

# A coerção em Kant e Kelsen - um estudo preliminar

José N. Heck/VFG/UCG/CNPq  
Sidney A. da Silva

heck@internacional.com.br  
salves78@bol.com.br

---

## Resumo

A concepção kantiana do direito e a teoria pura do direito de Kelsen se destacam pela racionalidade com que a respectiva posição normativa é concebida e articulada. A presente contribuição examina o peso teórico que a coercibilidade jurídica adquire em ambas as ciências do direito. O artigo objetiva estabelecer as fronteiras programáticas entre o formalismo jurídico dos dois filósofos do direito.

Palavras-chave: direito racional, direito positivo, teoria pura do direito, Kant, Kelsen.

## Abstract

Kant's conception of Right and Kelsen's pure theory of Right detach themselves because of the rationality with which each normative position is conceived and articulated. The present contribution examines the theoretical weight that the juridical coerciveness acquired in both theories of Right. The article wants to establish the programmatic frontiers between the juridical formalism of both philosophers of Right.

Key-words: rational right, positive right, pure theory of right, Kant, Kelsen.

---

## Introdução

As relações entre filosofia e direito não se encontram confinadas nos limites de uma disciplina acadêmica introdutória ou complementar. O trânsito de argumentos entre as duas áreas do conhecimento também não

---

\* Aluno de Iniciação Científica.

mais flui de acordo com a tipologia weberiana e tampouco continua obedecendo a palavras de ordem revolucionárias. O novo estado de coisas é sinalizado por uma mudança no seio da Academia. “Não se trata de mera casualidade”, assume Habermas (1929–) no prefácio de *Faticidade e Validade* (1993), “que a filosofia do direito, lá onde ela ainda busca o contato com a realidade social, emigrou para as faculdade de direito”.<sup>1</sup>

Para a revitalização da tradicional “Filosofia do Direito” concorrem filósofos e juristas. Os estudos da filósofa H. Arendt (1906-1975) sobre poder e legitimidade alocam para a esfera do direito temas que, desde Aristóteles (384-322 a. C.), pertenciam aos domínios da filosofia prática, e os trabalhos do jurista C. Schmitt (1888-1985) acerca da decisão soberana e do compromisso político injetam no *corpus* filosófico elementos constitucionais que, desde Th. Hobbes (1588-1679), faziam parte de uma armação teórica reservada à filosofia política.

Nenhum jurista ou filósofo contribuiu tão fecundamente quanto Kelsen (1881-1973) e Kant (1724-1804) para consolidar as relações entre direito e filosofia num patamar acadêmico acima da divisão de trabalho que justapõe e ou contrapõe os interesses intelectuais dos profissionais em filosofia e direito. Kelsen elaborou, à revelia de seu tecnicismo jurídico, uma reconhecida obra de filosofia do direito e Kant, apesar de sua estirpe genuinamente filosófica, deu aos princípios do direito uma constituição apriorística.

Os resultados dessa compenetração teórica podem ser rastreados no direito e na filosofia. Assim, a dedução kantiana da posse inteligível referendou, contra a tradição transformista de Locke (1632-1704) a Marx (1818-1883), a propriedade como instituto jurídico e, na contramão do espontaneísmo moral reinante no direito positivo, Kelsen ancorou a validade jurídica da norma sobre o pressuposto deontico de uma obrigatoriedade transcendental.

A *Doutrina do direito* (1797) coroa a obra filosófica de Kant. Recomposta recentemente para uma nova editoração, o texto tem merecido a atenção de filósofos e teóricos do direito. A presente contribuição privilegia as relações entre o direito racional e o direito positivo.

### A primazia do direito racional

O item "Peculiaridades da faculdade de direito", na primeira seção de *O Conflito das faculdades* (1798), apresenta o perfil do letrado em direito. Kant escreve: "O *jurista* instruído não busca as leis que garantem o *meu* e o *teu* na sua razão (...), mas no código oficialmente promulgado e sancionado por autoridade suprema".

Fixado no complexo meio-fim, o bom entendedor jurídico toma, de acordo com Kant, o conjunto das leis codificadas como critério definidor de direito. Sua competência engloba indistintamente todas as áreas do direito, do privado ao público, sem excluir a história do direito e o direito de outros países. Universalizante em extensão, o saber do profissional versado em direito abarca, segundo Kant, uma latitude jurídica na qual o instruído em direito (*iurisconsultus*) aprende também a aplicar as leis do direito (*iurisperitus*). Tal atividade culmina na prudência jurídica (*iurisprudencia*), ou seja, na habilidade de escolher o melhor meio para o bem-estar próprio e alheio.

Confinado à esfera auto-reguladora das leis, Kant exime o entendido em direito de provar a verdade e a legitimidade das leis, bem como de posicionar-se em face das objeções antagônicas da razão, "pois são os decretos (*Verordnungen*) que primeiramente fazem que algo seja justo, e indagar se também os próprios decretos possam ser justos é algo que deve ser rejeitado como descabido por parte dos juristas". Kant converte em ridícula a exigência de querer subtrair-se a uma vontade externa e

superior sob o pretexto de que ela aparentemente não coaduna com os ditames da razão. O filósofo arremata: "Com efeito, a reputação do governo consiste precisamente no fato de que não permite aos súditos a liberdade de julgar sobre o justo e o injusto, segundo os seus conceitos próprios, mas de acordo com a prescrição do poder legislativo".<sup>2</sup>

Avaliada mais de perto, a figura kantiana do servidor público letrado é caudatária das pretensões sistemáticas do direito racional. O ordenamento jurídico do direito racional não coincide com a racionalidade das ciências jurídicas atuais. O ponto de contato situa-se no nível do *objeto* do direito, na medida em que esse é considerado idêntico com o conhecimento do direito. Respeitadas as diversas ordens de abordagem, bem como o respectivo enquadramento e a diferente classificação do direito positivo e do direito racional, o conhecimento do direito constitui uma referência comum indeclinável para ambos.

Enquanto as ciências jurídicas tendem a satisfazer-se com a constatação de que o termo 'direito' não é unívoco nem equívoco, Kant assume a indeterminação conceitual como programática para a doutrina do direito, na medida em que não reconhece um direito de exclusividade nem para a posição dogmática juspositivista nem para o dogmatismo teórico jusnaturalista. A indefinição epistemológica do objeto do direito adquire em Kant uma dimensão normativa, norteadas por um conhecimento sistemático provindo de princípios.<sup>3</sup>

O leal e erudito servidor público prussiano é apresentado por Kant como um instruído em direito. O filósofo diz que dele não pode ser exigida uma atuação racional convincente. Tal caracterização distingue o direito racional do positivismo jurídico. Enquanto o normativismo descritivista kelseniano reivindica evidência imediata,<sup>4</sup> os princípios kantianos do direito perfazem constituições *a priori* da razão prática, providenciadas para o direito pela esfera crítica da moral. Ao passo que Kelsen mantém o direito separado do imperativo categórico da moral, Kant não apenas

não isola um do outro, mas submete a efetividade do direito a padrões morais suprapositivos. Longe de ver o direito livre da moral, Kant assegura à última uma inequívoca primazia normativa, tendo em vista o *Faktum da razão*.

À semelhança da norma fundamental kelseniana (*Grundnorm*), a âncora ontológica da doutrina moral kantiana não é descritiva mas auto-referencial, contrariamente ao modo kantiano de lidar com princípios e ao tratamento kelseniano dado às normas de direito. Mas, em oposição ao fato da razão, a pressuposta norma fundamental não tem estatuto ontológico ou semântico na *Teoria pura do Direito* (1934/1960). De resto, a exposição apresentada por Kant dos princípios práticos *a priori* não pode ser equiparada à descrição feita por Kelsen da qualidade normativa das ordens positivadas em direito.

### A distância entre direito racional e positivo

A *Doutrina do direito* de Kant remete a uma auto-aplicação sensível da razão (fato da razão), tendo a liberdade como *ratio essendi* da lei moral e essa como *ratio cognoscendi* daquela; e a teoria pura do direito de Kelsen possui na norma fundamental sua auto-referencialidade lógica, estabelecendo a norma positiva como fato e a obrigação jurídica como constituinte da ordem racional composta de sanções jurídicas.

Comparada com o juspositivismo kelseniano, a ciência kantiana do direito articula uma filosofia do direito, e não se limita a estilizar, para a pirâmide fenomênica dos atos legais da vontade, a posição cognitiva de um ato de pensar (*Denkakt*) na forma numênica da norma fundamental. Kelsen acaba reservando somente aos princípios da ciência do direito (*Rechtswissenschaft*), denominados *Rechtssätze*, o privilégio de expressarem o conteúdo de um dever-ser.

Normas do direito (*Rechtsnormen*), não sendo princípios do direito, não contêm expressões do direito e sim mandamentos, permissões e autorizações, baseados não num ato cognitivo de direito, mas em atos de vontade (*Willensakte*) conectados com a respectiva norma superior, que legitima o ato volitivo em sua consequência imperativa. Como as normas do direito prescrevem habitualmente - excetuada a norma fundamental - a aplicação de uma pena, tão logo o indivíduo se comporte de determinada maneira, a objetividade normativa do direito é substituída pela realidade da sanção como medida coercitiva. Com isso, Kelsen realoca semanticamente o sentido corrente do contraditório do que é denominado justo.

Para Kelsen, um comportamento é injusto não porque contradiga o que é considerado justo, mas exclusivamente porque o direito positivo estabelece a transgressão como condição de aplicabilidade de uma reação, denominada sanção. O injusto não perfaz o contraditório do justo, e por isso é penalizado, mas é designado injusto porque vinculado pela ordem jurídica positiva a uma sanção como consequência a ser aplicada. "A norma que fixa o ato coercitivo" escreve K. Larenz (1912-), "é primária, a caracterização do 'injusto' como comportamento condicional da sanção é secundária, e em termos de linguagem, assim teria que se acrescentar, errônea".<sup>5</sup>

Kant separa nitidamente o que é de direito (*quid sit iuris*) daquilo que diz respeito ao justo e ao injusto (*iustum et iniustum*). O primeiro bloco aborda a *quaestio facti*, a saber "o que as leis em um certo lugar e em certa época dizem ou disseram" e o segundo trata do "critério universal, pelo qual se pode conhecer a rigor tanto o justo quanto o injusto".<sup>6</sup>

A doutrina kantiana do direito natural é a ciência desse critério. Segundo Kant, ela tem por tarefa "fornecer a toda legislação positiva os princípios imutáveis (*die unwandelbaren Prinzipien*)", ou, "estabelecer o fundamento de uma legislação positiva possível".<sup>7</sup> À luz dessas

definições não é possível transmutar a concepção metafísico-racional da doutrina do direito de Kant em um sistema axiomático-dedutivo de porte kelseniano. Por mais pura que a teoria kelseniana do direito seja, os princípios do positivismo jurídico não são imutáveis, e Kelsen também não reivindica para sua posição científica do dever-ser o *status* de um conhecimento sintético prático *a priori*.

A tentativa inversa de isolar as questões de fato do arcabouço metafísico, abandonando o complexo justo/injusto à historiografia do direito, esbarra em dificuldades ainda maiores para sintonizar a doutrina kantiana do direito com a positividade sócio-jurídica contemporânea. A força dissertativa dos trabalhos de N. Luhmann (1927-) sobre a interconexão entre sociedade e direito articula o tecido social como uma relação de direito. Tal conceito sociológico de positividade jurídica descarta em princípio toda formatação deontica para a investigação do fenômeno jurídico. A natureza contingencial do direito verbalizado não tolera, em Luhmann, nenhuma concepção de imprescindibilidade normativa que não seja sociologicamente validada pelos institutos dos sistemas simples que predefinem para a função do direito a estrutura do dever-ser social.

A *quaestio facti* de Kant torna-se em Luhmann uma *quaestio juris* por definição, ou seja, um sistema autopoiético de produção jurídica, movido pelas mudanças evolutivas da complexidade social. À medida que o direito positivo em acepção luhmanniana é capaz de processar a sua própria mudança, o direito racional de proveniência kantiana perde o estatuto prospectivo e deve ser avaliado como expressão de sociedades pré-modernas ou como resíduo ideológico de estamentos jurídicos no seio das sociedades complexas.

Em contraposição à positividade sócio-jurídica, o princípio da validade dedutiva da posição juspositivista kelseniana mantém um parentesco programático com a doutrina kantiana do direito. A *Doutrina*

do direito não está, porém, para o jusnaturalismo como a teoria pura do direito está para o positivismo jurídico. A ciência do direito de Kant não é independente de sua filosofia crítica. Precisamente quando e onde ela se constitui em metafísica do direito, a doutrina kantiana do direito afirma-se crítica na esteira da concepção moral do filósofo alemão.

Kant tem um conceito moral de direito e um princípio jusnaturalista de direito. Um tem por objeto a vontade livre e o outro o livre-arbítrio. No âmbito do primeiro, a definição do segundo só é possível *via negationis*, isto é, em sentido negativo a vontade é concebida livre por poder atuar independentemente de causas que lhe são estranhas,<sup>8</sup> denominadas heterônimas. A liberdade volitiva é concebida simultaneamente positiva quando atua de acordo com uma lei que a vontade confere a si própria. Para Kant, somente no segundo caso a vontade é autônoma, quer dizer, tem a propriedade "de ser lei para si mesma".<sup>9</sup>

Depois de haver resolvido objetivamente o problema da racionalidade normativa pelo sentimento do respeito à lei moral, posto criticamente pela razão prática, a definição conceitual de liberdade negativa subsiste solitariamente positiva no princípio subjetivo inato do direito, como independência do arbítrio perante qualquer outro.<sup>10</sup> O conceito moral de direito contém uma obrigatoriedade (*Verbindlichkeit*) comum à doutrina do direito e à doutrina da virtude, formulada por Kant para ambas as doutrinas como "necessidade de uma ação livre sob o imperativo categórico da razão".<sup>11</sup> Tal conceito moral tem caráter jurídico porque, à diferença do que vale para a doutrina da virtude, concerne (*betrifft*) "somente à relação exterior, e na verdade prática, de uma pessoa para com outra, de modo que suas ações, como fatos, possam (imediate ou mediatamente) influenciar-se reciprocamente".<sup>12</sup>

Na ciência kantiana do direito, o conceito moral de direito equivale ao critério de saber o que é justo e injusto, de modo que não apenas o direito positivo, mas também o princípio jusnaturalista, encontra-se sob



o domínio da moral. As relações entre moral e direito não são, para Kant, de molde a estabelecer uma ordem comum de filiação, da primeira ao segundo, mas compõem um índice remissivo recíproco entre o *a priori* sintético moral e o *a priori* sintético de direito. Por ser genuinamente prático, o primeiro exerce um papel crítico-normativo sobre o segundo, essencialmente metafísico-teórico.

Em suma, a possibilidade de haver obrigações jurídicas se deve, em Kant, ao fato de haver para o homem uma efetiva obrigatoriedade moral.

### Moral e coerção em Kant e Kelsen

Vistas a partir da faculdade de coagir, a ciência kantiana do direito e a concepção kelseniana de uma teoria pura do direito ostentam similaridades irretorquíveis.

Para Kant, as leis morais originam-se ou bem da razão prática ou do arbítrio de um legislador autorizado pela razão prática. Segundo Kelsen, a unidade de um complexo jurídico positivo é pensada a partir de uma norma fundamental, à qual todas as normas de um direito positivo remetem sua validade e eficácia normativa. Tal norma não fornece nenhum conteúdo específico para as normas posteriormente fundadas sobre ela, mas sim a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de um poder a uma autoridade legisladora ou "uma regra que determina como devem ser feitas as normas gerais e individuais da ordem ancorada sobre esta norma fundamental".<sup>13</sup>

Kelsen concede, com um senso crítico kantiano, que a *Grundnorm*, por constituir a última referência para a validade objetiva do estatuto normativo de um ordenamento positivo em direito, não pode ser posta por uma autoridade cuja competência deveria repousar sobre uma norma localizada ainda mais acima da norma fundamental, razão por que essa última não é posta, mas necessariamente *pressuposta* pela ciência do

direito, para poder interpretar determinado complexo de normas como constituinte do ordenamento jurídico. Kelsen explicita o viés kantiano de sua legitimação da norma fundamental, ao asseverar que *per analogiam* à teoria do conhecimento de Kant a norma fundamental da teoria pura do direito pode ser designada pela ciência do direito como "a condição lógico-transcendental dessa interpretação".<sup>14</sup>

O teórico do direito nega terminantemente que a relação entre norma fundamental pressuposta e o conteúdo posto pela Constituição de determinada ordem jurídico-estatal, no tempo e no espaço, seja de caráter material. Kelsen insiste que somente excluindo-se tal inferência conteudística é possível evitar que a ciência jurídica se veja obrigada a recorrer à metafísica, reconduzindo o princípio da coerção jurídica a autoridades metajurídicas como Deus ou a natureza.

A função de validade da *Grundnorm* kelseniana é fundamentar, como norma pensada, o processo silogístico cuja premissa maior é a postulação de uma norma *considerada* objetivamente válida, em virtude da qual deve-se obedecer aos atos subjetivos emitidos pela vontade de alguém, e cuja premissa menor é a afirmação do fato de que esse alguém *ordenou* que a conduta deve ser levada a cabo dessa ou daquela maneira, sendo conclusiva a afirmação de que a norma emitida é válida, isto é, o comportamento tem de ser de determinada maneira.

Kelsen acentua que a norma asserida como objetivamente válida na premissa maior não é de maneira alguma imediatamente evidente. A norma fundamental opera o processo de fundamentação silogística, se sua validade objetiva já não pode ser posta em questão por um silogismo, de acordo com o qual as ordens postas por um ato de vontade perfazem não a premissa menor, mas sim ordens emanadas de uma autoridade ou instância suprema, supra-ordenadas aos atos prescritivos de uma vontade histórica constituinte. Como a norma fundamental, na teoria pura do direito, não pode constituir o sentido subjetivo de um ato de vontade, ela

apenas pode ser o conteúdo de um ato de pensamento (*Denkakt*),<sup>15</sup> e, como tal, estar pressuposta e não ser posta pela respectiva Constituição.

Um ordenamento normativo, por não ser evidente, tem de ser interpretado como um "sistema de normas jurídicas válidas" e deve admitir uma norma fundamental correspondente válida, caso se trate de uma "ordem coercitiva globalmente eficaz",<sup>16</sup> isto é, que funcione como tal. Se esse não for o caso, a inferência teórica da validade jurídica não tem referência normativa prática, com a consequência de que o dever da teoria pura do direito "resulta de fato, por um desvio acerca do postulado cognitivo-teórico da 'norma fundamental', (...) da (simples) faticidade!"<sup>17</sup> A concepção kelseniana da *norma* é positivista porque atribui ao ato jurídico que a produz a faculdade de se auto-explicar, quer dizer, o poder de expressar aquilo em que consiste a validade normativa, não obstante o ato jurídico pertença, como evento psíquico e social, à esfera da causalidade universal. Em outras palavras, Kelsen reconstrói normativamente a gênese fática de uma externalização (*Äusserung*) corporal, de modo que a norma estatui a referência objetiva e o ato de vontade expressa a intencionalidade subjetiva do comando jurídico.

Limitada à comparação do parágrafo E da *Doutrina do direito*, onde Kant elucida a faculdade de coagir do direito reportado a um dado empírico elementar sem alternativa, vale dizer, como "facto correspondente à construção de um espaço preenchido por forças",<sup>18</sup> a maneira juspositivista de honrar o postulado teórico do dever-ser não parece, à primeira vista, estar na contramão da doutrina kantiana do direito. O fato de Kelsen conceber o direito como uma ordem coercitiva não oferece um quadro estranho à prova kantiana da faculdade de coagir. Desconsideradas as diferenças terminológicas entre os dois filósofos do direito, Kant concordaria com Kelsen quando esse entende que, para ser interpretada objetivamente como jurídica, "uma norma tem de estatuir um ato de coerção ou estar com ela em essencial conexão".<sup>19</sup>

Na verdade, o que separa a ciência kantiana do direito da teoria pura do direito de Kelsen é a qualificação moral do dever (*sollen*) jurídico. O *Sollen* kelseniano não equivale a uma obrigação que, igual ao dever moral, possa ser cumprido em consideração ao que exige, por ser correto para quem o experimenta, enquanto a conduta inversa lhe afigura incorreta. De acordo com a teoria pura do direito, o conteúdo "certo" ou "errado" de uma norma é irrelevante. Basta que sua procedência normativa esteja legitimada pela respectiva norma fundamental.

Normas de direito são, para Kelsen, menos mandamentos ou proibições do que autorizações, ou seja, "facultam a um determinado indivíduo aplicar contra um outro indivíduo um ato coativo como sanção".<sup>20</sup> Diferentemente de Kant, para quem o fato de a "faculdade da razão pura ser para si mesma prática" significa a expressão de um dever (*Sollen*), equivalente ao conceito positivo da liberdade,<sup>21</sup> sobre o qual se fundamentam leis práticas incondicionadas, denominadas morais.<sup>22</sup> Obrigatoriedade é, para Kant, um conceito moral definido como "necessidade de uma ação livre sob um imperativo categórico da razão".<sup>23</sup>

Mesmo se o dever-ser positivista de Kelsen fosse limitado à esfera da legislação do direito, onde a razão prática precisamente *não* fornece, pela idéia do dever, o motivo para a observância da lei, desfigurar-se-ia a concepção moral de Kant segundo a qual a cada obrigação jurídica corresponde um dever da legislação ética, a saber: agir movido pelo dever sempre que não há uma motivação externa eficaz. Também onde a noção kelseniana da norma ficasse restrita àquelas leis positivas que, de acordo com Kant, *não* provêm da simples razão prática, mas são estabelecidas pelo arbítrio de um terceiro, a equiparação entre teoria pura do direito e ciência kantiana do direito permaneceria aparente, pois, nesse caso a autoridade do legislador está assegurada em Kant por lei natural, quer dizer, deve ser providenciada por autorização *a priori* pela razão prática.

Resta a tentativa de coadunar o juspositivismo de Kelsen com o direito racional de Kant no âmbito das soluções que ambos os filósofos do direito dão à faculdade de coagir. Kant toma por óbvio que ninguém, ao ser indevidamente impedido em seu livre-arbítrio, venha romper os limites impostos por uma lei universal compatível com a liberdade de todos e possa, assim, cercear arbitrariamente a independência alheia, em vez de ater-se a neutralizar apenas o impedimento por meio de uma reação adequada à arbitrariedade sofrida (parágrafo D da *Doutrina do direito*). A posição de Kelsen tem aparentemente a vantagem de estar em condição de precisar, por norma positiva, a regra lógica da dupla negação de Kant no sentido de especificar explicitamente, quando a resistência contraposta ao obstáculo da liberdade não constitui, ela mesma, um impedimento à liberdade de outrem, evitando conseqüências catastróficas na coexistência dos arbítrios uns com os outros.

A hipótese de uma convergência programática entre Kelsen e Kant pode tomar por objeto de exame o parágrafo E da *Doutrina do direito*, onde Kant assevera que o direito subjetivo em acepção restrita não precisa ser pensado como composto de "duas peças (*aus zwei Stücken*)" – a saber: de obrigatoriedade segundo uma lei em conjunto com a faculdade de coagir – mas pode ser vertido de imediato (*unmittelbar*) na possibilidade de se articular a "coerção recíproca exaustiva com a liberdade de qualquer um (*jedermann*)" e, como tal, está isento de qualquer aditivo ético, "pois então é puro e não se encontra misturado com nenhuma prescrição da virtude". Em suma, escreve Kant, "um *direito estrito* (restrito) pode-se, portanto, designar somente o totalmente externo".<sup>24</sup>

A proposta de complementar o direito racional de índole kantiana com a teoria pura do direito de Kelsen prospera se o conceito do direito, isto é, a faculdade de vincular outros com deveres, *não* se origina do imperativo categórico. Nesse caso, a posição de Kelsen de manter separados moral e direito seria fidedignamente kantiana. Caberia às

normas do direito propor positiva e negativamente um ordenamento à conduta humana, vinculado a sanções previstas para os casos de transgressão das normas. Validado logicamente pela norma fundamental, qualquer conteúdo assumido como norma numa comunidade jurídica poderia tornar-se direito ou, como Kelsen apostrofa o princípio juspositivista, constatar-se que "não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica",<sup>25</sup> e, por conseguinte, o direito não poderia reivindicar, enquanto ordem coercitiva, ser tratado distintamente de outros sistemas de coerção – por ser um ordenamento justo – ao contrário da ordem coercitiva de um bando de salteadores que, por ser injusta, não teria validade normativa interna para a conduta dos membros desse grupo.

O conceito do direito pode não ser oriundo do imperativo categórico, ou bem porque o imperativo categórico é idêntico à lei maior do direito racional ou porque não perfaz um imperativo.<sup>26</sup> Na primeira alternativa, a comunidade jurídica seria também uma comunidade moral e, na segunda, moral e direito se auto-excluiriam por princípio. Se, ao contrário, Kant formula a partir do imperativo categórico a lei geral do direito, a contraposição frontal entre direito e ética, no parágrafo E da *Doutrina do direito*, apenas ratifica que o direito estrito *não* pode ir além da faculdade de coagir, razão por que direito e coerção se autocondicionam reciprocamente, semelhantemente ao movimento livre dos corpos "sob a lei da *igualdade da ação e reação*",<sup>27</sup> à semelhança da dinâmica de um complexo de normas positivas sob a égide da respectiva norma fundamental pressuposta.<sup>28</sup>

Kant manifesta estranheza sobre o fato de a moral não identificar-se com o direito, e oferece as condições sob as quais moral e direito deixam de ser universos paralelos sem, contudo, ficarem indistintos entre si.

Kant se pergunta: "Mas por que a doutrina dos costumes (moral) comumente (notoriamente a partir de Cícero) intitula a doutrina dos

*deveres* e não também dos *direitos*, já que uns remetem aos outros?" Enquanto Kant sugere que a ausência de um dever-ser uniforme carece de justificação, Kelsen confirma a subsistência paralela entre moral e direito, ao considerar a moral livre de coerção e definir o direito como sistema coercitivo integralmente eficaz. Kant não se situa diametralmente oposto a essa posição e não advoga, portanto, indistintamente a favor de um dever-ser uniforme. A justificativa que Kant oferece para a falta inexplicável de uma conceituação unitária e compacta de dever-ser é de ordem concepcional e resulta de sua doutrina da razão prática. "A razão", diz Kant, "é que nós conhecemos nossa própria liberdade (...) apenas pelo *imperativo moral*, o qual é uma fórmula imperativa de dever".

A idéia da indistinção normativa implica, para Kant, uma noção seletiva de racionalidade, contida na fórmula do imperativo categórico da moral. Como o dever kelseniano não perfaz um dever-ser moral, a posição de Kant é aqui contraposta àquela defendida na teoria pura do direito. O moralista não se satisfaz, porém, em marcar passo, reduzindo o *Sollen* (dever imperativo) à moral. Kant não defende simplesmente o ponto de vista invertido de Kelsen. A noção moral do imperativo kantiano não ocupa o lugar do dever jurídico kelseniano, de maneira que as duas posições não são excludentes. Do imperativo moral, continua Kant, "pode, depois, ser desenvolvida a faculdade de vincular outros, isto é, o conceito do direito".<sup>29</sup>

Tal conceito, por ser adquirido do imperativo moral e não conter nenhuma determinidade natural, é a lei geral do direito (*allgemeines Rechtsgesetz*). Esta tem, como lei da razão, a liberdade positiva do homem por conteúdo porque pela simples representação da ação em sua forma "a pensa (...) de imediato como objetivamente necessária e a faz necessária".<sup>30</sup>

Descartada a hipótese de uma convergência corretiva abrangente entre direito racional e teoria pura do direito, fica por avaliar as duas

concepções de coerção jurídica à luz de um possível critério comum a ambas as ciências do direito.

Kelsen aparta moral e direito por meio do conceito de *coerção*. Embora a moral e o direito sejam constituídos por normas positivas, na teoria pura do direito a moral perfaz uma ordem positiva *sem* caráter coercitivo. Kant separa, na *Doutrina do direito*, legislação ética e jurídica por meio do conceito de *motivação*. Embora ambas as legislações sejam regidas por leis, somente na primeira a lei constitui a motivação do agir moral. À luz das duas posições, não há critérios congruentes à vista para a esfera da moral. Diferentemente do teórico do direito contemporâneo, Kant desconhece leis morais positivadas e também não concebe a moral imune à coerção.

Mesmo que o poder autocoativo da lei moral pudesse ser admitido no âmbito da teoria pura do direito, as digressões kelsenianas sobre moral se comprazem com argumentos pré-críticos, francamente ideológicos, na direta contramão daquilo que Kant entende por moral. Kelsen não apenas descreve as normas da moral como constituintes de um reino à parte do *Sein/Sollen*, "criadas pelo costume e por meio de uma elaboração consciente (por exemplo, por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus)",<sup>31</sup> mas também as caracteriza à custa de um kantianismo estático equivocado.

Kelsen discorre sobre a moral como ordenamento harmônico compreensivo do universo, cujo conteúdo e validade podem ser deduzidos da norma moral superior, imediatamente evidente, via operação lógica mediante uma conclusão do geral para o particular. Tal procedimento pressupõe, segundo Kelsen, o conceito de uma razão prática que é, porém, "insustentável, pois a função da razão é conhecer e não querer (...)".<sup>32</sup> Essas e outras afirmações congêneres não só expressam uma versão corriqueira de moral, mas se movem ainda dentro do neokantianismo fiscalista dominante na virada do século.



O mesmo não pode ser dito em relação à esfera jurídica. Numa e noutra ciência do direito, a coerção constitui elemento indeclinável das respectivas concepções normativas. De acordo com Kelsen, apenas no direito a norma positiva é inconcebível sem coerção e, para Kant, é próprio da legislação jurídica a coerção externa (*Fremdzwang*), distinta da autocoação (*Selbstzwang*), própria à legislação ética, ambas conectando a lei moral com um motivo diverso. Como as duas posições tratam não de uma coerção qualquer, mas da coercibilidade inerente à norma (Kelsen) ou à lei (Kant), o traço comum entre direito racional e teoria pura do direito, caso haja um, resulta da similaridade relativa à noção jurídica daquilo que em Kelsen designa-se *norma* e em Kant chama-se *lei*, respectivamente constituinte para a ciência do direito de um e de outro.

Quanto a Kelsen, a norma interpreta ocorrências empíricas na escala piramidal como atos de direito, à luz da norma fundamental. No que se refere a Kant, sua definição de lei na *Metafísica dos costumes* é ambígua. Kant garante que a toda legislação pertencem duas peças: "(...) primeiro, uma lei que representa a ação, que deve ocorrer, *objetivamente* como necessária, isto é, a qual toma a ação por dever".<sup>33</sup> Tal uso do termo lei não coincide com a definição do conceito de lei que inclui a diferenciação entre jurídico e ético. Segundo Kant, na medida em que as leis morais se dirigem a simples ações externas e à sua conformidade, "chamam-se *jurídicas*"; na medida, porém, em que exigem que também elas (as leis) mesmas devam ser a razão determinante das ações, então elas são *éticas*".<sup>34</sup>

No primeiro caso, o conceito de lei abstrai-se da diferenciação, no segundo caso a diferenciação entre jurídico/ético está contida na definição do conceito de lei. Uma concepção de lei que inclua necessariamente a segunda peça das duas que compõem toda legislação torna difícil a compreensão da definição dada por Kant de *motivo*, como fator distintivo

## Notas

- <sup>1</sup> HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1993, p. 9. Versão portuguesa, p. 9.
- <sup>2</sup> KANT, Immanuel. *Der Streit der Fakultäten*. Hrsg. von Klaus Reich. Hamburg: Meiner, 1975, p. 17. Versão portuguesa, p. 27-28.
- <sup>3</sup> HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da "Introdução à Doutrina do Direito". *Studia Kantiana*. Rio de Janeiro: v. 1, n. 1, 1998, p. 209.
- <sup>4</sup> KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Franz Deutike, 1960, p. 5: "Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unsrem Bewusstsein unmittelbar gegeben". Versão portuguesa, p. 6.
- <sup>5</sup> LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 1995, p. 76.
- <sup>6</sup> KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (parágrafo B 229, 25-30). Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1986, p. 37.
- <sup>7</sup> *Ibidem* (parágrafo A 229, 15-17 e parágrafo B 230, 4-5), p. 37 e 38, respectivamente.
- <sup>8</sup> "(...) und Freiheit würde diejenige Eigenschaft dieser Kausalität sein, da sie unabhängig von fremden sie *bestimmenden* Ursachen wirkend sein kann; (...). "Die angeführte Erklärung der Freiheit ist *negativ* und daher, um ihr Wesen einzusehen, unfruchtbar". KANT. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*. Hrsg. von K. Vorländer. Hamburg: Meiner, 1965, p. 71. Versão portuguesa, p. 93.
- <sup>9</sup> *Ibidem*, p. 94 "(...) was kann denn wohl die Freiheit des Willens sonst sein als Autonomie, d.h. die Eigenschaft des Willens, sich selbst ein Gesetz zu sein?". Versão portuguesa, p. 94.
- <sup>10</sup> KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (237, 1). Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1986, p. 47.
- <sup>11</sup> *Ibidem* (222, 3-4), p. 20.
- <sup>12</sup> *Ibidem* (230, 10-14), p. 38.
- <sup>13</sup> KELSEN. *Op. cit.* p. 199: "(...) die Einsetzung eines normerzeugenden Tatbestandes, die Ermächtigung einer normsetzenden Autorität oder – was dasselbe bedeutet – eine Regel, die bestimmt, wie die generellen und individuellen Normen der auf dieser Grundnorm beruhenden Ordnung erzeugt werden sollen". Versão portuguesa, p. 208-209.
- <sup>14</sup> *Ibidem*, p. 205: "(...) die transzendental-logische Bedingung dieser Deutung". Versão portuguesa, p. 215.

15. *Ibidem*, p. 206. Versão portuguesa, p. 216.
16. *Ibidem*, p. 206 e 204. Versão portuguesa, p. 216 e 215, respectivamente.
17. LARENZ. *Op. cit.*, p. 74: "- das 'Sollen' ergibt sich damit in der Tat, auf dem Umweg über das erkenntnistheoretische Postulat der 'Grundnorm', aus dem als solchen für Kelsen sinn- und wertfremden Sein, der (blossen) Faktizität!"
18. HÖFFE. *Op. cit.*, p. 214.
19. KELSEN. *Op. cit.*, p. 51, p. 54: "Muss eine Norm (...) einen Zwangsakt statuieren oder mit einer solchen Norm in wesentlicher Verbindung stehen". Versão portuguesa, p. 54.
20. *Ibidem*, p. 35: "(...) ein bestimmtes Individuum ermächtigen, gegen ein anderes Individuum einen Zwangsakt als Sanktion zu richten"; versão portuguesa, p. 36-37.
21. KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (214, 1-2). Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1986, p. 18.
22. *Ibidem* (221, 18-20), p. 19.
23. *Ibidem* (222, 3-4), p. 20.
24. *Ibidem* (parágrafo E, 232, 6-18), p. 40.
25. KELSEN. *Op. cit.*, p. 200. Versão portuguesa, p. 210.
26. SCHOLZ, Gertrud. *Das Problem des Rechts in Kants Moralphilosophie*. Diss. Köln, 1972.
27. KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (232, 37-38). Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1986, p. 41.
28. KELSEN. *Op. cit.*, p. 200-204. Versão portuguesa, p. 210-14
29. KANT. *Op. cit.* (239, 13-22), p. 31.
30. *Ibidem* (222, 20-23), p. 20.
31. KELSEN. *Op. cit.*, p. 64: "durch Gewonheit und bewusste Satzung (etwa seitens eines Propheten oder Religionsstifters wie Jesus)". Versão portuguesa, p. 68.
32. *Ibidem*, p. 203. Versão portuguesa, p. 208.
33. KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (239, 13-22). Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg: Meiner, 1986, p. 31.
34. *Ibidem* (214, 15-20), p. 18.
35. *Ibidem* (219, 1-7), p. 28.
36. KANT. *Kritik der praktischen Vernunft*. Hrsg. von K. Vorländer. 9. Aufl. Hamburg: Meiner, 1969, p. 24. Versão portuguesa, p. 32.
37. HECK, José N. O princípio do amor-próprio em Kant. *Síntese Nova Fase*. Belo Horizonte: v. 26, n. 85, 1999, p. 165-186.

## Referências bibliográficas

- BASTOS, Aurélio W. O conceito de direito e as teorias jurídicas da modernidade. *JurisPoiesis*. Rio de Janeiro : v. 1, n. 1, 1999.
- DALL'AGNOL, Darlei. Sobre o *Faktum* da razão. In: BOMBASSARO, Luiz C & PAVIANI, Jayme (Org.). *Filosofia, lógica e existência*. Homenagem a Antônio Carlos Kroeff Soares. Caxias do Sul : EDUCR, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 3. Aufl. Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1993. Trad. do alemão por Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft. In: *Erläuterungen zur Diskursethik*. Frankfurt a/Main, Suhrkamp, 1991.
- HÖFFE, Otfried. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da "Introdução à Doutrina do Direito". *Studia Kantiana*. Rio de Janeiro : v. 1, n. 1, 1998.
- HECK, José N. O princípio do amor-próprio em Kant. *Sintese Nova Fase*. Belo Horizonte : v. 26, n. 85, 1999.
- HUME, David. *Inquires concerning human understanding and concerning the principles of morals* (Ed. by Selby-Bigge). 3. Ed./impr. Oxford : Clarendon Press, 1989. Trad. do inglês por José Oscar de A. Marques. Campinas : Editora da UNICAMP, 1995.

- KANT, Immanuel. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*. Hrsg von K. Vorländer. Hamburg : Meiner, 1965. Trad. do alemão por Paulo Quintela. Lisboa : Edições 70, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Kritik der praktischen Vernunft*. Hrsg. von K. Vorländer. 9. Aufl. Hamburg : Meiner, 1969. Trad. do alemão por Artur Morão. Lisboa : Edições 70, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. Hrsg. von Bernd Ludwig. Hamburg : Meiner, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Der Streit der Fakultäten*. Hrsg. von Klaus Reich. Hamburg : Meiner, 1975. Trad. do alemão por Artur Morão. Lisboa : Edições 70, 1993.
- KAULBACH, Friedrich. *Studien zur späten Rechtsphilosophie und ihrer transzendentalen Methode*. Würzburg : Frommann-Holzboog, 1982.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien : Franz Deuticke, 1960. Trad. do alemão por João B. Machado. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1987.
- KOZICKI, Katya. O positivismo jurídico de Hart e a perspectiva hermenêutica do direito. In: ROCHA, Leonel S. (Org.). *Paradoxos da auto-observação no percurso da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba : EM Editora, 1997.
- LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York : Springer, 1995.
- LUDWIG, Bernd. *Kants Rechtslehre*. Hamburg : Meiner, 1988.
- SCHOLZ, Gertrud. *Das Problem des Rechts in Kants*

*Moralphilosophie*. Diss. Köln, 1972.

TUGENDHAT, Ernst. *Dialog in Leticia*. Frankfurt a/Main : Suhrkamp, 1997.

\_\_\_\_\_. *Vorlesungen über Ethik*. 3. Aufl. Frankfurt a/Main : Suhrkamp, 1995. Trad. do alemão por Ernildo Stein et. al. Petrópolis : Vozes, 1997.