

A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO: O QUE HÁ DE KANTIANA NA SEPARAÇÃO PROPOSTA POR KELSEN?

THE RELATIONSHIP BETWEEN MORAL AND LAW:
WHAT IS KANTIAN IN THE SEPARATION PROPOSED
BY KELSEN?

LA RELACIÓN ENTRE MORAL Y LEY: ¿QUÉ ES
KANTIANA EN LA SEPARACIÓN PROPUESTA POR
KELSEN?

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Kant; 3. As diferenças e relações entre direito e moral para Kant; 4. Kelsen; 5. O Direito e a moral na obra de Kelsen; 6. O que há de Kant na distinção entre direito e moral realizada por Kelsen?; 7. Conclusões; Referências.

RESUMO:

O objetivo do trabalho é identificar as influências do filósofo Immanuel Kant na obra do jurista Hans Kelsen, com ênfase na distinção entre direito e moral que fazem os dois autores. Segundo o próprio Kelsen, a teoria do conhecimento de Kant presente na *Crítica da Razão Pura* teria influenciado a visão de ciência de Kelsen, no entanto, verifica-se que Kelsen vale-se mais de Hume do que de Kant. Na distinção entre direito e moral, Kelsen se afasta totalmente da *Crítica da Razão Prática* de Kant. Enquanto para Kant o critério de distinção é o móbil: a legislação ética (moralidade) possui como móbil a ideia de dever, a legislação jurídica (legalidade) pode possuir outros motivos de obediência. Para Kelsen, por sua vez, o critério de distinção está no modo de aplicação da

Como citar este artigo:

HEINEN, Luana,
LAURINDO, Marcel.
A relação entre moral
e direito: o que há de
kantiana na separação
proposta por Kelsen?.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 37, 2022,
p. 375-399

Data da submissão:
27/04/2020

Data da aprovação:
29/07/2021

sanção. Para Kelsen, Kant seria um absolutista da moral, enquanto ele é um relativista que nega a existência de uma moral a priori.

ABSTRACT:

The objective of the work is to identify the influences of the philosopher Immanuel Kant in the work of the jurist Hans Kelsen, with an emphasis on the distinction between law and morality that make the two authors. According to Kelsen himself, Kant's theory of knowledge present in the Critique of Pure Reason would have influenced Kelsen's view of science, however, it turns out that Kelsen is worth more to Hume than to Kant. In the distinction between law and morality, Kelsen departs entirely from Kant's Critique of Practical Reason. While for Kant, the distinction criterion is mobile: ethical legislation (morality) has as its motive the idea of duty, legal legislation (legality) may have other reasons for obedience. For Kelsen, in a different way the criterion of distinction is in the way the sanction is applied. For Kelsen, Kant would be an absolutist of morals, while he is a relativist who denies the existence of a priori moral.

RESUMEN:

El objetivo del trabajo es identificar las influencias del filósofo Immanuel Kant en la obra del jurista Hans Kelsen, con énfasis en la distinción entre derecho y moral que hacen los dos autores. Según el propio Kelsen, la teoría del conocimiento de Kant en la Crítica de la razón pura habría influido en la visión de la ciencia de Kelsen, sin embargo, resulta que Kelsen bebe más de Hume que de Kant. En la distinción entre derecho y moral, Kelsen se aparta totalmente de la Crítica de la razón práctica de Kant. Mientras que para Kant el criterio de distinción es el motivo: la legislación ética (moral) tiene como motivo la idea del deber, la legislación jurídica (legalidad) puede tener otras razones de obediencia. Para Kelsen, a su vez, el criterio de distinción radica en el modo de aplicación de la sanción. Para Kelsen, Kant sería un absolutista de la moral, mientras que es un relativista que niega la existencia de una moral a priori.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito; Moral; Kant; Kelsen.

KEYWORDS:

Law; Morality; Kant; Kelsen.

PALABRAS CLAVE:

Derecho; Moralidad; Kant; Kelsen

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe analisar as influências da filosofia de Immanuel Kant na obra do jurista Hans Kelsen, com ênfase para as relações entre moral e direito que traçam cada um dos autores.

Kant sem dúvida inaugurou um novo caminho para a meditação filosófica com suas *Críticas* e deu origem ao movimento do *idealismo alemão*. À representatividade de Kant para a filosofia pode-se comparar o construto teórico de Hans Kelsen para a teoria e filosofia do Direito. Kelsen é apontado como neokantiano e assim se qualifica em algumas obras. Em uma primeira mirada pode parecer grande a influência de Kant nas obras de Kelsen, entretanto, um olhar mais acurado como aquele lançado pelo jurista Oscar Correias, demonstra que essa influência diminuiu ao longo da produção teórica de Kelsen. A relação entre moral e direito é um dos pontos em que Kelsen diverge consideravelmente de Kant, conforme será demonstrado no transcurso do texto.

2. KANT

O filósofo alemão Immanuel Kant é expressão filosófica da modernidade, tendo em vista que a modernidade cultural, nos dizeres de Weber (cf. TERRA, 2004, p. 09), caracteriza-se pela diferenciação de esferas de valor que passam a ter uma legalidade própria. Antes da modernização, havia uma articulação entre as esferas do saber, da ética, do direito e da arte de um lado, e, de outro, da teologia e metafísica. Predominavam imagens religiosas consolidadas na tradição. Tanto no âmbito da ciência, como da arte, dos costumes, da moral e do direito, ocorreu um processo de secularização desses campos que tentaram se constituir com autonomia com relação à teologia. Nesse sentido, a obra de Kant é representativa, vez que busca:

analisar as condições de possibilidade dos três campos da cultura independentes uns dos outros: a *Crítica da razão pura* no domínio teórico, no âmbito do conhecimento, da ciência; a *Crítica da razão prática* no plano da ação, dos costumes, da moral, do direito; e a *Crítica do juízo* no âmbito do belo, da arte. (TERRA, 2004, p. 11)

Assim, Kant critica o racionalismo dogmático, mas também rejeita o ceticismo. A razão, para ele, não pode se limitar à experiência, pois também conhece realidades transcendent¹. Kant (cf. PASCAL, 1990, p. 32) enfrenta o problema da ausência de certeza da metafísica, busca reabilitar a filosofia e assume a defesa da razão contra o ceticismo². Em sua *Crítica da Razão Pura*, Kant faz um exame – o que se denomina *crítica* – com a finalidade de discernir o que a razão pode fazer e o que não pode, ou seja, buscar na própria razão as regras e os limites de sua atividade. Em sua *Crítica da Razão Prática*, Kant realizará este mesmo trabalho de crítica, mas, da razão considerada como princípio de nossas ações. O método de que se utiliza Kant em seus trabalhos é, então, reflexivo, entendida a reflexão no sentido de que o sujeito, a partir de suas próprias operações, volta-se a si mesmo (cf. PASCAL, 1990, p. 33).

Objetivando entender por que as ciências naturais (lógica, matemática e física) avançaram enquanto a metafísica não encontrou o caminho da ciência, permanecendo incerta, Kant realizou a sua *revolução copernicana* pela “substituição, em teoria do conhecimento, de uma hipótese idealista à hipótese realista” (PASCAL, 1990, p. 36). Enquanto o realismo intenta conhecer como registrar o real, devendo o conhecer moldar-se à realidade dada, o idealismo supõe que o espírito intervém ativamente na elaboração do conhecimento e que o real é resultado de uma construção. Sendo o objeto como o conhecemos, em parte obra nossa, “podemos conhecer *a priori*, em relação a todo objeto, as características que ele recebe de nossa própria faculdade cognitiva” (PASCAL, 1990, p. 36). Este conhecimento *a priori* seria, por fim, aquilo que depende do sujeito e é a *forma* do conhecimento, enquanto que o conhecimento *a posteriori* depende do próprio objeto e constitui a *matéria* do conhecimento. Assim, o conhecimento *a priori* seria toda proposição universal e necessária dada pela razão e não pela experiência, tendo em vista que a experiência só pode fornecer proposições contingentes. A razão, sendo fonte das proposições *a priori*, é fonte, então, de conhecimentos.

A crítica feita por Kant em teoria do conhecimento seguiu o caminho do processo sintético ao analítico. O filósofo alemão publicou a *Crítica da Razão Pura* (1783) como uma exposição sintética³, justificando a obra da razão (a ciência) pela descrição da própria razão, e, posteriormente, publicou os *Prolegômenos a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência* (1783), em que, analiticamente, partia da ciência, obra da razão, para a estrutura da própria razão. Já no tema da moral, Kant inverteu o caminho: publicou, em 1785, *Os Fundamentos da metafísica dos costumes*, em que parte dos juízos da consciência comum (da moralidade) em busca do princípio racional que os fundamenta; e, anos mais tarde, publicou a *Crítica da Razão Prática* (1788), que expõe a moralidade a partir da função prática da razão de guiar as ações humanas. Seguiu-se a esta segunda *Crítica a Metafísica dos Costumes* (1797).

Enquanto a obra *Crítica da Razão Prática* estuda o fundamento da legislação moral, as obras “*Metafísica*” (*dos Costumes e da Natureza*) estudam a aplicação dessa legislação à experiência, tratam da aplicação dos princípios universais (de uma natureza em geral – no caso da *Metafísica da Natureza* – ou da moralidade em geral – no caso da *Metafísica dos Costumes*) aos objetos da experiência. Esses preceitos da moralidade extraem-se da razão e não da experiência (não da “observação de si mesmo e da própria animalidade”): “a razão ordena como se deve agir, ainda que de tal se não encontrasse exemplo algum” (KANT, 2004, p. 20). A *metafísica* será, então, um sistema do conhecimento *a priori* mediante puros conceitos. Por isso, uma filosofia prática que tenha por objeto a liberdade do arbítrio

pressuporá e exigirá uma metafísica dos costumes: isto é, *possuir* semelhante metafísica é em si mesmo um *dever*, e cada homem tem-na também em si mesmo, embora comumente só de um modo obscuro; pois, sem princípios *a priori*, como poderia ele julgar ter em si uma legislação universal? (KANT, 2004, p. 21)

Então, na *Metafísica dos Costumes*, Kant (cf. 2004, p. 21) utilizar-se-á da natureza peculiar do homem, somente cognoscível pela experiência, para demonstrar as consequências dos princípios morais *a priori*, sem que, no entanto, isso diminua sua pureza ou coloque em dúvida seu caráter *a priori*⁴. A *Metafísica dos Costumes* é composta, apesar de publicadas

separadamente, pela *Doutrina do Direito* e pela *Doutrina da Virtude* (cf. HECK, 1999, p. 67), que compreende a divisão que Kant faz entre legislação ética e legislação jurídica. Para Kant, toda legislação compreende dois elementos:

primeiro, uma lei que representa *objectivamente* como necessária a acção que deve ter lugar, isto é, que faz da acção um dever; segundo um móbil que associa *subjetivamente* à representação da lei o fundamento determinante do arbítrio para tal acção; portanto, o segundo elemento consiste em que a lei faz do dever um móbil. (KANT, 2004, p. 23)

O segundo elemento, ou seja, o móbil da ação é que irá diferenciar as duas legislações: enquanto a legislação ética tem como móbil o dever, a jurídica pode ter outro móbil que não a ideia de dever, tendo a ação móveis chamados por Kant patológicos, especialmente aversões, por se tratar de uma legislação que coage e não que atrai (cf. KANT, 2004, p. 24). Assim, enquanto a *Doutrina da virtude* se encarregou da legislação ética, à *Doutrina do Direito* coube a legislação jurídica. Kant (cf. 2004, p. 25) ressalta, ainda, que a legislação ética não pode ser exterior, enquanto que a legislação jurídica também pode ser exterior. O que distingue as duas doutrinas é mais o móbil do que os deveres em si, tendo em vista que a ética pode ter deveres comuns com o direito, como por exemplo o dever de cumprir um contrato, mas que se diferenciam pelo modo de obrigação.

3. AS DIFERENÇAS E RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL PARA KANT

Como preceitua Norberto Bobbio (2000), na obra de Kant podem ser encontrados elementos explícitos e implícitos de diferenciação entre o Direito e a Moral. O primeiro critério seria puramente formal, referente à forma da obrigação - o que distingue *moralidade* e *legalidade*. Quando uma ação é cumprida por dever, tem-se a *moralidade*; mas caso a ação seja praticada em conformidade ao dever tendo em vista um fim outro que não o puro respeito ao dever, ter-se-á a *legalidade*⁵. Ligadas à diferença entre legalidade e moralidade está a diferenciação entre *legislação externa* e *legislação interna*. A legislação externa refere-se à legislação jurídica, que preceitua unicamente uma adesão exterior às suas próprias leis, ou seja, “uma adesão que vale independentemente da pureza da intenção

com a qual a ação é cumprida”. Já a legislação moral, que é interna, exige uma adesão íntima, interna, às suas próprias leis, “uma adesão dada com intenção pura, ou seja, com a convicção da bondade daquela lei” (BOBBIO, 2000, p. 92).

Este primeiro critério é apontado por Bobbio como formal, pois a mesma ação pode ser vista tanto a partir da legislação interna quanto da externa, o que muda em cada uma é o móbil da ação. O segundo critério, entretanto, trata da liberdade⁶. A moral seria a esfera da liberdade interna ou da adequação à lei da razão que nos damos a nós mesmos, implicando uma responsabilidade perante o eu em si, independentemente, portanto, do direito dos outros. Por outro lado, o direito trata da esfera da liberdade externa ou da adequação à lei racional, implicando em uma responsabilidade pelo seu cumprimento perante os outros que podem exigir-la⁷.

Estes dois primeiros critérios de diferenciação entre direito e moral estão explícitos na obra de Kant. Bobbio apresenta ainda mais dois critérios, que estariam implícitos na obra do filósofo prussiano, no sentido de Kant ter colocado premissas sem as desenvolver. O primeiro destes critérios implícitos seria a atribuição de *autonomia* à vontade moral e de *heteronomia* às ações jurídicas. Para Kant, a vontade só é moral quando é autônoma, sendo que a “autonomia da vontade é qualidade que a vontade tem *de ser lei para si mesma* (independentemente de uma qualidade qualquer dos objetivos do dever” (KANT *apud* BOBBIO, 2000, p. 102). Sendo autonomia a faculdade de dar leis a si mesmo, a vontade moral é e só pode ser autônoma. Kant não diferencia dizendo que a vontade jurídica é heterônoma, mas Bobbio o conclui. Afirma que o direito é o reino da heteronomia, tendo em vista que “a vontade jurídica se diferencia da vontade moral pelo fato de poder ser determinada por impulsos diversos do respeito à lei: e esta é de fato a própria definição de heteronomia” (BOBBIO, 2000, p. 103). Assim, quando a vontade é determinada pela coação, característica central do direito, será uma vontade heterônoma.

O segundo critério implícito apontado por Bobbio relaciona-se com a distinção entre *imperativo categórico* e *imperativo hipotético*. As leis da conduta humana, estudadas na *Metafísica dos costumes*, prescrevem obrigações, relações de dever. Assim, os imperativos, expressos em dever, indicam a relação entre uma lei objetiva da razão e uma vontade que, segundo a sua constituição subjetiva, não é necessariamente determinada

por esta lei (uma coação). Os imperativos categóricos, descritos por meio de juízos categóricos, prescrevem uma ação boa em si e não se referem a nenhuma outra determinação do arbítrio que não unicamente à sua liberdade⁸. Os imperativos hipotéticos, por seu turno, descritos por juízos hipotéticos, prescrevem uma ação boa para alcançar um certo fim. Estes imperativos hipotéticos distinguem-se em subespécies: técnicos ou de habilidade (segundo o seu fim seja tal que sua obtenção seja indiferente, são meramente possíveis ou reais); pragmáticos ou de prudência (se referem ao bem-estar em geral, podendo-se afirmar que tratam de necessidades naturais do homem ou que os homens os coloquem como tais, como a felicidade, por exemplo).

Citando uma passagem da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*⁹, Bobbio afirma ser possível deduzir que os imperativos jurídicos são hipotéticos: “Se uma vontade é determinada por um objeto externo e, portanto, é heterônoma, é sinal de que o imperativo não prescreveu uma ação boa por si mesma, mas uma ação cujo cumprimento depende da vontade de alcançar o objetivo externo do próprio desejo.” (BOBBIO, 2000, p. 107)

Os critérios distintivos entre o direito e a moral apontados por Bobbio são extremamente didáticos para a compreensão do sistema kantiano. As distinções apontadas por Kant fazem com que esteja relacionado com o jusnaturalismo e iluminismo alemão, tradição que expressou na diferenciação entre direito e moral a intenção de limitar os poderes do Estado, tornando totalmente indevida qualquer intenção estatal de intervir na consciência individual (cf. BOBBIO, 2000, p. 93-4). Entretanto, estabelecido que direito e moral se diferenciam, ainda se faz necessário aclarar de que maneira, na obra de Kant, o direito se relaciona com a moral.

Ainda recorrendo a Bobbio, pode-se afirmar que Kant trata em sua obra de um direito ideal, um direito que *deve ser*. O conceito de direito não pode ser extraído da experiência. A partir do direito positivo presente nos mais diferentes países e épocas pode-se inferir o que é lícito e o que é ilícito, mas jamais o que é justo ou injusto (cf. FELDHAUS, 2007, p. 29). Kant apresenta um conceito de direito fundado na racionalidade, que permita determinar o critério de justiça para toda e qualquer legislação¹⁰. Seu problema é o problema da justiça, ou seja, o critério com base no qual seja possível distinguir o justo do injusto. A sua busca pela justiça liga-se

ao jusnaturalismo. Para Kant, o direito natural se baseia em princípios *a priori*. E, diferentemente dos jusnaturalistas do período, Kant reduz os direitos inatos (que cabem a todo homem em virtude de sua humanidade) a um único direito: a liberdade - “na medida em que pode coexistir com qualquer outro segundo uma lei universal” (KANT, 2000, p. 44). Todos os demais direitos, como a igualdade, estão, para Kant, compreendidos no princípio da liberdade inata e não diferem dela. E é como liberdade que Kant caracteriza a justiça. Assim, veja-se: “uma ação é justa quando, por meio dela, ou segundo a sua máxima, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal” (KANT, *apud* Bobbio, 2000, p. 116).

Esse critério de distinção do justo é também o que Kant estabelece como princípio universal do direito: “*Conforme com o direito* é uma ação que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal” (KANT, 2004, p. 37). Este princípio impõe obrigações de não restringir indevidamente a liberdade alheia. Entretanto, não exige que se lhe cumpra por mera obrigação – quem exige tal é a ética. O direito que tenha a liberdade como lei universal é o direito ideal, justo.

Kant parece caracterizar o direito a partir da moral, como aponta Heck (2000, p. 21), e, assim, colocá-lo numa posição inferior em relação a ela, já que haveria uma primazia normativa da moral. Essa caracterização do direito a partir da moral se daria na obra de Kant tendo em vista que só são possíveis obrigações jurídicas pelo fato de haver uma efetiva obrigatoriedade moral. Assim, segundo Heck, os “deveres de direito não passam, para Kant, de uma subclasse da categoria dos deveres morais”.

Quanto a isto, Flikschuh adverte que, embora a legislação ética e a legislação jurídica sejam fundadas no mesmo princípio supremo da moralidade (o imperativo categórico – aqui diverge de Bobbio), o modo como são fundadas é diferente:

Os escritos éticos de Kant estão focados na ideia de uma vontade incondicionalmente boa e na capacidade do agente à auto-legislação ética. Na filosofia do direito, ela trata primariamente do problema da coerção legítima através da legislação exterior. E, nossas ações exteriores, foco central da filosofia do direito, ao contrário da disposição interior, foco central da ética, tem um efeito direto nas ações possíveis dos

outros. (FLIKSCHUH *apud* Feldhaus, 2007, p. 41).

Ora, para Heck, Kant tem um conceito moral de direito (que contém uma obrigatoriedade) e também um princípio jusnaturalista de direito. Seu conceito moral de direito afirma que:

Nós só conhecemos nossa própria liberdade (de que procedem todas as leis morais, portanto também todos os direitos tanto quanto os deveres) através do imperativo moral, que é uma proposição que ordena um dever, a partir do qual pode ser desenvolvida posteriormente a faculdade de obrigar os outros, isto é, o conceito de direito. (KANT, 2004, p. 46).

Diferentemente, Kant refere-se a um *direito estricto* (restringido), que não se mesclaria com a moral:

é puro e não está misturado com prescrições referidas à virtude. (...) funda-se, sem dúvida, na consciência da obrigação de cada um, segundo a lei; ora, para determinar o arbítrio de acordo com ela, nem lhe é lícito nem pode se é que deve ser puro, recorrer a esta consciência como móbil, mas apoia-se no princípio da possibilidade de uma coacção exterior, que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo leis universais.

Logo após tratar do *direito estricto*, Kant aponta dois casos de anomalia no direito onde haveria mistura do direito com a moral em um caso e do direito com a naturalidade no outro. Na equidade, recorre-se a móveis morais para que a justiça possa vir a ser cumprida. Por outro lado, no estado de necessidade, o que impera, em nome da justiça, é a mera naturalidade. Um exemplo de equidade, fornecido por Kant, é o caso de um criado que após ter trabalhado por uma quantia pré-determinada durante um ano, teria uma perda no ganho aquisitivo de tal quantia no período e, devido a isso, recorreria ao juiz para que esta perda fosse compensada. Segundo Kant, por não haver como determinar tal quantia o pedido seria negado pelo tribunal. Já o exemplo apresentado para o caso de estado de necessidade seria uma situação de sobrevivência em que, num naufrágio, para poder salvar a sua própria vida, um homem acaba por roubar a tábua com que o outro estava. Aquele que rouba a tábua pratica uma injustiça, mas como nenhuma pena possível seria maior do que aquela que estaria sujeito se não tivesse praticado tal ato, há culpa, mas não há punição.

Em ambos os casos, ocorre o que Kant chama de *ius aequivo-*

cum, ou seja, no *ius strictum* todo direito vai sempre acompanhado da coerção, mas é possível observar que num caso (*ius aequitas*) há um direito, porém não há coerção correspondente. (...) No outro (*ius necessitatis*), pratica-se algo que em situações normais seria um delito, (...) porém como a pena não poderia ser maior do que o resultado do fato de não praticar tal ato, há culpa, não punição. (FELDHAUS, 2007, p. 30)

Kant afirma que em ambos os casos há confusão entre princípios objetivos e subjetivos: num caso a pessoa tem um direito, mas o direito não tem força para fazer com que tal direito lhe seja garantido (equidade); no outro, a pessoa pratica um ato injusto, mas é absolvida.

Segundo Dutra (2007, p. 14), a caracterização do direito como uma legislação externa pode incluir não só normas injustas, mas até um uso injusto da coerção. Nem por isso, tais normas injustas perderiam o caráter de “direito”. Kant nega, por exemplo, o direito de desobediência¹¹.

Apesar de Kant afirmar um direito estrito e ressaltar que em nada ele se mesclaria com a moral, há que se ressaltar a necessidade desse mesmo direito “coexistir com a liberdade de cada um segundo leis universais”. Ora, Kant não abre mão do direito inato a todo homem e que funda, para ele, todo sistema jurídico: a liberdade.

4. KELSEN

A grande obra jurídica de Hans Kelsen – a *Teoria Pura do Direito* – almejava ser uma meta-teoria jurídica, que traçasse as primeiras linhas de uma verdadeira ciência jurídica. Compreendia ciência, Kelsen, de acordo com o paradigma predominante no final do século XIX, o positivismo. Assim, para que fosse possível a ciência jurídica seria necessário atribuir-lhe um objeto próprio (o Direito entendido como norma), mas também purificar o método a ser utilizado. Almejava “aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão” (KELSEN, 2003, p. XII).

Kelsen é herdeiro da tradição positivista que se desenvolveu na Alemanha no final do século XIX: Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband e George Jellinek. Esse movimento se dirigia contra a especulação jusnaturalista do século XVIII e aspirava constituir uma teoria da sociedade real e do direito positivo. Seu método baseava-se na crítica kantiana da

razão: a visão de mundo dualista, dividido em ser/dever ser (*sein e sollen*). Kelsen, entretanto, criticava a falta de rigor e neutralidade desta tradição, especialmente Jellinek, que, com sua teoria geral do estado (alternativa dualista), abrangia a doutrina sociológica e a doutrina jurídica. Para Kelsen, com esta abordagem, Jellinek estava incorrendo em sincretismo metodológico, fugindo assim, do rigor científico.

Kelsen critica todos os dualismos positivistas e também o jusnaturalismo, que, para ele, por distinguir o direito que é (direito positivo) do direito que deve ser (moral, religião, natureza), não mantém objetividade científica. Kelsen é monista (para ele há somente um direito, o direito positivo); já o jusnaturalismo é dualista, considera que existem dois direitos: o direito positivo (imperfeito e que deve cada vez mais tentar se aproximar da perfeição do direito natural) e o direito natural (perfeito), que emana do absoluto, do transcendente. Concluindo que não existe uma verdadeira ciência jurídica, Kelsen se propõe a construí-la na *Teoria Pura do Direito* (TPD). Nela, busca construir uma Ciência Jurídica livre de influências sociológicas, psicológicas ou políticas, como até então não havia sido feito. Seu objetivo é criar uma teoria geral que sirva para descrever qualquer ordenamento jurídico.

A sua teoria do direito se propõe “pura” pois visa “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quando não se possa, rigorosamente, determinar como Direito” (KELSEN, 2003, p. 01). E o que se pode determinar rigorosamente como Direito são, para Kelsen, as normas jurídicas que conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). O Direito é, então, “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 2003, p. 05).

5. O DIREITO E A MORAL NA OBRA DE KELSEN

O Direito e a Moral são ordens sociais, pois ordens normativas que regulam a conduta humana na medida em que está em relação com outras pessoas. Conforme Kelsen, a função destas ordens sociais, numa perspectiva psicossociológica, é “obter uma determinada conduta por parte daquele que a esta ordem está subordinado”, ou seja, “fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente (...)

prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis” (KELSEN, 2003, p. 26).

Apesar de serem ordens sociais, o Direito e a Moral se diferenciam. Mas Kelsen nega os critérios de diferenciação entre Direito e Moral até então estabelecidos. Kelsen rejeita a distinção “de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna”. Para ele, as duas ordens contêm normas que determinam os dois tipos de conduta. Rejeita especialmente a concepção de conduta moral kantiana, segundo a qual apenas uma conduta realizada por dever, contra a inclinação ou interesse egoístico tem valor moral. Para Kelsen, “a conduta efetiva [do homem] depende de qual seja a inclinação mais intensa, de qual seja o interesse mais forte.” Entende que as ordens sociais não tem o poder de precluir as inclinações do homem, mas tão somente oferecer-lhe uma nova inclinação ou interesse para que se conduza em harmonia com a ordem social e se oponha “às inclinações ou interesses egoísticos que, na ausência daquela, atuariam” (2003, p. 69). Além disso, para Kelsen (2003, p. 70), uma Moral que apenas se refere apenas aos motivos da conduta pressupõe outra ordem social que prescreva uma conduta externa: “A norma de uma Moral que apenas se refere aos motivos da conduta externa é imperfeita ou incompleta: apenas pode valer em combinação com as normas que prescrevem a conduta externa, e também estas normas têm de ser normas morais.” De tal forma, Kelsen rejeita o conceito de Moral do filósofo que ele denomina moralista: Kant. De acordo com Kelsen, uma conduta moral “não é a ação contra a inclinação egoística, como queria Kant, mas sim a ação de acordo com o que preceitua a norma moral posta.” (COLPANI, 2002, p. 304).

Para Kelsen, só há uma única distinção entre as diferentes ordens sociais: “as *diferentes espécies de sanções*¹² que estatuem”. Numa ordem religiosa, por exemplo, as sanções tem um caráter transcendente, ou seja, provém de uma instância sobre-humana e supra social. Segundo Kelsen, para as religiões mais primitivas, os acontecimentos naturais eram interpretados ou como recompensa ou como castigo, pela observância ou não da ordem social, respectivamente. Já as religiões “*altamente evoluídas*” (como nomeia Kelsen) “acrescentam às sanções que se realizam no aquém aquelas sanções que somente serão aplicadas por Deus (...) no além-túmulo” (KELSEN, 2003, p. 31), naquilo que os cristãos costumam

nomear de vida eterna, ou seja, realizam-se numa esfera transcendente.

Diferentemente da sanção transcendente da religião, o Direito e a Moral aplicam sanções imanentes, isto é, “aquelas que não só se realizam no aquém, dentro da sociedade, mas também são executadas por homens, membros da sociedade”. A diferença entre ambas é que as sanções morais são aprovação e desaprovação por parte dos demais membros da sociedade, sendo recebidas como recompensa e castigo¹³. Essas sanções morais podem ser expressas de qualquer maneira pelos semelhantes:

(...) A conduta contrária à Moral deve ser desaprovada pelos membros da coletividade. Eles devem reagir a uma tal conduta com atos de desaprovação, como: censura, exteriorização de desprezo e outros semelhantes. (...) a conduta conforme à Moral deve ser por eles aprovada através de ato de louvor, divulgação da honra e outros atos semelhantes. (KELSEN, 1986, p. 30-1).

Já as sanções previstas no Direito são coações:

reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra a sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto. (KELSEN, 2003, p. 35).

Assim, o Direito é uma ordem coativa da conduta humana. O critério decisivo de distinção do Direito é, portanto, o momento da coação. Mesmo contra a vontade do atingido a sanção deve ser aplicada, ainda que dependa, para isso de força física:

As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são – diferentemente das sanções transcendentais – sanções socialmente imanentes e – diversamente daquelas que consistem na simples aprovação ou desaprovação [a Moral] – socialmente organizadas. (KELSEN, 2003, p. 36).

A sanções morais são, portanto, a aprovação da conduta conforme às normas e a desaprovação da conduta contrária às normas, não se considerando qualquer possibilidade de emprego da força física, enquanto que o Direito possui fundamentalmente como sanção um ato de coerção socialmente organizado.

Tanto o Direito quanto a Moral¹⁴ são consideradas “ordens” normativas da conduta humana porque, para Kelsen, constituem um sistema de normas cuja unidade se configura pelo fato de terem o mesmo fundamento de validade. E esse fundamento de validade é, segundo Kelsen, a norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.

As relações que se estabelecem entre Direito e Moral, para Kelsen, devem ser observadas considerando-se sua opção pelo relativismo axiológico. Para Kelsen, não há uma única ordem moral válida, absoluta, mas sim várias ordens válidas: “em diversas épocas, nos diferentes povos e até no mesmo povo dentro das diferentes categorias, classes e profissões valem sistemas morais muito diferentes e contraditórios entre si”. Não há nem mesmo como identificar qualquer elemento comum aos diferentes sistemas morais: “pode ser diferente o que se toma por bom e mau, justo e injusto e nada há que tenha de ser havido por necessariamente bom ou mau, justo ou injusto em todas as possíveis circunstâncias, que apenas há valores morais relativos” (KELSEN, 2003, p.72). A Ética é, então, apontada como a ciência que estuda a Moral com a incumbência de conhecê-la e descrevê-la¹⁵. Kelsen rejeita a “frequente confusão entre Moral e Ética”. Dessa maneira, nega a possibilidade de afirmar o justo como critério de validade das normas jurídicas, tendo em vista que o conceito de justo pode variar muito de uma ordem moral para outra.

Kelsen admite que uma ordem jurídica positiva pode “corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida – e, efetivamente, verifica-se em regra essa correspondência – e contrariar ao mesmo tempo as concepções morais de outro grupo”. E, com isso, faz questão de ressaltar que rejeita a possibilidade de uma única Moral válida, bem como a tese de que o Direito imoral não seria Direito, até porque, segundo ele a aplicação de tal tese “pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade” (KELSEN, 2003, p. 78). Ora, a ciência não tem o papel de legitimar o Direito, mas tão somente descrever e conhecer.

Para Kelsen, o único elemento que é necessariamente comum a todos os sistemas morais é a “circunstância de eles serem normas sociais,

isto é, normas que (...) estabelecem como devida (devendo ser) uma determinada conduta de homens (...). O que é comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o “dever-ser”, o caráter de norma” (KELSEN, 2003, p. 74). Assim, aquela conduta que corresponde à norma social é moralmente boa; já aquela que contraria tal norma é moralmente má. Nesse sentido, o valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece determinado comportamento como devido (dever ser).

Considerando tais pressupostos, a relação que se estabelece entre Direito e Moral não é uma relação de conteúdo, mas de forma: ambos constituem normas sociais com sentido de dever ser. O Direito constitui um valor pelo fato de ser norma: um valor jurídico que é, ao mesmo tempo um valor moral (relativo). Nesta perspectiva, o Direito é moral, não no sentido que tenha determinado conteúdo, mas uma norma social que estabelece como devida certa conduta humana. Este valor jurídico que estabelece o Direito não é um mínimo moral, pois isto seria pressupor uma moral absoluta. O Direito é, para Kelsen, simplesmente, norma.

6. O QUE HÁ DE KANT NA DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL REALIZADA POR KELSEN?

O neokantianismo das Escolas de Marburgo e Baden orientou a atividade acadêmica e intelectual do final do século XIX e início do século XX. O trabalho científico de Kelsen guiou-se fundamentalmente em suas primeiras fases pela Escola de Marburgo, que teve maior influência nas universidades alemãs. Do interesse de Kelsen por Kant desde seus estudos de bacharelado, Vázquez infere que “foi atraído pela pureza do conhecimento, pela preponderância do sujeito na produção do objeto de conhecimento, pela diferenciação estabelecida por Kant entre a esfera da moral e a esfera do direito, assim como pela diferenciação do direito e a esfera da natureza” (tradução livre) (VÁZQUEZ, 1999, p. 34).

Apesar das propaladas influências kantianas na obra de Kelsen, Oscar Correias analisa detidamente o que há de kantiano na obra do jurista austríaco e acaba por rechaçar todo kantismo (cf. CORREAS, 1990, p. 857). Explica Correias que o próprio Kelsen se reclamou kantiano em suas primeiras obras, especialmente na TPD, em um ponto específico: “*en que en la ciencia el conocimiento crea su objeto*” (1990, p. 857)¹⁶. Kelsen teria se utilizado da interpretação de Hermann Cohen da teoria de

Kant, para sustentar que a direção do conhecimento determina o objeto de conhecimento, que tem, portanto, uma origem lógica. Assim, segundo Correas, Kelsen chega a afirmar (em uma carta a Treves, de 1933)¹⁷ que são possíveis duas maneiras de se ler Kant: uma que compreende que a verdadeira contribuição kantiana se encontra na razão prática, ou seja, na diferença entre liberdade e natureza; e a outra (a qual se filiaria Kelsen) “*que ve la filosofia de la ciencia de Kant como su ‘auténtica filosofía’*” (CORREAS, 1990, p. 863). Portanto, Kelsen se filiaria à *Crítica da Razão Pura* de Kant. Entretanto, sustenta Correas (1990, p. 860), “que el conocimiento crea su objeto a partir de categorías produzidas por la razón, es algo que Kant toma de Hume, pero para decir que tales categorías son *a priori*, coisa que Kelsen niega específicamente”. Na obra *Sociedade e Natureza*, de 1943, Kelsen já demonstra saber que foi Hume quem formulou esta teoria a qual Kant aderiu¹⁸.

Correas afirma que o dualismo entre *ser* e *dever ser* presente na obra de Kelsen é, não um dualismo ontológico, mas uma característica da linguagem¹⁹. Explica citando a Kelsen:

En *TGDE* [Teoria Geral do Direito e do Estado] (...) el deber es el sentido específico de un enunciado: ‘El ‘deber ser’ simplemente expresa el sentido específico en el cual la conducta humana se encuentra determinada por una norma. Lo único que podemos hacer para describir tal sentido es afirmar que es diferente de aquél en el cual decimos que un individuo realmente se comporta en cierta forma, o que alguna cosa sucede o existe realmente’. (...) Esto significa que la diferencia entre *naturaleza* y *sociedad*, ahora bajo la forma de diferencia entre *ser* y *deber* ha quedado instalada en el *lenguaje*. (CORREAS, 1990, p. 854).

Na obra *Teoria Geral das Normas* (TGN), publicada postumamente (1975), Kelsen afirma que o insolúvel dualismo ser e dever

não pode ser encontrado na Filosofia de Kant, porque segundo esta norma moral, o dever-ser moral, a lei da Moral, parte da razão como razão prática, que é a mesma razão, cuja função é o conhecimento do ser; pois que a razão prática, o legislador moral, e a razão teórica, são no fundo uma, diz Kant. (KELSEN, 1986, p. 99)²⁰

Kelsen critica o conceito de razão prática de Kant, afirmando que se trata de uma inadmissível confusão de duas faculdades do homem, quais

sejam, *conhecer e querer*, que com isto Kant suprimiria o dualismo entre ser e dever, o próprio fundamento da ética de Kant:

Conhecimento é receptivo, querer é produtivo. Esta diferença é, no entanto, eclipsada na Teoria do Conhecimento de Kant, conquanto que, segundo esta, o conhecimento tem significação constitutiva, enquanto o conhecimento da razão teórica cria de novo e diferente o caos do sentimento para uma ordem da natureza, assim como a razão prática cria a ordem da Moral. Mas ambas estas ordens são essencialmente diferentes; uma – uma ordem do ser, a outra – uma ordem do dever-ser. Aquela é criada pelo conhecimento; esta apenas pode ser criada pelo querer. (KELSEN, 1986, p. 100).

Kelsen afirma que se trata do mesmo conceito aristotélico e do conceito da *ratio practica* de Tomás de Aquino: “Esta razão prática é, afinal de contas, a razão divina no homem.” (KELSEN, 1986, p. 100).

Além disso, Kelsen afirma que Kant é contraditório, tendo em vista que diz ter sido influenciado por Hume, apesar de Hume negar veementemente que haja algum nexos entre razão e moral²¹. Ainda na TGN, Kelsen dedica um pequeno capítulo a Hume, dizendo que é mais consequente do que Kant:

Para él no hay ninguna razón práctica; y agrega dos textos humeanos. Luego dice que, para Hume, una norma, un deber ser, es el contenido de un acto de voluntad – que es precisamente la definición kelseniana de ‘norma’ -, y agrega otro texto de Hume, al final del cual escribe: por consiguiente, un deber ser no puede ser deducido de un ser. Y luego otro largo texto de Hume. La parquedad no dice otra cosa que su total aprobación y adhesión a Hume. (CORREAS, 1990, p. 857).

Por fim, Correias exclui as conhecidas possíveis influências kantianas da obra de Kelsen²², substituindo-as pela influência de Hume – reconhecida em suas últimas obras pelo próprio Kelsen – na questão da categoria transcendental, do questionamento sobre a possibilidade do conhecimento.

Quanto ao dualismo kantiano entre Moral e Direito, o próprio Kelsen afirma que não está de acordo²³. O conceito de Moral em Kant e Kelsen é bastante diferente: a conduta moral kantiana se dá contra as inclinações e por dever; para Kelsen, no entanto, a conduta moral é tão somente aquela que se realiza em conformidade com uma norma moral.

Kelsen normatiza a moral.

Para Colpani, apesar de Kelsen tentar se afastar de Kant neste momento de sua teoria, irá esbarrar na norma fundamental da própria moral. Segundo Colpani (2002, p. 309), em Kant a pureza da moral é buscada em um fundamento *a priori*, por meio de conceitos da razão pura, excluindo-se qualquer elemento empírico, por isso propõe que se deve agir “segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”. Sendo que essa lei universal é pressuposta, não necessita de fundamento. Também:

a pureza da teoria do direito Kelseniana somente poderá ser alcançada se for depurada de valores morais, dada a relatividade destes. (...) Contudo, Kelsen ao trabalhar com a fundamentação da validade da norma do direito e da norma moral, deixa claro que esta conduz a “uma norma suprema, generalíssima, que já não é fundamentável”, ou seja, a norma fundamental. (COLPANI, 2002, p. 309)

Assim, para Colpani, o que permanece em Kelsen do pensamento kantiano é:

a necessidade de dar um fechamento aos sistemas normativos da moral e do direito, tornando-os em última análise, fundados em uma lei universal, o que pode dar-se pelo imperativo categórico ou pela norma fundamental. Chega-se a um limite onde não é possível questionar, o que para ambos os autores, o que é bom em si mesmo. (COLPANI, 2002, p. 311).

Ora, Colpani parece confundir aqui o absolutismo moral kantiano e o relativismo kelseniano. Como esclarece Gomes, esta é, na verdade, a grande diferença entre Kant e Kelsen:

Kelsen (...), relativista, não acredita que a razão possa distinguir algo como bom a priori ou, em outras palavras, o que pode ser considerado bom para um não precisa ser necessariamente considerado bom para outro. A diferença entre a norma fundamental e a liberdade kantiana decorre, portanto, da insuperável divergência entre a Ética kantiana, absolutista na linguagem kelseniana, e o relativismo filosófico que acompanha o positivismo de Kelsen. (GOMES, 2000, p. 205)

Além disso, a norma fundamental fecha o ordenamento para Kelsen no sentido da possibilidade do conhecimento jurídico (“na ciência o

conhecimento cria o seu objeto”), o que ele herdaria, segundo Correias, de Hume – e não de Kant.

7. CONCLUSÕES

A influência de Kant na obra do jurista Hans Kelsen é comumente propalada como óbvia, talvez porque o próprio Kelsen ressaltou-a em algumas de suas primeiras obras. Entretanto, mesmo nestas primeiras obras, Kelsen afirmou que Kant o havia influenciado com sua *Crítica da Razão Pura*, ou seja, com a análise quanto aos limites e possibilidades da razão, da construção do próprio conhecimento, e, assim, com a constatação de que o conhecimento constrói seu objeto a conhecer.

Apesar desta parcial primeira adesão à teoria kantiana, posteriormente Kelsen tomou contato com a obra de Hume e acabou por concluir que se aproximava mais deste do que de Kant. Ora, no que Kelsen concordava com Kant era naquilo que Kant se valia de Hume: o conhecimento constrói seu objeto por meio de categorias da razão, mas para Kelsen, assim como Hume, tais categorias não são *a priori*. Para Kelsen, Hume parecia até mais consequente, tendo em vista que não ligava razão e moral.

Assim, a *Crítica da Razão Prática* é a parte da teoria de Kant que o próprio Kelsen sempre contestou. Divergem quanto aos conceitos de Direito e de Moral. Enquanto, para Kant, a legislação ética (moralidade) possui como móbil a ideia de dever, a legislação jurídica (legalidade) pode possuir outros motivos de obediência, que não a ideia de dever. Assumindo o relativismo dos valores, Kelsen nega a necessidade da razão como princípio das ações humanas. Para Kelsen, tanto a Moral quanto o Direito são ordens sociais normativas, que se diferenciam pelas sanções que aplicam. Enquanto a Moral tem como sanções a aprovação ou desaprovação por parte dos semelhantes, o Direito possui um sistema socialmente organizado de aplicação de coerções, ou seja, aplica sanções, se preciso, recorrendo à força física. A diferença entre os dois se assenta na compreensão de fundo: Kant seria um absolutista da moral, enquanto Kelsen é um relativista que nega a existência de uma moral *a priori*. Kant se debruça sobre o conteúdo da própria moral, já Kelsen se limita a análise de sua forma.

O dualismo entre *ser* e *dever ser*, outro ponto que o próprio Kelsen atribui a influência kantiana em sua obra, também não se sustenta como influência na medida em que o jurista avalia que a razão prática kantiana

se confunde com a própria razão pura, pois congrega tanto o *querer* quanto o *conhecer*. Seria esta uma razão divina no homem, uma confusão inadmissível para Kelsen, que, para ele, faz com que Kant suprima o dualismo que sustenta sua ética. Ora, na verdade o dualismo *ser e dever ser* presente na obra de Kelsen é um que não existe para Kant, ou seja, o dualismo entre a conduta devida e a possibilidade de sua execução. Em Kelsen, não há um dualismo ontológico, mas um dualismo instalado na linguagem: diferencia-se a palavra e o objeto ao qual se aplica. O dever não é uma entidade metafisicamente contraposta ao ser, mas tão somente o verbo infinitivo *dever*. Uma conduta que deveria ser praticada (*dever*), diferencia-se da conduta que efetivamente é praticada (*ser*).

Ora, dessa maneira parecem esvair-se as possíveis influências kantianas na obra de Kelsen. Entretanto, ao que tudo indica, Kelsen se valeu de muitas leituras da obra de Kant para elaborar sua teoria. A princípio teria se utilizado de várias categorias de Kant, mas reformulando-as de tal maneira que se torna difícil afirmar que foram efetivamente retiradas da obra de Kant.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

COLPANI, Clóvis Lopes. A ética em Kant e Kelsen por Schopenhauer. *Novos Estudos Jurídicos* [recurso eletrônico], Itajaí: Editora da Universidade do Vale do Itajaí, a. VII, n. 14, p.299-324, abril/ 2002. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/26/24>>. Acesso em: 09 Out. 2010.

CORREAS, Oscar. Kelsen y el kantismo. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, a. 23, n. 69, p. 833-866, set./dez. 1990.

DUTRA, Delamar José Volpato. A conexão entre moral e direito em Kant. In: FELDHAUS, Charles. *Direito e moral: Três estudos a respeito da filosofia prática de Kant*. Florianópolis – Santa Catarina: Apolodoro Editora, 2007.

DELEUZE, Gilles. *A Filosofia Crítica de Kant*. Tradução: Germiniano Franco. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.

FELDHAUS, Charles. *Direito e moral: Três estudos a respeito da filosofia prática de Kant*. Florianópolis – Santa Catarina: Apolodoro Editora, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HECK, José Nicolau. Tópicos da doutrina do direito de Kant. *Philosophos - Revista de Filosofia*, Goiânia, GO, v. 4, n. 1, p. 67-86, jan./jun. 1999. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/philosophos/article/view/11298/7424>>. Acesso em: 14 Nov. 2010.

_____. *Direito e moral: duas lições sobre Kant*. Goiânia: EDUFG, EDUCG, 2000.

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

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes, Parte I – Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica*. Tradução: Jaime Perriau. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1945.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. Tradução: Raimundo Vier. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990.

TERRA, Ricardo. *Kant & o direito*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

VÁZQUEZ, Efrén. *Hans Kelsen, Jurista del siglo XX*, Ed. Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, 1999.

'Notas de fim'

1 Transcendente é algo para além da experiência, um princípio transcendente pretende ultrapassar o domínio da experiência. Já transcendental é o conhecimento que não se ocupa propriamente com objetos, mas, em geral, com a nossa maneira de conhecer objetos, enquanto deve ser possível a priori. O transcendental é determinante com relação à experiência, mas não é determinado por ela. “Nesse sentido, o termo ‘transcendental’ é inteiramente característico da filosofia kantiana, que é precisamente um esforço para descobrir no pensamento os elementos constitutivos da experiência, dos meios de captar e de ordenar o real” (PASCAL, 1990, p. 44). Deve-se ter o cuidado para não confundir os dois termos, tendo em vista que há um uso naturalmente transcendente das

ideias transcendentais, como por exemplo, “as ideias da razão, tal como a de Deus, são transcendentais no sentido de responderem a uma simples necessidade da razão: levar a termo a série das condições do mundo sensível; mas são transcendentais se por meio delas se crê poder determinar alguma realidade não sensível.” (PASCAL, 1990, p. 44).

2 Trata-se do ceticismo huminiano: “Enquanto Hume perdeu as esperanças no conhecimento seguro da interação e na tese das faculdades empíricas comuns à humanidade, Kant defende a existência da ‘razão pura (...)’, uma esfera assim independente e auto-suficiente. A razão não é passível de contaminação subjetiva ou desejo arbitrário, mas devemos compreender sua natureza inter-relacional: ‘[...] como nosso juízo não pode ser corrigido por nada de fora, a validade e a utilidade de cada parte depende da relação que mantém com todo o resto, dentro do domínio da razão.’” (MORRISON, 2006, p. 159).

3 Sobre juízo sintético e analítico: “O (...) par conceitual, ‘analítico-sintético’, responde à pergunta acerca do que decide a verdade em um juízo: ‘O fundamento legítimo da ligação entre sujeito e predicado se encontra no sujeito ou fora dele?’ Ainda que algumas explicações de Kant possam causar um mal-entendido psicológico, Kant não entende por ‘juízos’ os processos psicológicos do ato de julgar, mas – de modo lógico – enunciados ou afirmações, a saber, aquela ligação (síntese) de representações que pretende validade objetiva. Para Kant os juízos linguisticamente tem a estrutura de sujeito e predicado, a partir do qual surge a definição de juízos analíticos e sintéticos. (...) Kant designa como analíticos todos os juízos cujo predicado está contido ocultamente no conceito do sujeito. Assim, ele considera como analiticamente verdadeira a afirmação de que todos os corpos são extensos, porque se pode verificar independentemente de toda experiência pela mera análise do sujeito ‘corpo’ que este contém em si o predicado ‘extenso’. Sobre a verdade de proposições analíticas decidem unicamente os conceitos do sujeito e do predicado, assim como o princípio de contradição, que Kant considera como princípio de toda lógica formal. (...) Sintéticos são todos os juízos não-analíticos, ou seja, todas aquelas afirmações cuja verdade – supostas as regras semânticas da linguagem – não pode ser encontrada unicamente com a ajuda do princípio da contradição, ou, mais geralmente, com a ajuda de leis lógicas. Juízos analíticos só explicam o sujeito através do predicado; juízos sintéticos, ao contrário, ampliam o conhecimento acerca do sujeito”. (HÖFFE, 2005, p. 47-49).

4 De acordo com Wayne Morrison (2006, p. 156-7): “O projeto epistemológico se guia a busca humana das bases do conhecimento, mas, em vez de desconstruir as ideias da razão pura ou do eu experiencial, para depois voltar a trabalhar com as narrativas da vida comum de cada um, Kant primeiro analisou as ciências puramente formais da razão, depuradas de conteúdo empírico, em busca de um entendimento a priori, e depois direcionou a mesma metodologia para nossos sentimentos morais cotidianos, em busca dos pressupostos racionais que lhes davam sustentação. O objetivo era manter tanto a filosofia quanto a moralidade como domínios nos quais a razão, e não o costume ou a análise empírica, fosse dominante.”

5 “Em outras palavras, a legislação moral é aquela que não admite que uma ação possa ser cumprida segundo inclinação ou interesse; a legislação jurídica, ao contrário, é a que aceita simplesmente a conformidade da ação à lei e não se interessa pelas inclinações ou interesses que a determinaram.” (BOBBIO, 2000, p. 88).

6 “Se por ‘liberdade’ se entende (...) a faculdade de fazer algo ser ser coagido ou liberdade como não-coação (...), liberdade moral é a liberdade dos impedimentos que provém de nós mesmos (as inclinações, as paixões, os interesses), é liberação interior, esforço de adequação à lei eliminando os obstáculos que derivam da nossa faculdade de desejar; liberdade jurídica, porém, é a liberação dos impedimentos que provém dos outros, é liberação exterior, ou seja, eficaz no domínio do mundo externo em concorrência com os outros, esforço por alcançar uma esfera de liberdade na qual seja possível para mim (sic) agir segundo o meu talento sem ser perturbado pela ação dos outros.” (BOBBIO, 2000, p. 96).

7 (...) legislação moral não é a que prescreve deveres com relação a si mesmo, mas aquela por cujo cumprimento somos responsáveis somente frente a nós mesmos; legislação jurídica não é a que prescreve deveres com relação aos outros, mas aquela por cujo cumprimento somos responsáveis frente à coletividade.” (BOBBIO, 2000, p. 98).

8 Nos dizeres de Kant (2004, p. 27): “O imperativo categórico (incondicionado) é o que pensa uma acção como objectivamente necessária e a torna necessária, não de um modo mediato, graças à representação de um fim que se possa alcançar com a acção, mas através da simples representação dessa própria acção (da sua forma), isto é, imediatamente; nenhuma outra doutrina prática, excepto a que prescreve obrigação (a dos costumes), pode apresentar como exemplo tais imperativos.”

9 A passagem citada por Bobbio: “Todas as vezes que se deve tomar como fundamento um objeto da vontade para os fins de prescrever à vontade a regra que deve determiná-la, essa regra é sempre heterônoma: o imperativo é condicionado, ou seja: se ou porque se deseja este objeto, deve-se agir deste ou daquele modo; consequentemente ele não pode nunca comandar moralmente, ou seja, de maneira categórica.”

10 Para Feldhaus (2007, p. 29) o conceito de direito kantiano apresenta “três características: 1) refere-se somente a relação prática exterior entre as pessoas, na medida em que essas ações podem influenciar as ações de outras pessoas; 2) é uma relação entre arbítrios, ao direito não compete as relações entre arbítrio e desejo ou mesmo entre desejos; 3) refere-se apenas a forma na relação entre arbítrios, ao direito não interessa o que as pessoas desejam fazer mas apenas se tais atos podem ou não ser compatibilizados com a liberdade exterior de todos segundo uma lei universal.”

11 “Contra a suprema autoridade legisladora do Estado não há, portanto, resistência legítima do povo; pois, só pela submissão à sua vontade universalmente legisladora é possível um estado jurídico; logo, não existe nenhum direito de sedição, menos ainda de rebelião, e muito menos o direito de atentar contra a sua pessoa, inclusive contra a sua vida, enquanto pessoa individual, sob pretexto do abuso de poder. O menor intento neste sentido é um crime de alta traição, e o traidor deste tipo só poderá ser castigado com a morte, como alguém que tenta matar a sua pátria (parricida). - a razão por que o podo deve, apesar de tudo, suportar um abuso do poder supremo, inclusive um abuso tipo por intolerável, é esta: a sua resistência à própria legislação suprema deve conceber-se como contrária à lei, e até como destruidora da constituição legal na sua totalidade” (KANT, 2004, p. 134-5).

12 Sanção deve ser compreendida na obra de Kelsen não somente no sentido negativo de castigo, mas também no sentido positivo de prêmio (cf. KELSEN, 2003, p. 26). Quando uma determinada conduta deve ser fomentada a ordem social estatui um prêmio para o seu praticante. As duas sanções correspondem a ideia de retribuição, mas Kelsen ressalta que o castigo desempenha um papel social muito mais importante ou predominante.

13 A mera aprovação ou desaprovação da conduta do indivíduo em conformidade ou não com a ordem moral pode parecer pouco relevante, entretanto, como destaca Kelsen “por vezes, constituem sanções mais eficazes do que outras formas de recompensa e de castigo, pois satisfazem ou ferem o desejo de valimento (importância do homem), um dos mais importantes componentes do instituto de conservação.” (KELSEN, 2003, p. 30).

14 “Aqui impõe-se observar que a norma moral que prescreve uma determinada conduta e a norma moral que prescreve a desaprovação de uma conduta oposta àquela está numa dependência essencial uma da outra, formam um todo unitário na sua validade (vigência).” (KELSEN, 2003, p. 30).

15 “Nessa definição fica clara a influência do positivismo filosófico no pensamento Kelseniano, ao conceber que o objeto de qualquer tipo de ciência deve ser conhecido e descrito tal qual ele é, sem que se possa questionar seus fundamentos. (...) A função da ética seria então de ‘conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida’. Não há possibilidade de a ética questionar os fundamentos das normas morais, que já foram estabelecidas em uma etapa anterior a sua intervenção descritiva.” (COLPANI, 2002, p. 302).

16 Sobre este ponto ver na obra de Kelsen: TPD, 2003, p.81-2.

17 (...) “le fondement kantien de la Théorie pure du droit peut être contesté par ceux que ne reconnaissent l'éthique kantienne que comme étant la seule authentique philosophie de Kant. Il sera sans doute facile, pour ceux qui considèrent que l'oeuvre principale de Kant réside dans sa philosophie transcendente, de démontrer que cela est dépourvue de valeur.” (Kelsen apud CORREAS, 1990, p. 862)

18 Cf. *Sociedad y naturaleza*, 1945, p. 402. Também sobre a influência de Hume na obra de Kant, afirma Deleuze (2009, p. 19): “Ora, quando conhecemos (...): dizemos mais do que aquilo que nos é dado, superamos os dados da experiência. Falou-se muitas vezes da influência de Hume em Kant. Hume, de facto, foi o primeiro a definir o conhecimento por uma tal superação”. E, ainda, sobre a ruptura entre Kant e Hume: “Hume percebe muito bem que o conhecimento implica princípios subjectivos, pelos quais superamos o dado. Mas estes princípios pareciam-lhe apenas princípios da natureza humana, princípios psicológicos de associação concernentes às nossas próprias representações. Kant transformava o problema: o que nos apresenta de maneira a formar uma Natureza deve necessariamente obedecer a princípios do mesmo género (mais ainda, aos mesmos princípios) que aqueles que regulam o curso das nossas representações. São os mesmos princípios que devem dar conta dos nossos procedimentos subjectivos e também do facto de o dado se submeter aos nossos procedimentos. O que equivale a dizer que a subjectividade dos princípios não é uma subjectividade empírica ou psicológica, mas uma subjectividade ‘transcendental’” (DELEUZE, 2009, p. 21).

19 “Dicho de otra, la diferencia entre ser y deber es paralela a la que existe entre el lenguaje y su referente. Los lingüistas distinguen entre una palabra (...) y el objeto al cual se le aplica. Y no por ello parece que deba pensarse que son neokantianos.” (CORREAS, 1990, p. 848). Correias cita, ainda, uma nota de Roberto J. Vernengo, tradutor da edição espanhola da TPD: “Parece evidente hoy que el giro, gramaticalmente dudoso, ‘deber ser’ no corresponde al simple verbo auxiliar *sollen*. En esta traducción se evita utilizar tal ‘deber ser’, recurriéndose, en lo posible, al verbo modal castellano ‘deber’. Ha de entenderse, pues, que cuando Kelsen habla de das *Sollen* no está refiriéndose a una misteriosa entidad: ‘el deber ser’, de alguna suerte contrapuesta a otra entidad metafísicamente muy prestigiosa: el ‘ser’, sino que está utilizando simplemente el infinitivo del verbo auxiliar ‘deber’ como sustantivo verbal” (apud CORREAS, 1990, p. 853).

20 Sobre isso, afirma Correias: “(...) en realidad no se trata del dualismo que acabamos de ver (es decir, el dualismo entre la conducta debida y la posibilidad de su ejecución), sino de la pregunta acerca de si el legislador moral debe producir las leyes morales conforme al modelo de la conducta efectiva de los individuos, a lo cual Kant da una respuesta negativa. Con esto, Kant cierra el paso al dualismo, puesto que entonces quiere decir que la norma debe ser extraída de la razón práctica, que en el fondo no es más que una con la razón teórica” (CORREAS, 1990, p. 856).

21 Hume, citado por Kelsen (1986, p. 108): “Visto que Ética tem uma influência nas ações e afetações, conclui-se que ela não pode ser originada da razão... Razão por sim mesma é absolutamente impotente nesta particularidade. As regras da moralidade, em consequência disto, não são conclusões da nossa razão”.

22 Nas palavras de José Florentino Duarte, tradutor da Teoria Geral das Normas: “O purismo de Kelsen não está vinculado ao ‘purismo’ de Kant. O deste serve para justificar o Direito Natural e, no todo e em parte – conforme a hora e a necessidade –, foi veementemente combatido pelo fundador da Escola de Viena, como se constata no presente tratado e nas indicações que faz. Na atualidade querer ‘achar’ a influência de Kant na obra de Kelsen é empreender a busca inglória de procurar o que se diluiu.” (Palavras do tradutor in: KELSEN, 1986, p. XI).

23 Cf. KELSEN, 2003, p. 68.

