos XVIII e XIX, mas também por conta de seu rigor e amplitude filosóficos. Seu sistema filosófico, a chamada “filosofia crítica” (também “criticismo”), representou toda uma revolução no modo como se fazia filosofia à sua época, e, seja na filosofia teórica, seja na filosofia prática, apresenta tanto uma densidade argumentativa quanto uma impressionante coerência interna.

Tomando esse contexto em consideração, pode não parecer tão evidente onde se situa o estudo do conceito de direito em Kant. Fatidicamente, o filósofo de Königsberg não dedica muito de suas principais obras críticas ao estudo do direito - além de *KrV*, também *Kritik der praktischen Vernunft* (doravante *KpV*) (1788) e *Kritik der Urteilskraft* (1790) -, não obstante possa-se apontar para ocorrências de um vocabulário jurídico, sobretudo em *KrV*, como a própria ideia de um “tribunal da razão” [*Gerichtshof der Vernunft*] (*KrV*, A XI-XII) pode sugerir por si própria. Em todo caso, a obra que Kant dedica para tratar das questões do direito não pode ser menosprezada<sup>5</sup>: sua ilustre *Metaphysik der Sitten* (doravante *MS*) (1797). Considerada uma obra tardia de Kant - dado que as principais obras críticas foram escritas e publicadas entre as décadas de 70 e 80 do século XVIII -, *MS* se divide em duas principais partes, a *Rechtslehre* (doravante *RL*) e a *Tugendlehre* (doravante *TL*), precedidas por uma introdução geral a ambas e introduções particulares a cada. O direito é o objeto de estudo da primeira parte, como o próprio nome “Doutrina” [*Lehre*] do “Direito” [*Recht*] sugere. Antes de apresentarmos as principais noções e argumentos kantianos concernentes ao conceito de direito, faz-se necessário lançar um primeiro olhar a questões tratadas por Kant em anos anteriores, principalmente

<sup>3</sup> A atividade docente de Kant naquela universidade é descrita pormenorizadamente em KÜHN, 2004, p. 223-254, obra essa que, mais além, apresenta uma extensa e detalhada biografia do filósofo prussiano.

<sup>4</sup> As referências aos textos de Kant utilizadas neste artigo serão feitas partindo da *Akademieausgabe* (*Gesammelte Schriften*, Berlin, 1900 ff.), seguindo sua paginação e abreviaturas. Todas as traduções são nossas.

<sup>5</sup> Como fizera, entre outros, Arthur Schopenhauer, ao afirmar que *MS* seria meramente produto de um velho senil (*Die Welt als Wille und Vorstellung*, § 62).

em sua *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (doravante *GMS*) (1785) - que abre caminho para os estudos no âmbito da filosofia prática.

### ***O lugar da metafísica dos costumes na divisão da filosofia***

Kant (*GMS*, AA 04: 387-390) abre *GMS* retomando a divisão da Filosofia<sup>6</sup>, tal qual considerada pela tradição de sua época: em física, ética - que, em textos pós-*GMS*, será tomada como a moral - e lógica. Kant faz uma primeira distinção dos modos de conhecimento filosófico, entre conhecimento material e formal: “todo conhecimento racional é ou material, e considera um objeto qualquer; ou é formal, e ocupa-se meramente com a forma do entendimento e da razão ela própria, e das regras universais do pensamento em geral, sem distinção dos objetos”. (*GMS*, AA 04: 387). A física e a ética seriam conhecimento material, ao passo que apenas a lógica seria conhecimento formal. Da filosofia material, nesses termos, temos que ela será “dupla” [*zwiefach*], justamente por conta de considerar tanto a física quanto a ética. Nesse sentido, temos que a primeira trataria das leis da natureza (sendo, por isso, a doutrina da natureza), enquanto a segunda trataria das leis da liberdade (enquanto doutrina da liberdade).

Kant faz também uma segunda distinção, entre filosofia empírica e filosofia pura: “Pode-se chamar toda filosofia, na medida em que ela se estriba em fundamentos empíricos, de empírica, mas àquela, que apresenta unicamente a partir de princípios *a priori* suas doutrinas, de filosofia pura”. (*GMS*, AA 04: 388). A lógica é inteiramente pura, mas tanto a física quanto a ética têm partes empíricas e puras. Sobretudo ao considerarmos a ética, temos que sua parte empírica seria a antropologia prática, ao passo que sua parte racional seria a moral propriamente dita. Considerando que a filosofia pura seria aquela cujos princípios não repousam na experiência, ela é metafísica, se restrita a objetos determinados pelo entendimento. (*GMS*, AA 04: 388). A metafísica, assim, também seria dupla, dividindo-se em metafísica da natureza (com relação à física), e metafísica dos costumes (com relação à ética). Tal metafísica dos costumes seria

[...] indispensavelmente necessária, não meramente por um motivo de especulação, a fim de inquirir a fonte dos princípios práticos situados *a priori* em nossa razão, mas porque os costumes eles próprios permanecem sujeitos a todo tipo de corrupção, enquanto faltar aquele fio condutor e norma suprema de seu ajuizamento correto. (*GMS*, AA 04: 390).

Pode-se dizer que a “metafísica dos costumes” à qual Kant se refere no prefácio, mas também em todo o percurso argumentativo de fundamentação em *GMS*, em linhas gerais, é a mesma metafísica dos costumes que temos na obra de 1797. Apesar da não-continuidade direta do projeto pós-1785 - se considerarmos que a próxima grande obra à qual Kant se dedicou tenha sido a continuação do projeto crítico, tendo como objeto a razão prática, em *KpV* -, a “fundamentação” elaborada por Kant em *GMS* serve de base para o que viria a ser tratado depois tanto em sua *Rechtslehre* quanto em sua *Tugendlehre*. Tal fundamentação se direciona, em maior

<sup>6</sup> Uma reconstrução argumentativa similar (com outros propósitos) pode ser encontrada em STOBBE, 2016b.

medida, à busca do “princípio supremo da moralidade” [*oberstes Prinzip der Sittlichkeit*] -, que Kant, após seu percurso argumentativo na primeira e segunda seção de *GMS*, entende como a autonomia da vontade, enquanto “a qualidade da vontade pela qual ela é uma lei para si mesma (independentemente de toda qualidade dos objetos do querer)”. (*GMS*, AA 04: 440). A busca pelo princípio supremo parte, sobretudo, da pergunta “o que eu devo fazer?” [*was soll ich tun?*] (*KrV*, A 805, B 833; *LOG*, AA 09: 25), já presente em *KrV*, enquanto a grande questão a ser considerada no contexto de uma filosofia prática. A fim de responder tal questão, seria necessário encontrar uma resposta que fosse tanto universal quanto necessária, sendo ambas universalidade e necessidade os indícios da validade de um conhecimento *a priori* (*KrV*, B 4) - com os quais Kant se ocupa em sua tarefa crítica.

### ***Principais noções fundamentais da filosofia moral kantiana***

A autonomia da vontade se refere, assim, à lei que eu mesmo me dou, e que eu mesmo devo seguir; tal lei é a lei moral [*moralisches Gesetz*], que em nós, seres racionais sensíveis - notadamente, homens [*Menschen*]<sup>7</sup> -, se apresenta como um imperativo, apontando para um dever [*Pflicht/Sollen*]. Uma vez que tal lei não é dada meramente partindo de um raciocínio hipotético como “para atingir X, é preciso executar a ação Y”, mas sim está, ela própria, vinculada à nossa natureza racional como seres, apesar de sensíveis, *racionais*, a lei moral se expressa em nós como um *imperativo categórico* [*kategorischer Imperativ*] - apontando para um curso universal e necessário de ações a serem realizadas ou deixadas de serem realizadas. O imperativo categórico é, basicamente, um procedimento de verificação da viabilidade moral de nossas ações. Kant expõe três formulações principais de tal imperativo, bem como variantes para a primeira e terceira formulações, totalizando cinco formulações<sup>8</sup>. A primeira - e, podemos dizer, mais conhecida - formulação reza: “Age apenas segundo a máxima pela qual possas querer simultaneamente que ela se torne uma lei universal”. (*GMS*, AA 04: 421). Uma máxima, para Kant, seria um princípio subjetivo do querer [*subjektives Prinzip des Wollens*] (*GMS*, AA 04: 400, nota) adotado por um sujeito agente - como, por exemplo, “sempre procuro ajudar alguém em necessidade quando este se encontra à minha frente”. Se uma máxima pode ser universalizada - qualquer outro ser humano poderia adotá-la, sem que contrariasse, com isso, o que a lei moral ordena -, então ela é considerada moralmente boa.

Um outro modo de interpretar os mandamentos da lei moral é analisar aquela que é comumente considerada a segunda formulação do imperativo categórico - a “Fórmula da Humanidade” [*Menschheitsformel*]: “Age de tal modo que uses a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, em todo momento simultaneamente como um fim, e jamais meramente como meio”. (*GMS*, AA 04: 429). A nossa humanidade, nesse sentido, não deve ser entendida como um conceito antropológico (empírico), mas sim como um conceito racional, que aponta

---

<sup>7</sup> Optamos por traduzir *Mensch* como “homem/ser humano”, dado que, utilizando-se “pessoa” como tradução, poderia ser criada uma ambiguidade com relação ao conceito de *Person*, que desempenha um papel diferente na argumentação – sobretudo em *GMS*, onde aparece como contraponto a “coisas” (*Sache*).

<sup>8</sup> Sobre esse ponto, ver PATON, 1962, S. 152-153.

para a nossa própria natureza racional<sup>9</sup> [*vernünftige Natur*] - que é o que nos confere, enquanto seres *racionais* (apesar de sensíveis), um “valor absoluto” [*absoluter Wert*] na condição de “fim em si mesmo” [*Zweck an sich selbst*]<sup>10</sup>. Somos seres dotados de uma natureza racional, e, de fato, de uma razão prática - nossa vontade, enquanto “faculdade de determinar a si mesma a agir de acordo com a representação de certas leis”. (GMS, AA 04: 427). Enquanto seres *humanos*, somos dotados de uma natureza racional; e tal natureza racional possui um valor absoluto, como fim em si mesma; esse valor absoluto pode ser entendido como uma dignidade [*Würde*], que se distingue de um mero preço; como seres dotados de dignidade, não podemos ser tratados como meros meios, mas devemos respeitar e ser respeitados como fins em si mesmos. Esse argumento só é possível à luz da autonomia da vontade como princípio supremo da moralidade: porque a nossa própria razão nos dá a lei a ser seguida, possuímos dignidade; e, como autônomos, somos seres livres (do ponto de vista prático).

O argumento kantiano, em *GMS*, buscando provar a validade da vinculação entre moralidade e liberdade, é intrigante, por mais que tortuoso e comumente criticado pela tradição de interpretações de comentadores. Em linhas gerais, Kant busca possibilitar a reciprocidade entre liberdade e lei moral mediante a dupla cidadania do ser humano nos mundos sensível (enquanto ser sensível) e inteligível (enquanto ser racional) (GMS, AA 04: 451; 454-455), na medida em que, como agente de ambos os mundos, ele estaria vinculado à ação por meio do mundo inteligível, uma vez que considerado seu eu inteligível como “o eu verdadeiro” [*das eigentliche Selbst*]. (GMS, AA 04: 457). Tal argumento apresenta problemas internos - que, apesar de intrigantes, demandariam demasiado desvio no presente trabalho -, de modo que se pode conjecturar que o próprio Kant tenha se dado conta de sua insuficiência, ao abandonar sua estratégia justificativa de *GMS* (de uma dedução do princípio supremo da moralidade) ao apresentar a noção de “*factum* da razão” [*Faktum der Vernunft*] em *KpV*. Em todo caso, é na noção de autonomia da vontade e conceitos relacionados que estamos aqui interessados, uma vez que estes servem de base para o estudo do conceito de direito em *RL* - e para a *MS* como um todo.

### *A liberdade como o único direito inato*

Como apresentamos anteriormente, o ser humano, como autônomo, deveria ser entendido como livre em um sentido peculiar - livre no sentido *prático*. Tal sentido prático se distingue do sentido *teórico*, que não pode ser provado. Na terceira antinomia da dialética transcendental de *KrV* (A 444/B 472 – A 451/B 479), Kant já apontara para a possibilidade de se pensar a ideia da liberdade, embora sem poder ter dela conhecimento teórico; qualquer uma das duas teses (de que há liberdade no mundo, e de que não há) não poderia ser provada, uma vez que em nenhuma das duas o objeto referente se encontra na nossa sensibilidade. Não obstante, por mais

<sup>9</sup> Sobre “humanidade” como natureza racional, ver STOBBE, 2016b.

<sup>10</sup> Esse ponto apresenta controvérsias entre as interpretações, especialmente considerando quais compromissos metaéticos poderiam ser atribuídos à filosofia moral de Kant (principalmente no argumento em *GMS*). Em todo caso, não poderemos nos aprofundar muito neste tópico; para maiores detalhes, ver STOBBE, 2016a; KLEMME, 2015; SENSEN, 2011, capítulo 3; SENSEN, 2015.

que não se possa prová-la teoricamente, pode-se pensá-la por meio da faculdade do entendimento; e justamente isso abre caminho para o uso prático do conceito de liberdade. Como seres autônomos, ou potencialmente autônomos, somos livres; e como tais devemos ser tratados. De que eu tenha um dever *moral* de ser tratado como um ser livre (não meramente como um meio, mas sim como um fim em si mesmo), Kant tira um dever *jurídico* - “o direito inato é apenas um único”, que é, assim, a liberdade. Tal liberdade, no caso do direito, é caracterizada como “liberdade (independência de um outro arbítrio que obriga), na medida em que ela pode coexistir com a liberdade de todo outro segundo uma lei universal”, sendo “este direito único, originário, pertencente a todo ser humano por força de sua humanidade”. (MS/RL, AA 06: 237). Assim, pode-se conceber o direito como uma estrutura de relações simétricas entre indivíduos livres e iguais, na qual a dominação e a assimetria de poder estão excluídas. (KERSTING, 2004, p. 49.)

A liberdade como independência de um outro arbítrio que obriga [*Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür*] se trata da mesma liberdade entendida já em *GMS*, por mais que tomada por um sentido diferente. Enquanto em *GMS* - mas também em *KpV* - a liberdade se encontra considerada referentemente à vontade de um sujeito agente (sendo que uma vontade autônoma é uma vontade livre), esse primeiro sentido de liberdade é entendido como um sentido *interno*: do agente poder determinar, por meio de sua própria vontade (enquanto razão prática<sup>11</sup>), a máxima que deve colocar como lei. Uma vez que todo ser racional sensível - ser humano - deve ser entendido como possuindo uma vontade livre, que não pode ser provada pela razão especulativa, mas deve ser tomada pela razão prática, o tratamento de seres humanos como meros meios em uma cadeia causal de eventos é moralmente vetado. Para Kant, tanto o âmbito da ética quanto o do direito possuiriam uma e mesma base: a própria moralidade. Deste modo, os conceitos analisados em *GMS* - sobretudo a autonomia da vontade - devem valer para ambos; em ambos, uma vez que se trata da moralidade, há *deveres*, que podem ser deveres éticos ou jurídicos (MS/RL, AA 06: 218-221); a ética fica encarregada da parte motivacional da ação (interna ao agente), enquanto o direito considera tais deveres em sua externalidade.

A liberdade, como *direito inato*, é uma liberdade *externa* - na medida em que nenhum ser humano tem o direito de tratar outro como um mero meio, isto é, impondo sobre o arbítrio de outro seu próprio arbítrio (entendendo “arbítrio” [*Willkür*] como a capacidade de escolha). Todos os seres racionais sensíveis têm um dever ético de respeitar a condição de outros (e de si mesmos) como autônomos, e justamente por isso há também um dever jurídico. Não é possível controlar, externamente, a motivação de agentes visando a não violação da liberdade externa de outros; isso cabe exclusivamente à ética, sendo uma questão do sujeito agente consigo mesmo. Entretanto, é possível obrigar tal respeito - e isso acontece mediante o conceito de direito, que está vinculado ao conceito de coerção. Da independência (não ser obrigado por outros mais do que reciprocamente os podemos obrigar), implica-se a qualidade do ser humano enquanto “seu próprio senhor” [*sui iuris/sein*

---

<sup>11</sup> Pode-se dizer que há indícios que apontam que, no conceito de vontade em Kant, trata-se do conceito da razão prática, na medida em que uma vontade pura (boa vontade) seria a própria razão prática pura. Como essa discussão é extensa, não nos demoraremos em tal ponto.

*eigener Herr*] (MS/RL, AA 06: 237-238) - noção esta estritamente vinculada à autonomia de um sujeito moral -, e a de ao mesmo tempo ser um “homem íntegro” [*iusti*]; implica também a faculdade de fazer aos outros aquilo que não os prejudica no que é seu, se eles não o quiserem tomar como tal. Kant cita alguns exemplos para ilustrar tal faculdade: comunicar o próprio pensamento, contar ou prometer algo, ser verdadeiro e sincero ou falso e dúplice, uma vez que recai sobre os outros o fato de querer - ou não - acreditar no interlocutor.

### ***O conceito kantiano de direito***

Na introdução à *RL*, Kant apresenta cinco pontos do conceito de direito<sup>12</sup>. O primeiro consiste em uma definição de Doutrina do Direito [*Rechtslehre*]: “O conjunto das leis, para as quais uma legislação externa é possível, se chama Doutrina do Direito (*Ius*)”. (MS/RL, AA 06: 229). Segundo Kant, tal legislação externa seria o direito positivo, sendo aquele que é nele versado e conhecedor de sua aplicação chamado de jurisconsulto [*Iurisconsultus/Rechtsgelehrte*]. Pode também ser chamado de jurisprudência [*Iurisprudencia/Rechtsklugheit*] o conhecimento do conjunto das leis, assim como de sua aplicação; na falta de ambas essas condições, tem-se mera ciência jurídica [*Iurisscientia/Rechtswissenschaft*], que diz respeito ao conhecimento sistemático da doutrina do direito natural [*Iusnaturae/natürliche Rechtslehre*].

O segundo ponto apresenta uma definição de direito, sendo que Kant reconhece a dificuldade de tentar formulá-la. Traçando um paralelo com a indagação “o que é a verdade?” para um lógico, também o jurista deveria tomar as devidas precauções para não cair em tautologia. Não seria possível definir o direito considerando as leis de um determinado tempo ou lugar, uma vez que faltaria ainda o conhecimento do critério geral [*allgemeine Kriterium*] para determinar o justo tanto como o injusto [*iustum et iniustum/Recht sowohl als Unrecht*] em tais leis. De modo similar, a definição também não poderia ser alcançada através do direito positivo, posto que é uma doutrina empírica, logo, incompleta (sobre esse ponto, Kant traça uma comparação com a cabeça de madeira da fábula de Fedro, que, não obstante seja positivamente bela, falta-lhe o cérebro). Assim sendo, o conceito de direito estaria vinculado a uma obrigação correspondente a ele (o conceito moral de direito), levando em conta três pontos: (a) a relação externa de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações possam ter influência (direta ou indireta) entre si; (b) tal relação envolve somente a questão do arbítrio [*Willkür*], e não as relações de um arbítrio com a mera aspiração; e (c) não se leva em conta a matéria (o fim que cada um tem em mente como objeto de seu desejo) do arbítrio, mas sim sua forma, já que o arbítrio é considerado meramente como livre, e a ação de alguém pode ser conciliada com a liberdade de outrem, em conformidade com uma lei geral. Kant usa o exemplo de alguém que compra mercadorias para seu próprio uso comercial, ao qual não é indagado se lucrará com a transação ou não. Desse modo, o direito é

---

<sup>12</sup> A exposição desta seção segue em olhar mais detalhado o próprio texto de Kant - por mais que partimos aqui, em maior ou menor medida, também das seguintes interpretações e comentários acerca da filosofia jurídica de Kant como contexto de discussão para tal (sem entrar em tópicos mais específicos acerca das mesmas, por conta do desvio nisso implicado): ALMEIDA, 2006; HÖFFE, 1998; LOPARIC, 2003; PAVÃO, 2001; TERRA, 1987.

definido como “a totalidade das condições sob as quais o arbítrio de um com o arbítrio de outro pode ser unido em conjunto segundo uma lei geral de liberdade”. (MS/RL, AA 06: 230).

O terceiro ponto dá-nos o princípio geral do direito: “Uma ação qualquer é justa, que ou segundo cujas máximas a liberdade do arbítrio de cada um pode coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei geral”. (MS/RL, AA 06: 230). Kant desenvolve aqui o que havia tratado já no segundo ponto; temos, assim, que toda ação que impõe um obstáculo à liberdade de um indivíduo é contrária ao direito, uma vez que não se faz possível uma coexistência de tal impedimento com a liberdade segundo leis gerais. Não obstante, não se pode exigir que esse princípio de “todas as máximas” (o princípio geral do direito) seja minha máxima (que eu converta em máxima de minha ação), uma vez que “tomar como máxima agir em conformidade com o direito é uma exigência que me coloca a ética”, e não o direito. Evidencia-se aqui a distinção feita por Kant entre ambas as legislações, a ética (que faz da ação um dever e simultaneamente desse dever um móbil) e a jurídica (que não inclui na lei o dever e que, conseqüentemente, admite um móbil diferente da ideia do próprio dever), de maneira que leva à distinção entre legalidade e moralidade<sup>13</sup>. Na sequência, Kant apresenta a lei do direito geral [*das allgemeine Rechtsgesetz*]: “age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio [*Willkür*] possa coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei geral”. (MS/RL, AA 06: 231). Notadamente, percebe-se que o conceito, o princípio universal e a lei universal de direito estão conectados, por mais que não sejam estritamente coincidentes.

O quarto ponto tem por título “O direito está unido com o poder de coagir” [*Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden*]. De acordo com Kant, tudo aquilo que não é conforme ao direito seria um obstáculo à liberdade segundo leis gerais. Desse modo, temos que, se um uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis gerais (isto é, não conforme ao direito [*Unrecht*]), a coerção que se opõe a ele, como impedimento de um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade (é conforme ao direito [*Recht*]). De acordo com o princípio de não-contradição, deve estar ao mesmo tempo associada ao direito uma faculdade de coagir aquele que lhe causa prejuízo.

No quinto ponto, por fim, temos que “o direito estrito pode ser também representado como a possibilidade de uma coerção recíproca, sem exceção, concordante com a liberdade de todos segundo uma lei geral”. (MS/RL, AA 06: 232). O direito não pode ser concebido como composto de dois elementos (a obrigação segundo uma lei e a faculdade daquele que obriga outros mediante seu arbítrio de coagi-los a isso), “mas sim que podemos situar diretamente o conceito de direito na possibilidade da associação da coerção recíproca universal com a liberdade de todos”. (MS/RL, AA 06: 232). O objeto do direito, deste modo, é o que é exterior nas ações (fundamentos externos de determinação do arbítrio), o direito estrito (que não inclui a dimensão ética). Diz Kant: “Direito estrito (restringido) só pode, portanto, chamar-se o completamente externo”. (MS/RL, AA 06: 232). O direito externo, deste modo, fundamenta-se na consciência da obrigação de cada um segundo a lei, por mais que, para determinar o arbítrio em conformidade com ela, não possa nem deva

<sup>13</sup> Kant trata mais apuradamente deste ponto no capítulo III da introdução a *MS*, “Da divisão de uma metafísica dos costumes” (MS/RL, AA 06: 218-221).

apelar a tal consciência como móbil (mas sim ao princípio da possibilidade de uma coerção exterior, que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo leis universais). Dito isso, temos que “direito e faculdade de coagir significam, assim, uma e a mesma coisa”. (MS/RL, AA 06: 232). Kant dá o exemplo de um credor que, tendo o direito de exigir do devedor o pagamento de sua dívida, não o possa persuadir de que sua própria razão o obriga ao pagamento, mas que uma coerção (compelindo todos a fazer isto) poderia coexistir com a liberdade de cada um. Ainda no quinto ponto, Kant traça um paralelo entre a lei de coerção recíproca e a possibilidade dos movimentos livres dos corpos, que se dá por meio de uma lei de ação e reação. Tanto o primeiro quanto o segundo conceitos são construídos - e não deduzidos - partindo de intuições puras *a priori*. O objetivo de Kant é, deste modo, buscar uma doutrina do direito tão precisa quanto a matemática (no caso, mais especificamente, a geometria).

Sobre direitos e deveres jurídicos, é notável a exposição feita por Kant ainda na introdução à *RL*. Kant estabelece três fórmulas de deveres jurídicos, seguindo a divisão de Domitius Ulpianus. A primeira fórmula é: “Sê um homem honesto (*honeste vive*)” [*Sei ein rechtlicher Mensch*]. Kant afirma que a honestidade jurídica (*honestas iuridica/rechtliche Ehrbarkeit*) consiste em afirmar o valor próprio enquanto ser humano na relação com os outros. Desse modo, temos a seguinte proposição: “não transforme os outros para ti em mero meio, mas seja para eles, simultaneamente, finalidade”. (MS/RL, AA 06: 236). Tal dever é, como bem assinala Kant, uma obrigação decorrente do direito da humanidade na nossa própria pessoa<sup>14</sup>. A segunda fórmula é: “Não faça injusto a ninguém (*neminem laede*)” [*Tue niemandem Unrecht*]. É importante ressaltar ainda que, segundo Kant, o cumprimento desse dever deve ocorrer “mesmo que para tal te tenhas de desligar de todo vínculo com outrem e evitar toda sociedade”. (MS/RL, AA 06: 236). Por fim, a terceira fórmula estabelece: “Entra em um estado no qual a cada um pode ser assegurado o seu contra cada outro (*lex iustitiae*)”<sup>15</sup> [*Tritt in einen Zustand, worin jedermann das Seine gegen jeden anderen gesichert sein kann*].

Em paralelo à divisão dos deveres jurídicos, Kant apresenta a divisão geral dos direitos. Acerca de tal divisão, podemos entender os direitos dos seguintes modos: (1) enquanto doutrinas sistemáticas - os direitos se dividem em (a) direito natural [*Naturrecht*] e (b) direito positivo (estatutário) [*positive (statutarische) Recht*], sendo que o primeiro se assenta em princípios puros *a priori*, enquanto o segundo provém da vontade de um legislador; (2) enquanto faculdades morais de obrigar os outros - os direitos se dividem aqui em (a) direitos inatos e (b) direitos adquiridos, sendo que o primeiro tipo é o direito relativo, que cabe a cada um por natureza (independente de qualquer ato jurídico), e o segundo tipo requerendo, por sua vez, um ato jurídico. Diz Kant: “O meu e o teu inato pode chamar-se também o meu e o teu interno (*meum vel tuum internum*); pois o que é exterior tem de ser sempre adquirido”. (MS/RL, AA 06: 237).

Em linhas gerais, estas são as noções centrais referentes ao conceito de direito na *Rechtslehre* kantiana. Por mais que se possa abarcar inúmeras discussões sobre as

<sup>14</sup> Sobre esse ponto, ver KERSTING, 2012, p. 200-201.

<sup>15</sup> Sobre a passagem do estado de natureza ao estado civil e uma crítica do argumento, ver PAVÃO, 2015.

implicações que Kant tira dessas<sup>16</sup>, nosso objetivo no presente trabalho foca-se em uma análise mais apurada dessas mesmas noções centrais, sobretudo o modo como o conceito kantiano de direito deve ser entendido - em maior medida, se a filosofia do direito de Kant deveria ser considerada como um tipo de positivismo radical ou um não-positivismo superinclusivo.

### **A natureza do conceito de direito em Kant**

Este capítulo é dedicado à discussão do pensamento kantiano em relação ao direito, mormente no que tange à natureza e aos elementos do conceito de direito por ele formulado. Antes, porém, é necessário um olhar, ainda que breve e superficial, sobre a grande questão da filosofia do direito em geral, de modo a possibilitar que a concepção de Kant seja contextualizada nela.

### ***O problema central da filosofia do direito: a relação entre direito e moral***

Nas célebres palavras do jurisconsulto romano Celsus, “o direito é a arte do bom e do justo” (*ius est ars boni et aequi*). Essa definição do direito, ao lado de sua simplicidade e de sua beleza, guarda uma importante característica: ao colocar o direito, a lei positiva, como a arte voltada à prática daquilo que é bom e justo, ela estabelece de forma particularmente nítida a vinculação entre aqueles elementos cuja relação constitui o impasse fundamental da filosofia do direito, impasse já presente séculos antes de Celsus e cuja complexidade sua definição lacônica de direito permite vislumbrar, não, porém, apreender em sua totalidade.

Com efeito, a solução do problema da relação entre direito e moral nunca foi pacífica entre os grandes nomes da filosofia jurídica. Pode-se dizer, em síntese, que a divergência entre positivistas, de um lado, e não-positivistas, de outro, diz respeito à inclusão da correção moral no conceito de direito. Positivistas tendem a ver no direito apenas os elementos da decretação de acordo com a ordem e da eficácia social; negam, portanto, que a correção moral tenha nele qualquer papel a desempenhar. Não-positivistas, por sua vez, aceitam os dois elementos descritos pelos positivistas, mas agregam a eles um terceiro, ao sustentar que o direito necessariamente abrange a correção moral. (ALEXY, 2010b, p. 116-117). A própria ideia de justiça, cuja imagem é tão frequentemente associada ao direito, é vista de modo distinto no positivismo e no não-positivismo; questões de justiça são, em essência, questões morais relativas à distribuição e à compensação. Dessa forma, a querela entre positivistas e não-positivistas representa simultaneamente uma discussão acerca do papel da justiça no direito. (ALEXY, 2017, p. 20).

“Positivismo” e “não-positivismo”, assim, designam duas diferentes maneiras de abordar o fenômeno jurídico. Evidentemente, contudo, ambas as categorias englobam variantes muito diversas entre si. Quanto às posições positivistas, pense-se no positivismo exegético, no positivismo normativista e no realismo jurídico; quanto

---

<sup>16</sup> Como, por exemplo, a divisão do direito entre direito privado e direito público, os três tipos de direito privado (real, pessoal e o intrigante pessoal de caráter real - sobre esse ponto, ver STOBBE, 2015 e KERSTING, 2004, p. 88-93), a necessidade de se sair do estado de natureza e entrar em um estado civil, entre outros.

às não-positivistas, pense-se no jusnaturalismo clássico, no direito como integridade e no direito discursivo. Trata-se, portanto, de algo muito mais complexo do que o retratado na antiga dicotomia entre positivismo jurídico e jusnaturalismo<sup>17</sup>. De qualquer modo, com a definição dos elementos do conceito de direito, ou, mais especificamente, com a divergência acerca do papel desempenhado pela correção moral nesse âmbito, está estabelecido o núcleo das duas posições fundamentais<sup>18</sup>.

### ***Seria Kant um positivista ou um não-positivista?***

Na filosofia de Kant, a relação entre positividade do direito e correção moral é exposta de modo complexo e aparentemente contraditório. A esse respeito, Norberto Bobbio (2006, p. 151-152) sustenta que a obscuridade e as repetições presentes na derradeira obra de Kant, “*Metafísica dos Costumes*”, onde ele desenvolve sua filosofia do direito, podem ser atribuídas às dificuldades impostas pela própria

---

<sup>17</sup> À complexidade relativa às numerosas variantes de cada uma dessas posições pode ser acrescentada uma complexidade concernente à própria colocação da questão. Nas situações de conflito entre direito e moral, o direito quase sempre é exposto sob uma ótica francamente negativa; na apresentação habitual do problema, o direito (injustamente) determina algo que a moral (corretamente) considera inaceitável. Assim é retratado em Sófocles o conflito entre direito e moral mais famoso da literatura clássica: Antígona desobedece ao terrível decreto de Creonte, que havia proibido aos cidadãos de Tebas o enterro de Polinice, e, capturada pelos guardas, invoca a justiça e as leis perenes e imutáveis dos deuses contra a lei posta pelo tirano. (SÓFOCLES, 2015, p. 7-34). Pouco é dito, contudo, acerca da possibilidade inversa, qual seja, a de uma moral intolerável cujas imposições chocam-se contra aquilo que o direito corretamente prevê. Recorrendo-se mais uma vez à literatura, um exemplo particularmente claro dessa situação pode ser encontrado em Dostoiévski: o jovem Raskólnikov, um ex-estudante universitário inteligente, mas muito perturbado, ao cabo de longas e penosas elucubrações, chega à conclusão de que está moralmente autorizado tanto a matar uma velha agiota, que ele considera uma criatura desprezível por ganhar seu sustento parasitando pessoas pobres, quanto a roubar seu dinheiro, distribuindo-o, posteriormente, àqueles que foram lesados por ela. Em sua consciência, a justificação para o ato está nas inúmeras ações moralmente boas que seriam praticadas após o crime, bem como no peso reduzido que teria a eliminação de um ser inútil e nocivo à sociedade. Essa lógica, todavia, falha por completo, e ele sofre terrivelmente após o assassinato: sua moral anterior provou-se equivocada, a velha que ele matara era apenas um ser humano frágil e indefeso, e ele descobre, da pior forma possível, não ser capaz de suportar o horror e a vergonha do ato que havia cometido. Após um agudo e desesperador conflito psicológico, Raskólnikov decide entregar-se à polícia; a punição jurídica que se segue, o exílio de oito anos na Sibéria, funciona para ele, simultaneamente, como uma redenção moral. (DOSTOIÉVSKI, 2010, p. 79-590). O contraste entre essas duas obras da literatura universal basta para demonstrar a perenidade do conflito entre direito e moral e a grande diferença de formas através das quais ele pode apresentar-se.

<sup>18</sup>De um modo mais analítico, esse núcleo pode ser entendido como a contraposição entre duas teses, a da separação e a da união. “Todos os positivistas sustentam a tese da separação. Em sua forma mais geral ela diz que não existe nenhuma união necessária entre o direito, como ele é, e o direito, como ele deve ser. Uma formulação mais precisa diz que não existe nenhuma união necessária entre validade jurídica ou correção jurídica, de um lado, e correção moral, do outro lado. Em oposição a isso, todos os não-positivistas sustentam a tese da união. Essa diz que existe uma união necessária entre validade jurídica ou correção jurídica, de um lado, e correção moral, do outro lado. Isso implica que todas as teorias positivistas estão, na determinação do conceito e da natureza do direito, limitadas a dois elementos: a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social. As teorias não-positivistas incluem, pelo contrário, um terceiro elemento no conceito e na natureza do direito: a correção quanto ao conteúdo.” (ALEXY, 2017, p. 11-12).

condição do filósofo, que a escreveu em idade bastante avançada<sup>19</sup>. Em direção semelhante, Wolfgang Kersting (2012, p. 17), que empreendeu um grande esforço para a reabilitação da filosofia do direito kantiana, salienta que a mencionada obra, volumosa, quebradiça e frequentemente desprezada como o produto de um espírito envelhecido, não permite que o leitor, por carecer de uma arquitetônica argumentativa clara, encontre um apoio consistente para ela no quadro maior dos fundamentos do sistema filosófico de Kant. É lícito pensar que essa impenetrabilidade tenha contribuído para o ostracismo da filosofia do direito kantiana, que permaneceu durante longo tempo relegada a um segundo plano pelos estudiosos da obra do filósofo prussiano<sup>20</sup>.

O primeiro ponto digno de apreciação diz respeito ao fundamento do direito positivo em Kant<sup>21</sup>. Trata-se de um fundamento não-positivo (mais especificamente, jurídico-natural ou jurídico-racional)<sup>22</sup>, o que resta claro da sua distinção entre leis externas naturais e positivas. Segundo ele, as leis vinculativas que admitem uma legislação externa são, de modo geral, leis externas (*leges externae*); incluídas nesse grupo estão aquelas que podem ser reconhecidas como vinculativas mesmo sem legislação externa, ou seja, *a priori*, mediante a razão. Essas são, em última análise, leis externas e, ao mesmo tempo, naturais. Por sua vez, as leis cujo caráter obrigatório não existe sem uma efetiva legislação externa (que, em última análise, só são leis em virtude dessa circunstância) correspondem às leis positivas. Quanto a essas leis, é possível conceber uma legislação externa que as contenha exclusivamente; ela, todavia, deveria ser precedida por uma lei natural que servisse de fundamento à autoridade do legislador, ou seja, a faculdade de obrigar outros mediante o seu arbítrio. (MS/RL, AA 06: 223).

Dessa forma, o fundamento de validade do direito positivo pode ser buscado em uma lei natural, do que, segundo Kant, decorre um dever moral de obediência ao direito. Com efeito, ele mostra-se categórico ao dizer que a máxima de agir segundo o direito é uma exigência posta pela ética<sup>23</sup>. (MS/RL, AA 06: 231).

---

<sup>19</sup>No mesmo sentido, a pouco delicada crítica de Schopenhauer (ver supra, capítulo 1, nota de rodapé 5).

<sup>20</sup>Tal situação, todavia, não mais se verifica; o pensamento de Kant acerca do direito desperta atualmente um grande interesse, com o aparecimento de numerosas tentativas de fazê-lo produtivo no contexto do Estado Constitucional Democrático. Uma enumeração dessas tentativas pode ser encontrada em ALEXY, 2010a, p. 139-140.

<sup>21</sup>Alexy (2005, p. 155-197) faz alusão a isso como a norma fundamental kantiana, a qual, segundo ele, seria uma “norma fundamental normativa”, contraposta tanto à “norma fundamental analítica” de Hans Kelsen quanto à “norma fundamental empírica” de Herbert Hart.

<sup>22</sup>Doravante, as expressões “direito não-positivo”, “direito natural” e “direito racional” serão utilizadas indiferentemente. No contexto desta investigação, elas designam o mesmo objeto.

<sup>23</sup>Ver supra, capítulo 1, item 1.4. Mais além, Bobbio, ao abordar o aspecto ideológico do positivismo jurídico, menciona como característica essencial da ideologia juspositivista (em sua versão forte) o reconhecimento do dever absoluto e incondicional de obediência à lei positiva. Esse dever é, no âmbito da ideologia juspositivista extremista, não apenas jurídico, mas também moral; a obediência à lei positiva não é puramente uma obrigação heterônoma, à qual o cidadão é coagido apenas externamente, mas uma verdadeira obrigação autônoma, que o cidadão deve observar já por razões de consciência, por ser algo intrinsecamente bom. (BOBBIO, 2006, p. 223-226). Bobbio não cita Kant expressamente como um representante dessa ideologia, mas o dever moral de obediência ao direito reconhecido por ele permite, tomado isoladamente, considerá-lo como tal.

A fundamentação jurídico-natural da validade do direito positivo, contudo, não diz nada sobre o conteúdo possível desse direito. Aqui, dificuldades apresentam-se. Kant, por um lado, sustenta ser impossível que o legislador venha a cometer uma injustiça contra alguém, já que ele representa a vontade unida do povo; trata-se, portanto, do povo decidindo sobre si mesmo, o que conduz a um dever incondicionado de obediência ao legislador, com a consequente supressão de qualquer direito de resistência legítima por parte dos súditos. (MS/RL, AA 06: 313-320). Pode-se designar isso como o “postulado da sujeição incondicionada ao direito positivo”. (ALEXY, 2017, p. 14). É imperioso deduzir disso que o direito positivo pode ter qualquer conteúdo, já que, na formulação de Kant, esse dever de obediência não encontra restrições materiais<sup>24</sup>.

Por outro lado, Kant sustenta também que o único fundamento possível da lei positiva deve ser encontrado na razão, cujos princípios possibilitam que aquilo que a lei diz em circunstâncias específicas de tempo e lugar seja considerado justo ou injusto. Metaforicamente, ele diz que uma doutrina do direito que negligencia essa questão corresponde a uma cabeça que, como aquela da fábula de Fedro, até pode ser bela, mas é lamentavelmente desprovida de cérebro. (MS/RL, AA 06: 229-230; ver supra, item 1.4). Tomando-se isso como uma exigência de conformidade da lei positiva aos princípios reconhecidos pela razão, torna-se evidente a contradição com a ideia de uma sujeição incondicionada à vontade do legislador.

Como superar esse impasse<sup>25</sup>? Há, segundo Robert Alexy (2005, p. 193-194), duas distintas possibilidades. A primeira consiste em aceitar que Kant, ao enlaçar o dever moral de obediência ao direito com a sujeição incondicionada à vontade do legislador, defende um positivismo moralmente fundamentado. Adotando-se essa concepção, Kant converte-se em um positivista radical, um positivista ainda mais forte que aquele cuja teoria viria a ser, séculos mais tarde, considerada o paradigma do positivismo jurídico, Hans Kelsen. E isso porque a noção kelseniana da validade jurídica, cristalizada em sua norma fundamental, não engloba qualquer obrigação moral de obediência ao direito positivo<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre a proibição de resistência em Kant, com maior profundidade, ver KERSTING, 2012, p. 417-457.

<sup>25</sup> Ulrich Vosgerau (1999, p. 227) chama a atenção para a complexidade desse problema, sublinhando que a controvérsia acerca da natureza do conceito de direito de Kant, se positivista ou jusnaturalista, permanece até hoje em aberto; o autor critica a pretensa solução do problema, muito freqüente entre os estudiosos do sistema kantiano, que consiste em ignorar os aspectos positivistas e sobrevalorizar os aspectos jurídico-naturais de sua filosofia do direito, salientando que, para um leitor imparcial de Kant, essa não é uma resposta convincente.

<sup>26</sup> Com efeito, a célebre proposição de Kelsen segundo a qual qualquer conteúdo pode ser direito, proposição essa que não poderia expressar melhor o núcleo do positivismo, está em estreita conexão com sua teoria da norma fundamental, que representa o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Em Kelsen, a norma fundamental não possui caráter material; não existe uma norma cujo conteúdo possa ser tido como imediatamente evidente e da qual possam ser deduzidas outras normas. Com isso, mostra-se impossível excluir, *a priori*, qualquer conduta humana da possibilidade de tornar-se conteúdo de uma norma jurídica. A norma fundamental converte-se, assim, em um mero pressuposto lógico-transcendental de validade do direito. (KELSEN, 1960, p. 201-204). Bobbio (2006, p. 229-232) situa a concepção de Kelsen no âmbito de uma versão fraca da ideologia juspositivista, que não sustenta a existência de uma obrigação moral de obediência ao direito positivo, considerando o direito uma simples técnica de organização social.

Um segundo caminho pode ser trilhado ao se afirmar que a ideia de um dever moral de obediência ao direito, independente do conteúdo por ele apresentado, não se coaduna com os princípios mais importantes da filosofia kantiana e que, portanto, sua filosofia jurídica não pode ser entendida dessa forma; deve-se, antes, procurar compatibilizá-la com aqueles princípios. Esse caminho parece ser sugerido pela suposição de que Kant, ao construir seu pensamento acerca do direito, não seguiu puramente as bases de seu sistema filosófico, mas deixou-se influenciar pela ideologia autoritária reinante na Prússia de seu tempo. (ALEXY, 2005, p. 193-194).

Trilhando-se o primeiro caminho, Kant deve ser tomado como o representante de um positivismo radical, um positivismo segundo o qual o direito não apenas pode apresentar qualquer conteúdo, mas também está assegurado por uma obrigação moral de obediência àquilo que prescreve. Esse positivismo radical é, sem dúvida, extremamente problemático quanto a seus efeitos práticos; ele levaria à legitimação moral do direito posto por absolutamente qualquer regime, mesmo o mais despótico deles. Quem envereda por esse caminho, todavia, pode concordar com isso, mas, ao mesmo tempo, afirmar que essa construção deve ser criticada apenas com base em elementos estranhos ao sistema kantiano, não a partir de fatores que podem ser encontrados dentro dele<sup>27</sup>. (ALEXY, 2005, p. 193).

Considerando-se a filosofia do direito de Kant em uma perspectiva mais ampla, essa não parece ser a melhor solução. O próprio conceito de direito kantiano, quando observado de modo analiticamente rigoroso, permite uma conclusão contrária a um positivismo radical.

### ***A união entre direito positivo e direito não-positivo no conceito de direito de Kant***

Eis o conceito de direito em Kant: “O direito é, pois, a totalidade das condições sob as quais o arbítrio de um com o arbítrio de outro pode ser unido em conjunto segundo uma lei geral de liberdade”. (MS/RL, AA 06: 230; ver supra, item 1.4). Apesar de sua pouca extensão, esse é um conceito extremamente denso, intimamente ligado não apenas à filosofia do direito de Kant, mas também à sua filosofia moral; assim, dentre os seus elementos, apenas aqueles que se mostram pertinentes do ponto de vista da finalidade aqui perseguida serão abordados.

O primeiro ponto a ser salientado é o de que esse não é um conceito de direito puramente descritivo. A definição kantiana tem um caráter deontológico, ou seja, não exprime o direito como ele é, mas como ele deveria ser. E como o direito deveria ser? Segundo Kant, como um instrumento voltado à realização de um valor: a liberdade<sup>28</sup>. (BOBBIO, 2006, p. 139-140). Isso é reforçado pela concepção kantiana

---

<sup>27</sup> Vosgerau (1999, p. 241) faz referência à peculiar situação que a coexistência de elementos positivistas e não-positivistas na filosofia do direito kantiana produziu: alguns defendem ser Kant o mais radical dos jusnaturalistas, enquanto outros consideram-no o mais radical dos positivistas.

<sup>28</sup> O caráter deontológico do conceito de direito kantiano já constitui um indício do seu afastamento em relação às concepções positivistas, marcadas por uma abordagem puramente descritiva do direito. Um exemplo para isso é oferecido por Kelsen (1960, p. 69-71), quando esse autor sustenta não constituir tarefa da ciência do direito a valoração ou apreciação do seu objeto; ela deve limitar-se a uma descrição desse objeto livre de valores. A qualificação de uma dada ordem jurídica como boa ou

da liberdade como o único direito original que cabe a todo e qualquer homem em virtude de sua humanidade. (MS/RL, AA 06: 237; ver supra, item 1.3).

Permanece em aberto, contudo, o modo pelo qual esse valor pode ser realizado. Uma solução para esse problema deve ser buscada nos outros elementos da definição kantiana. A exposição a seguir toma por base essencialmente o trabalho de Robert Alexy, o qual, por sua vez, baseou-se no pensamento de Ralf Dreier acerca da filosofia do direito de Kant.

Quando Kant faz alusão à “totalidade das condições”, ele está a se referir à totalidade de leis exteriores. Aqui, alguns aspectos da dicotomia interior/exterior devem ser considerados. Essas leis exteriores são leis que, simultaneamente, regulam o uso exterior da liberdade e não dependem de uma mola propulsora interna (no caso, a noção do dever); nisso diferenciam-se das leis interiores, as leis da virtude, aquelas que regem o uso interior da liberdade e cuja ideia do dever constitui a sua mola propulsora. (ALEXY, 2010a, p. 141; ver supra, item 1.4). “Para atuação jurídica basta obediência legal exterior, moralmente atua a pessoa, ao contrário, somente quando ela atua por causa do dever”. (MAYER, 2010, p. 210).

Mais além, a dicotomia interior/exterior remete à validade normativa, que, em Kant, pode ser de dois tipos: a dação de leis interior, relativa às normas postas *a priori* pela razão, e a dação de leis exterior, relativa às normas estabelecidas pela arbitrariedade de outrem. Uma dação de leis interior que tenha leis exteriores por objeto corresponde ao direito natural (ou, mais especificamente, ao direito racional, já que, no sistema de Kant, o direito natural descansa sobre puros princípios *a priori*, ou seja, sobre a razão pura). De outra forma, uma dação de leis exterior que se ocupe de leis exteriores equivale ao direito positivo, ou seja, ao direito posto por dação de leis estatal. O conceito de direito kantiano abrange todas as leis exteriores, independentemente do fato de elas serem válidas em virtude de dação de leis interior ou exterior. Isso significa que, em Kant, direito natural e direito positivo estão unidos no conceito de direito; assim, o problema da relação de tensão entre direito e moral converte-se em um problema situado no interior desse conceito. (ALEXY, 2010a, p. 141-142).

Dito de modo mais preciso: leis exteriores são leis que regulam o uso exterior da liberdade, em oposição à ética, que regula o uso interior da liberdade. Sua fonte pode ser a dação de leis interior ou a exterior; leis exteriores que decorrem de dação de leis interior, ou seja, uma dação de leis da razão pura, correspondem ao direito natural, enquanto leis exteriores que decorrem de dação de leis exterior, ou seja, o direito posto por vontade estatal, são leis positivas. (DREIER, 1986, p. 12).

Um último aspecto da dicotomia interior/exterior a ser analisado diz respeito à coerção. O direito positivo (como visto, leis exteriores postas através de dação de leis exterior) é dotado de coerção exterior, ao contrário do que ocorre com as leis interiores postas por dação de leis interior (as leis da ética), que dispõem apenas de coerção interior (consistente na própria ideia do dever). Quanto ao direito natural, que representa um intermediário entre essas posições extremas (vale dizer, leis exteriores provenientes de dação de leis interior), a coerção é, a exemplo do que

---

má, justa ou injusta, foge ao âmbito da ciência do direito, o que também exclui a possibilidade de legitimação da ordem jurídica por meio dela.

ocorre no direito positivo, exterior, pois ele não depende de positivação para ser feito valer<sup>29</sup>. (ALEXY, 2010a, p. 142-143).

O próximo elemento do conceito de direito kantiano é o da “conciliação de arbitrariedades”. Trata-se, em essência, da possibilidade, a todos conferida, de adotar ou não uma determinada atuação. Tomando-se a liberdade como o uso exterior da arbitrariedade (uma liberdade exterior, portanto), pode-se dizer que o conceito de direito kantiano abrange a totalidade das leis exteriores (tanto provenientes do direito natural quanto do direito positivo) sob as quais a liberdade de cada um pode ser unida com a liberdade de todos os demais. (ALEXY, 2010a, p. 143-144; ver supra, item 1.3).

Concluindo o rol dos elementos da definição kantiana, diz-se nela: “segundo uma lei geral de liberdade”. Nesse ponto, assume relevo o uso jurídico do imperativo categórico, ao qual se pode reconduzir uma lei jurídica geral, como segue: “atue segundo normas do direito positivo e do direito natural externamente de modo que o uso livre de tua arbitrariedade com a liberdade de cada um possa existir em conjunto segundo uma lei geral”. (ALEXY, 2010a, p. 146-147; ver supra, item 1.2). Com isso, o conceito de direito de Kant pode ser formulado, em outras palavras, assim: “direito é a totalidade das leis exteriores pelas quais a liberdade de cada um possa ser unida em conjunto com a liberdade de todos os outros de uma forma passível de universalização.” (DREIER, 1986, p. 15).

Embora todos esses elementos deixem questões em aberto, o mais importante deles, do ponto de vista da determinação da natureza da definição kantiana, é o da “totalidade de condições”. Sobre ele deve, portanto, recair uma atenção especial.

Poder-se-ia pensar que o conceito de direito kantiano, ao abarcar tanto o direito positivo quanto o direito não-positivo, estabelece a necessidade de uma ponderação entre os valores fundamentais que cada um deles representa, ou seja, a segurança jurídica, do lado positivista, e a justiça, do lado não-positivista. Embora isso pareça esbarrar na já mencionada obrigação incondicional de obediência ao direito positivo, o problema pode ser solucionado ao atentar-se para a forma através da qual ela é descrita por Kant, qual seja, uma “ideia do princípio da razão prática”. (ALEXY, 2010a, p. 148-149).

---

<sup>29</sup> Saliente-se que a coerção exterior é um elemento essencial do direito em Kant, chegando ele a tratar, em um dos parágrafos da *MS*, o direito como “vinculado à competência para coagir”, no sentido de que a liberdade, quando injustamente afetada, somente pode ser restaurada por meio da resistência àquilo que a perturbou; a liberdade mostra-se, assim, não apenas compatível com a coerção, mas também dependente dela. (*MS/RL*, AA 06: 231. Ver também supra, capítulo 1, item 1.4). Essa formulação de Kant repercute, por exemplo, em sua teoria da pena, entendida como a negação da negação do direito. (MAYER, 2010, p. 219-221). Ainda sobre a importância da coerção no sistema kantiano, Bobbio (2006, p. 152) considera-a a chave para a distinção entre a moral e o direito: “O que distingue o direito da moral é precisamente o fato, que enquanto o primeiro é coercitivo, a segunda não o é; esta relação diversa do direito e da moral com a coerção deriva da natureza diversa do ato jurídico e do ato moral; o ato jurídico consiste puramente na conformação exterior do sujeito à norma e, assim, o fato de tal conformação ser obtida mediante a força não nega a juridicidade do ato; o ato moral consiste, ao contrário, na adesão à norma por respeito à própria norma, não podendo, pois, ser obtido mediante a força, porque esta não obtém a adesão interna necessária para a moralidade do ato. Ou, se quisermos considerar o problema não mais do ponto de vista da natureza do ato mas do ponto de vista da natureza da norma, poderíamos dizer: a coação se concilia com a norma jurídica porque esta é heterônoma, mas não com a norma moral, porque esta é autônoma.”

Em Kant, ideias práticas são aquelas que estabelecem uma aproximação, tão grande quanto possível, à perfeição, enquanto ideias reguladoras que servem a um propósito prático. Correspondem a “modelos” ou “arquétipos” da pura razão, que, no mundo dos sentidos, somente podem ser realizados de modo aproximativo. (DREIER, 1986, p. 16). Aplicada à concepção kantiana do direito, essa ideia permite a recondução a um conceito de direito perfeito, no qual a relação de tensão entre segurança jurídica e justiça estaria anulada em face da correspondência do direito positivo ao direito natural. Isso significa que tanto as exigências de um quanto as de outro são unidas na medida máxima possível. O conceito de direito kantiano converte-se, assim, em um conceito que, como ideia, exige a realização ótima de princípios concorrentes. (ALEXY, 2010a, p. 150).

Pode-se dizer, nesse sentido, que a filosofia de Kant conhece a diferença entre princípios práticos, cuja estrutura corresponde a de mandamentos de otimização, exigindo a realização, em medida máxima possível, de princípios colidentes, e regras práticas, que se caracterizam por determinar uma consequência jurídica imediata (um mandamento, uma proibição ou uma permissão) quando seu tipo é preenchido. (DREIER, 1986, p. 17).

Há, certamente, uma discrepância entre a ideia do direito perfeito e o direito como ele é na realidade; isso, todavia, é algo inerente à natureza das ideias, às quais somente se pode pretender uma aproximação. Ao remeter a um direito perfeito, ideal, a definição kantiana parece estar em uma relação de absoluta oposição com o direito real, faticamente existente. Em Kant, contudo, não se trata disso, pois a ideia do direito perfeito repercute decisivamente no âmbito do direito imperfeito, real; a mais importante dessas repercussões está na pretensão de correção que o direito necessariamente promove. Essa pretensão de correção, resultante da interpretação do conceito de direito kantiano como ideia, inclui uma pretensão de justiça. A pretensão de correção representa, assim, o elemento de união entre idealidade e faticidade no âmbito do direito. (ALEXY, 2010a, p. 150-151).

Do ponto de vista da relação entre direito positivo e direito natural, a ideia da pretensão de correção tem importantes consequências. Kant, sem dúvida, nega que o direito positivo, em todos os casos possíveis de contradição com o direito natural, deva ser considerado inválido. Contudo, ao abarcar com o seu conceito de direito tanto um quanto o outro, ele diz que o direito positivo é direito juridicamente vicioso, embora sem perder sua validade. (ALEXY, 2010a, p. 151). Trata-se de uma diferença sutil, embora extremamente importante. Ela toma por base a ideia de uma conexão qualificadora entre direito positivo e direito não-positivo, contraposta à ideia de uma conexão classificadora<sup>30</sup>.

Pode-se dizer, assim, que Kant, ao enlaçar todos esses elementos aparentemente contraditórios (de um lado, a sujeição incondicionada ao direito

---

<sup>30</sup> A conexão classificadora estabelece que normas que não estão de acordo com um determinado critério moral não são normas de direito positivo, ou seja, a validade dessas normas é negada. Por sua vez, a conexão qualificadora estabelece que, das normas que não estão de acordo com um determinado critério moral, não é retirado o caráter jurídico, ou seja, são normas de direito positivo, embora sejam normas juridicamente defeituosas; o vício que essas normas carregam é jurídico, não um mero vício moral. Uma conexão qualificadora é uma “conexão ideal”, pois pressupõe a existência de ideais tendentes a orientar a realidade do sistema jurídico. (ALEXY, 2005, p. 48-49).

positivo e a negação do direito de resistência; de outro, a necessária conformidade do direito positivo aos princípios da razão e o abarcamento tanto do direito natural quanto do direito positivo em seu conceito de direito), que devem ser combinados de modo a atingir-se um ponto arquimédico, defende, usando-se a expressão de Alexy, um não-positivismo superinclusivo, ou seja, um não-positivismo que, não obstante pressuponha a correção moral como um dos elementos do direito, afirma a impossibilidade de uma perda da validade jurídica de normas do direito positivo em virtude de defeitos morais. Aqui, a conexão qualificadora revela-se de modo particularmente claro: no não-positivismo superinclusivo, a viciosidade jurídica de uma norma maculada por defeitos morais existe, mas não é suficiente para a perda da validade jurídica<sup>31 32</sup>.

É possível, contudo, ir um pouco mais além. Considerando-se, sobretudo, a união entre direito positivo e direito não-positivo no conceito de direito kantiano, ou, de modo mais específico, a concorrência entre os princípios que cada um deles representa (segurança jurídica e justiça), não parece de plano descartável a possibilidade de que o sistema de Kant seja compatível com a perda da validade jurídica de uma norma em caso de injustiça extrema. A filosofia do direito kantiana, assim considerada, aproximar-se-ia da de Gustav Radbruch, que, séculos depois de Kant, defenderia a perda do caráter jurídico de normas extremamente injustas, tese amplamente aceita na Alemanha após o colapso do regime nacional-socialista<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Na terminologia de Alexy, o não-positivismo superinclusivo é contraposto tanto ao não-positivismo exclusivo quanto ao não-positivismo inclusivo. Todas as três categorias podem ser distinguidas pelo tratamento que conferem à repercussão da incorreção moral sobre a validade jurídica. O não-positivismo exclusivo defende que a validade jurídica é afetada por todo e qualquer defeito moral; constitui, assim, a formulação extrema do não-positivismo, frontalmente oposta ao não-positivismo superinclusivo, segundo o qual a validade jurídica nunca é afetada pela viciosidade moral. O não-positivismo inclusivo, por sua vez, representa uma tese intermediária entre esses dois extremos; segundo ele, defeitos morais podem afetar a validade jurídica sob determinadas condições. Ou seja, podem fazê-lo algumas vezes, não sempre, como no não-positivismo exclusivo, tampouco nunca, como no não-positivismo superinclusivo. (ALEXY, 2017, p. 13-14). Na doutrina brasileira, um exemplo de não-positivismo superinclusivo pode ser encontrado em Tercio Sampaio Ferraz Junior; esse autor entende a justiça como um princípio regulativo, embora não constitutivo, do direito. Assim, o direito moralmente vicioso carece de um sentido (ou, mais especificamente, de uma valia, de uma dignidade intrínseca), mas não tem sua validade jurídica afetada por essa circunstância. Como princípio regulativo do direito, a justiça confere a ele seu sentido, embora não possa impedir que um direito desconforme às suas exigências exista e seja válido; a perda do sentido de algo não elimina a existência desse algo. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 358-359). A questão relativa à consistência do modelo elaborado pelo jusfilósofo brasileiro pode, aqui, ficar em aberto.

<sup>32</sup> No mesmo sentido de Alexy, reconhecendo a conexão qualificadora entre direito positivo e direito não-positivo e, sobre essa base, concebendo a filosofia do direito de Kant como um não-positivismo superinclusivo, ver KALSCHUEER, 2014, p. 124.

<sup>33</sup> Com efeito, após o fim da Segunda Guerra Mundial, Radbruch sustentou que a concepção positivista do direito havia deixado os juristas e o povo da Alemanha desarmados contra as arbitrárias e criminosas leis do nacional-socialismo, defendendo ele, diante disso, a perda da qualidade jurídica de leis extremamente injustas: “Certamente, também a lei como tal, até a lei ruim, tem ainda sempre um valor – o valor de assegurar o direito perante dúvidas. Certamente, imperfeição humana nem sempre deixa na lei todos os três valores do direito, utilidade comum, segurança jurídica e justiça, unir-se harmonicamente e sobra, então, somente ponderar se deve ser conferida à lei ruim, prejudicial ou injusta, por causa da segurança jurídica, contudo, validade, ou, por causa de sua injustiça ou nocividade à comunidade, recusada a validade. Isso tem de, porém, imprimir

Trata-se de uma possibilidade admitida, embora não expressamente defendida, pelo próprio Alexy<sup>34</sup>. Assim interpretado, contudo, o conceito de direito kantiano deixaria de pertencer ao âmbito do não-positivismo superinclusivo; a negação do caráter jurídico de normas (de sua validade, portanto) é característica do não-positivismo inclusivo<sup>35</sup>. Em relação ao sistema de Kant, parecem falar a favor dessa interpretação tanto as inconsistências do postulado da sujeição incondicionada ao direito positivo, inconsistências essas que aliviam o peso da positividade nesse sistema<sup>36</sup>, quanto o viés deontológico de sua definição de direito<sup>37</sup>.

Em conclusão, pode-se dizer que a filosofia do direito de Kant, durante muito tempo desprezada, constitui um objeto de estudo que, analisado mais de perto, revela uma amplitude colossal de possibilidades, muitas das quais extremamente pertinentes para o debate acerca da definição e da natureza do direito. A presente investigação não esteve sequer nas cercanias de esgotar esse objeto, embora tenha oferecido caminhos que levam à sua melhor compreensão e apreciação. Restam, contudo, muitas regiões a desbravar. Assim, o pensamento de Kant acerca do direito mostra-se, nas palavras de Alexy (2010a, p. 152), “tão vivo como no primeiro dia”.

---

profundamente na consciência do povo e dos juristas: pode haver leis com uma tal medida de injustiça e nocividade à comunidade que a elas tem de ser negada a validade, sim, o caráter jurídico.” (RADBRUCH, 1956a, p. 336). Em conexão com isso está a célebre “fórmula de Radbruch”: “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria ser solucionado no sentido de que o direito positivo, assegurado por estatuto e poder, também então tem a primazia quando ele é injusto e não conforme à finalidade quanto ao conteúdo, a não ser que a contradição da lei positiva para com a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, como ‘direito incorreto’, tenha de ceder à justiça.” (RADBRUCH, 1956b, p. 353).

<sup>34</sup> Ver, para isso, ALEXY, 2010a, p. 151. Ela, contudo, não corresponde à sua atual posição a respeito do tema, que trata o conceito de direito kantiano como expressão do não-positivismo superinclusivo.

<sup>35</sup> Alexy (2017, p. 14-15) menciona como a expressão mais proeminente do não-positivismo inclusivo justamente a fórmula de Radbruch, segundo a qual não é direito aquilo que atravessa o umbral da extrema injustiça. Essa fórmula, ao negar o caráter jurídico de normas extremamente injustas, admite que o sistema jurídico, em nome da segurança jurídica, conviva com uma certa medida de injustiça, aquela que não atinge uma magnitude tão insuportável que o caráter jurídico deva ser-lhe tomado.

<sup>36</sup> Em última análise, a questão diz respeito à coerência interna do sistema kantiano, ou, mais especificamente, à verificação da possibilidade de uma ideia tão extrema quanto a da sujeição incondicionada à vontade do legislador ser compatibilizada com os elementos desse sistema. Tendo em vista os argumentos anteriormente apresentados, essa compatibilidade parece inexistir. Em uma direção semelhante teoriza Wolfgang Kersting, ao salientar que a noção kantiana de representação democrática conduz necessariamente a um “absolutismo parlamentar” que, como qualquer regime despótico, pode violar os direitos naturais do homem, mesmo que goze, para isso, de legitimação democrática. O referido autor defende que a esperança manifestada por Kant (e cuja raiz pode ser buscada em Rousseau), de que a onipotência do legislador, como representante da vontade do povo, levaria necessariamente à conversão do direito racional em direito positivo, não passaria de uma ilusão, pois “domínio democrático” não é sinônimo de “domínio justo”. (KERSTING, 2012, p. 414-417).

<sup>37</sup> Nesse sentido, Bobbio (2006, p. 140) argumenta que, com base na concepção kantiana do direito como uma garantia do valor da liberdade, àqueles ordenamentos jurídicos que não garantem uma esfera igual de liberdade a cada cidadão (ele toma como exemplo a antiga União Soviética) deveria ser negado o caráter da juridicidade.

## Conclusão

Esta investigação, por meio da cuidadosa análise dos conceitos centrais da filosofia do direito de Immanuel Kant, demonstrou que, ao contrário do que uma leitura apressada e superficial da *MS* poderia sugerir, o pensamento kantiano não se coaduna com o positivismo radical que parece residir nas noções de sujeição incondicionada à vontade do legislador, vedação à resistência legítima e obrigação moral de obediência ao direito positivo. Semelhante conclusão somente poderia ser obtida com a desconsideração de elementos cruciais do pensamento filosófico-jurídico kantiano, a começar pelo próprio conceito de direito, no qual direito positivo e direito não-positivo estão unidos idealmente. A análise global dos elementos díspares que compõem a filosofia do direito de Kant parece falar a favor do não-positivismo, ou, mais especificamente, de um não-positivismo superinclusivo. Preservar-se-ia, dessa forma, a coerência do pensamento kantiano em relação ao direito, com a ponderação de seus elementos de idealidade e positividade: o direito positivo real, faticamente existente, é, se injusto, juridicamente vicioso, sem, todavia, que perca sua validade por essa circunstância. A solução do não-positivismo superinclusivo pode ser a que permite o maior equilíbrio entre os elementos da filosofia do direito kantiana; essa, porém, não deve ser a última palavra. Certo é que Kant, ao defender a sujeição incondicionada à vontade do legislador, estava a reproduzir uma noção corrente no pensamento iluminista de seu tempo, a da lei como expressão infalível da vontade geral, devida sobretudo ao gênio de Jean-Jacques Rousseau. Sob esse aspecto, Kant revelou-se um rousseauiano; não parece ter-lhe ocorrido a hipótese de que o legislador, investido naquele poder, pudesse cometer contra seu próprio povo a mais brutal das injustiças. Esse belo sonho iluminista foi, contudo, impiedosamente abalroado pela história. É lícito pensar que Kant, se viesse a ser confrontado com a barbárie dos regimes totalitários do século XX, negaria peremptoriamente o caráter jurídico das leis por eles produzidas. A presente investigação demonstrou que essa conjectura encontra apoio em elementos centrais de sua filosofia do direito. Afinal, dignidade, autonomia e liberdade do homem enquanto ser racional não podem ser compatibilizadas com a opressão e a tirania.

## Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. A Interpretação de Ralf Dreier da Definição do Direito Kantiana. in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.
- \_\_\_\_\_. *Begriff und Geltung des Rechts*. 4. Aufl. Freiburg/München: Karl Alber, 2005.
- \_\_\_\_\_. Direito e Moral. in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.
- \_\_\_\_\_. Não-Positivismo Inclusivo. Para a Relação de Direito e Moral. in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito positivo e direito discursivo: Subsunção e Ponderação no Direito Constitucional e Ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.
- ALMEIDA, Guido de. Sobre o Princípio e a Lei Universal do Direito em Kant. *Kriterion*, v. 114, p. 209-222, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Compilação de Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e castigo*. Tradução de Natália Nunes e Oscar Mendes. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- DREIER, Ralf. *Rechtsbegriff und Rechtsidee: Kants Rechtsbegriff und seine Bedeutung für die Gegenwärtige Diskussion*. Frankfurt am Main: Metzner, 1986.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HÖFFE, Otfried. O Imperativo Categórico do Direito. *Studia kantiana*, vol. 1, n. 1, p. 203-236, 1998.
- KALSCHUEER, Fiete. *Autonomie als Grund und Grenze des Rechts: Das Verhältnis zwischen dem Kategorischen Imperativ und dem Allgemeinen Rechtsgesetz Kants*. Berlin: Walter de Gruyter, 2014.
- KANT, Immanuel. *Gesammelte Schriften*. Hrsg.: Bd. 1-22 Preussische Akademie der Wissenschaften, Bd. 23 Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin, ab Bd. 24 Akademie der Wissenschaften zu Göttingen. Berlin, 1900ff.
- \_\_\_\_\_. *Metaphysik der Sitten: Erster Teil*. 2. Aufl. Hamburg: Felix Meiner, 1998.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deuticke, 1960.
- KERSTING, Wolfgang. *Kant über Recht*. Paderborn: Mentis, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade bem-ordenada: Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- KÜHN, Manfred. *Kant: Eine Biografie*. Übersetzung von Martin Pfeiffer. 2. Aufl. München: C. H. Beck, 2004.
- KLEMMER, Heiner F. „Die Vernünftige Natur Existiert als Zweck an Sich Selbst“: Überlegungen zu Oliver Sensens Interpretation der Menschheitsformel in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. *Kant-Studien*. v. 106, n. 01, p. 88-96, 2015.
- LOPARIC, Zeljko. O problema fundamental da semântica jurídica de Kant. in: *O filósofo e a sua história*. SMITH, Plínio; WRIGLEY, Michael B. (org.). Campinas: Unicamp/CLE, p. 481-524, 2003.

- MAYER, Hellmut. Kant, Hegel e o Direito Penal. in: HECK, Luís Afonso (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PATON, Herbert James. *Der Kategorische Imperativ. Eine Untersuchung über Kants Moralphilosophie*. Berlin: Walter de Gruyter, 1962.
- PAVÃO, Aguinaldo. Kant contra Kant: direito sem Estado na Metafísica dos Costumes. *Kant E-Prints* (online), v. 10, p. 1-19, 2015.
- PAVÃO, Aguinaldo. O Direito em Kant. *Dissertatio*, n. 13-14, p. 115-137, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. Fünf Minuten Rechtsphilosophie. in: Idem. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956a.
- \_\_\_\_\_. Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht. in: Idem. *Rechtsphilosophie*. 5. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler, 1956b.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *Die Welt als Wille und Vorstellung*. Herausgegeben von Wolfgang Freiherr von Löhneysen. Sämtliche Werke, Band I. und II. Frankfurt: Suhrkamp, 1986.
- SENSEN, Oliver. *Kant on Human Dignity*. Berlin/Boston: De Gruyter, 2011.
- \_\_\_\_\_. Kant on Human Dignity Reconsidered. *Kant-Studien*. v. 106, n. 01, p. 107-129, 2015.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 2015.
- STOBBE, Emanuel Lanzini. Análise do Direito Pessoal de Caráter Real Partindo do Conceito de Dignidade na Filosofia Moral de Kant. *Revista Enciclopédia*, Pelotas, v. 3, p. 101-114, 2015.
- \_\_\_\_\_. *A natureza racional como fim em si mesmo: análise e discussão sobre o conceito kantiano de “fim em si mesmo” na fórmula da humanidade*. 2016. 96 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Filosofia) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2016a.
- \_\_\_\_\_. Humanidade como Natureza Racional na Filosofia Moral de Kant. *Revista Guairacá de Filosofia*, Guarapuava, v. 32, p. 81-93, 2016b.
- TERRA, Ricardo R. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. *Filosofia política* 4, Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 49-65.
- VOSGERAU, Ulrich. Der Begriff des Rechts bei Kant. *Rechtstheorie*. Band 30, Heft 02, p. 227-250. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.