

UFPB- UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

**CCHLA- CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS, LETRAS E
ARTES**

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

RITA DE CÁSSIA SOUZA TABOSA FREITAS

**O PROBLEMA DA DIVISÃO DOS SUJEITOS E O
FUNDAMENTO MORAL DA PENA EM KANT**

**JOÃO PESSOA -PB
2006**

RITA DE CÁSSIA SOUZA TABOSA FREITAS

**O PROBLEMA DA DIVISÃO DOS SUJEITOS E O
FUNDAMENTO MORAL DA PENA EM KANT**

Dissertação submetida a apreciação da banca examinadora do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Mestre em Filosofia.

Orientador: Profº Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst

**JOÃO PESSOA - PB
2006.**

RITA DE CÁSSIA SOUZA TABOSA FREITAS

O PROBLEMA DA DIVISÃO DOS SUJEITOS E O FUNDAMENTO MORAL DA PENA EM KANT

Dissertação julgada e **aprovada** em 09 de junho de 2006 como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Filosofia no Programa de Pós-graduação em Filosofia da Universidade Federal da Paraíba.

BANCA EXAMINADORA

Profº. Eduardo Ramalho Rabenhorst, DSc
Universidade Federal da Paraíba - CCHLA
Orientador

Prof. Iraquitan de Oliveira Caminha, DSc.
Universidade Federal da Paraíba - CCHLA
Examinador

Prof. Flamarion Tavares Leite, DSc.
Universidade Federal da Paraíba
Centro de Ciências Jurídicas
Examinador

A Deus em agradecimento a todas as oportunidades
mim concedidas.

A espiritualidade amiga e protetora, que tanta
paciência tem tido comigo nesta fase de minha
trajetória evolutiva.

Ao meu pai Tabosa e a minha mãe Marlene pela
oportunidade do estudo e a meu esposo Antonio
Romão pela compreensão das horas que faltei para
me dedicar aos estudos e a meus filhos, Gabriel e
Bianca (Bia), que de alguma forma me construíram e
continuam me construindo com seus ensinamentos
do dia-a-dia e pela paciência que tiveram, nas muitas
noites e finais de semana que não pude estar junto –
DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força que me deu durante a realização desse trabalho.

Aos meus pais, que investiram em minha educação.

Aos amigos e professores da UFPB, que proporcionaram momentos enriquecedores, durante o curso.

A UFPB e a CAPES pelo apoio financeiro, o que contribuiu para que eu fizesse o curso com mais tranquilidade.

Aos amigos e colegas de turma, que enriqueceram as aulas com seus exemplos e experiências.

Ao Prof. Orientador Eduardo Ramalho Rabenhorst, DSc. pela paciência e dedicação.

Ao Coordenador do PPF, Prof. André Leclerc, DSc. e aos demais professores deste curso.

Ao Prof. Marconi Pequeno, DSc. pelo incentivo e força para que eu tentasse o mestrado em Filosofia.

Ao Prof. Giuseppe Tosi, meu iniciador na filosofia kantiana.

Aos professores da banca, por aceitaram o convite para analisar o meu trabalho, bem como pelas reflexões, críticas e valiosas sugestões que contribuíram metodológicas e científicas para enriquecer este trabalho.

Ao pessoal de apoio do Pós Graduação em Filosofia, “Chico” e “Fátima”, pela constante disposição de ajuda.

A todos, que de uma forma direta e indireta, contribuíram para conclusão do meu mestrado e deste trabalho específico.

“Duas coisas enchem o ânimo de admiração e veneração sempre nova e crescente, quando mais freqüente e persistentemente a reflexão ocupa-se com elas: o céu estrelado acima de mim e a lei moral em mim”. Immanuel Kant (2002).

RESUMO

Ao se tratar da filosofia do direito penal em Kant, objetiva-se neste trabalho de pesquisa, discutir o fundamento moral da pena, a partir da perspectiva da existência de uma dualidade de sujeitos no íntimo de todos os seres humanos. Tomando-se como princípio de que a liberdade, em Kant, se reveste de autonomia, fazem com que todos possam agir conforme os seus interesses, contudo sem jamais poder ignorar o conhecimento do imperativo da moralidade, sem poder ignorar a existência de sua realidade supra-sensível. Partindo de uma pesquisa bibliográfica nas obras kantianas sobre filosofia política, buscar-se-á mostrar como, ao tratar de direito penal, Kant fundamenta o rigor da sua proposta punitiva na existência da lei moral no interior de todos os seres humanos. Neste estudo, partindo do conceito de que, em Kant, o direito nos remete a coação exterior que sofremos para poder agirmos socialmente de acordo com a lei e, a existência da moralidade, também exerce sobre nós outra forma de coação: a coação moral, que é uma coação interior e que na punição, antes da existência de uma sentença condenatória, o criminoso pune a si mesmo, como uma forma de recuperar a sua dignidade perdida no cometimento da prática delituosa, reajustando o criminoso com o seu foro íntimo.

Palavras-chave: Direito. Sujeito. Lei moral. Pena.

ABSTRACT

To if dealing with the criminal legal philosophy in Kant, objective in this work of research, arguing the moral bedding of the penalty, from the perspective of the existence of a duality of citizens in the soul of all the human beings. Being overcome as principle with that the freedom, in Kant, if coats with autonomy, they make with that all can act as its interests, however without never being able to ignore the knowledge of the imperative of the morality, without being able to ignore the existence of its supply-sensible reality. Breaking of a bibliographical research in the Kantians workmanships on philosophy politics, one will search to show as, when dealing with criminal law, Kant it bases the severity of its proposal punitive on the existence of the moral law in the interior of all the human beings. In this study, leaving of the concept of that, in Kant, the right in sends the coercion to them exterior that we suffer to be able to act socially the law in accordance with and, the existence of the morality, also exerts on us another form of coercion: the moral coercion, that is an interior coercion and that in the punishment, before the existence of a conviction, the criminal punishes itself exactly, as a form to recoup its lost dignity in the practical undertaking of the criminal one, readjusting the criminal with its private court.

Key words: Right. Citizen. Moral law. Pain.

SUMÁRIO

Introdução	11
CAPÍTULO 1 - O PROBLEMA DA DUALIDADE DOS SUJEITOS EM KANT	16
1.1 Definição do sujeito em Kant	16
1.2 A vontade boa e livre	19
1.3 Da possibilidade a reino dos fins	21
1.4 Existência de dois sujeitos em um só indivíduo	24
1.5 Liberdade, autonomia e heteronomia	29
1.5.1 – Diferença entre autonomia e heteronomia	34
1.6 A superioridade do sujeito puro em relação ao eu empírico	38
CAPÍTULO 2 - A LEI MORAL EM KANT	43
2.1 O cumprimento do dever	48
2.2 O imperativo categórico e a sua superioridade aos demais imperativos	50
2.3 Moralidade e legalidade	58
CAPÍTULO 3 - O CONCEITO DE DIREITO	64
3.1 A faculdade de coagir do direito	70
3.2 A eqüidade e o direito de necessidade	73
3.3 A divisão do direito	74
CAPÍTULO 4 - O FUNDAMENTO MORAL DA PENA	81
4.1 O direito de punir	81
4.2 Kant e o utilitarismo	84
4.3 A retribuição como medida de aplicação da pena	91
4.4 O fundamento moral da pena e o paradoxo da pena de morte	96
CONCLUSÃO	108
Referências	112

INTRODUÇÃO

Uma reflexão sobre a justificação racional da pena nos conduz a um problema clássico na filosofia do direito, já que ela incide sobre o poder que uma comunidade política qualquer dispõe no sentido de exercer uma violência programada contra um dos seus membros. Em outros termos, tal reflexão busca respostas acerca da sustentação teórica da pretensão punitiva da comunidade, bem como sobre a justificação ou aceitação moral da pena por ela imposta.

Na órbita da filosofia do direito penal, a questão da fundamentação é posta de forma mais radical do que nos outros ramos do direito. Afinal, na seara penal o problema da legitimidade do Estado como instância organizada de força punitiva aparece com toda intensidade. Com efeito, a intervenção punitiva do Estado sobre aqueles que se desviam do cumprimento das leis é moralmente aceitável? Existem razões morais que justificam o direito de punir? A punição pode ser substituída por práticas pedagógicas ou por um controle social informal?

As aflições penais impostas pelo Estado realizam-se através de estruturas sociais, diferenciadas e complexas, que qualificam os indivíduos como socialmente perigosos, proibindo comportamentos que se desviam da “normalidade” da vida social. A reflexão acerca da imposição dessas aflições produziu correntes de pensamento que procuram solucionar o problema da punição dentro de uma perspectiva abolicionista, substitutivista, reformadora, retributivista ou utilitarista. Os abolicionistas são aqueles que não encontram justificativas ou legitimidade para o direito de punir. Em sua forma mais radical, os abolicionistas defendem não só a não justificação da pena, mas também as proibições e os julgamentos penais, deslegitimando qualquer tipo de coerção penal ou social. Os partidários do substitutivismo, por seu turno, são aqueles criminologistas que advogam as idéias humanitárias e libertadoras, que na prática convergem para o correicionalismo positivista, em que a abolição da pena se

transmuda na permuta da ação punitiva pela adoção de tratamentos pedagógicos ou terapêuticos informais, que permaneciam institucionalizados e coercitivos e não meramente sociais. Por fim, sobre os defensores do retributivismo penal, há duas categorias que se diferenciam quanto à justificação da pena. De um lado há os que defendem as teorias retributivistas absolutas, que são aqueles que justificam a punição como possuidora de um fim em si própria, como um castigo, uma reação, uma reparação, uma retribuição do crime, justificada pelo seu valor axiológico, como um dever metajurídico, que possui em si mesmo o seu fundamento. Esses defensores dividem-se entre aqueles que atribuem um valor moral à punição e aqueles que atribuem um valor jurídico.

Podemos afirmar que a justificação da punição no retributivismo absoluto diz respeito ao passado, sendo a legitimidade externa da pena apiorística, ou seja, não há sobre ela nenhuma finalidade extra punitiva, sendo justo transformar o mal em mal. Tal perspectiva está diretamente vinculada ao direito arcaico, que contemplava a vingança de sangue. Este modelo da pena está presente na sociedade judaica, sobre a forma da justiça do talião, e mesmo com o advento do cristianismo e seu preceito do perdão, ganha força em razão de seu caráter religioso, isto é, da vingança, expiação e reequilíbrio entre pena e delito.

Retributivistas relativistas são aqueles que defendem o utilitarismo, considerando e justificando a pena como um meio para a realização de fins utilitários da prevenção de futuros delitos. Dividem-se em duas teorias: a da prevenção especial, que atribui o fim preventivo à pessoa do delinquente, e a da prevenção geral, que se atribui a todos os cidadãos.

Na sociedade ocidental, encontramos uma considerável quantidade de tipos e modelos de aflições legais, indo desde a pena pecuniária à prestação de serviços à comunidade, bem como a prisão temporária, a prisão perpétua ou a pena de morte, que é a sanção penal por excelência.

Tradicionalmente, a pena de morte é vista como a expulsão radical e definitiva de um sujeito por um grupo social a que pertence, destruindo-se violentamente a sua identidade, a sua dignidade. Nesse contexto, o primeiro problema que se apresenta é relativo à justificação da pena, pois de onde vem o direito que possui uma comunidade de condenar seus membros desviantes a morte? Tal atitude possuiria um fundamento moral? Há um princípio filosófico que fundamenta esse direito de matar?

Outro problema que se apresenta é se a pena deve ou não possuir funções sociais e de justificar a sua finalidade, se é que existiria uma finalidade exterior da pena. Neste âmbito, a questão é abordada sob dois paradigmas. O primeiro trata da ordem cósmica, em que a fundamentação moral ou jurídica da punição está de acordo com a idéia clássica de ordem e de harmonia universal. O ato de punir está de acordo com a restauração da harmonia da ordem natural estabelecida pelo Criador, que foi violada pelo pecador ao praticar o crime. O sofrimento imposto pela punição é uma reparação, uma purificação e uma redenção. É a própria vontade de Deus que está na punição.

O segundo paradigma é o utilitarismo, cujo objetivo principal da punição é isolar aquele que se desvia do grupo social, neutralizando a sua periculosidade, sendo apenas readmitido de volta ao grupo apenas após ter sido reeducado para a obediência e a disciplina social. O sofrimento oriundo da punição possui dupla função: uma, de acordo com a retribuição para com os valores e os interesses sociais violados ou colocados em perigo pela conduta criminosa, a outra, por sua vez, compreende a pretensão de desenvolver uma função corretiva e de dissuassão da prática delituosa.

Ao falarmos em fundamento moral da pena, tratamos de racionalidade e de legitimidade do direito de punir. Neste contexto, Kant nos oferece uma proposta de reflexão do direito penal, na condição de defensor de um regime racional da pena. Para o filósofo alemão, não se pune visando um fim útil à sociedade ou ao indivíduo; a punição é um desejo

racional que possui origem *a priori* em virtude do criminoso desejá-la. É isso o que nos diz a Doutrina do Direito.

Durante muito tempo, os leitores e comentadores de Kant não deram importância ao direito de punir e perdoar. As idéias kantianas, nesse sentido, foram duramente criticadas e seu regime racional da pena foi taxado de cruel. Contudo, ao nos determos na leitura dessas idéias, deparamos-nos com um problema metafísico, isto é, o problema do sujeito. Para Kant, no momento da punição, o condenado se divide em dois sujeitos: um que deseja a punição e o outro que deseja a lucratividade oriunda da prática delituosa.

Essa dualidade também se evidencia no criminoso que deseja a prática do delito, que constitui um “eu empírico”, um habitante do mundo sensível que para satisfazer o seu desejo de felicidade, separa-se da virtude, tornando-se, assim, um delinquente. No entanto, esse mesmo homem possui em si uma realidade metafísica, um “sujeito puro”, que é racional e virtuoso, que exige que seu erro seja punido.

É através da vontade do sujeito puro, que é boa e livre, que o homem, habitante simultâneo de duas realidades (mundo transcendental e mundo sensível), obedece ao cumprimento do dever, do imperativo categórico, tornando-se um fim em si mesmo. Dedicaremos o primeiro capítulo a tecer reflexões sobre a dualidade dos sujeitos e de que maneira, através da vontade e do imperativo categórico, os sujeitos atuam na nossa realidade sensível.

Na filosofia do direito kantiana, a vontade, que deve ser boa e livre, aliada ao cumprimento do dever, oriundo da lei moral, levará ao homem a formação da sociedade através da saída do estado de natureza e do seu ingresso no estado civil, em que as liberdades individuais podem coexistir e serem garantidas pelo direito.

No segundo capítulo trataremos da “lei moral”, e de que maneira ela conduz o indivíduo ao cumprimento do imperativo categórico, exemplificando como o sujeito puro é

superior ao “eu empírico”. Para Kant, lei moral e direito não se confundem. A lei moral está no foro íntimo de todo indivíduo, já o direito é exterior, dotado de um poder de coerção que obriga os súditos de um Estado a obediência dos preceitos legais. As leis, até mesmo as penais, são exteriorizações da vontade coletiva dos membros de um Estado.

No terceiro capítulo, diferenciaremos direito e moral, enfatizando a exterioridade das leis e expondo o quanto há da lei moral nas leis de direito e que as leis de direito devem ser a expressão da vontade do sujeito puro.

É pelo direito que o soberano governa, como representante da vontade coletiva de toda sociedade. Cabe ao soberano punir ou perdoar, mas não é ele o elaborador das leis, elas são oriundas do poder legislativo e os súditos são seus co-legisladores. Kant sugere o talião como medida da punição, para que a lei moral, que está no foro íntimo do indivíduo a ser punido, possa render graças a sua consciência, pela execução de uma sentença que conduz a um sofrimento redentor, como representante dos que justificam a pena de modo absoluto.

No quarto capítulo trataremos de como um indivíduo, que é racional, que possui a lei moral *a priori*, pode cometer um mal, tornando-se um criminoso e de que maneira a lei moral está em consonância com o direito ao estabelecer a retribuição como medida de aplicação da pena, procurando dignificar toda humanidade na pessoa do criminoso.

CAPÍTULO 1 - O PROBLEMA DA DUALIDADE DOS SUJEITOS EM KANT

1.1 Definição do sujeito em Kant

Segundo Abbagnano (1982), o termo sujeito nem sempre apresentou o mesmo sentido ao longo da história da filosofia, com efeito, é possível identificar, ao menos, dois significados fundamentais. O primeiro se refere ao sujeito na terminologia gramatical e ao sujeito como tema ou assunto do discurso; o segundo, por sua vez, ao sujeito (ativo) como oposto a um simples objeto (passivo), isto é, como capacidade autônoma de ter iniciativas ou estabelecer relações.

De acordo com essa longa tradição filosófica, o sujeito pode ser definido como um dos modos da substância. Sujeito vem, neste sentido, de *subjectum*, e significa um dos três princípios envolvidos na mudança de uma coisa em outra: *eidos* (forma imanente), *steresis* (o que falta a forma de origem e será adquirido com a mudança) e *hypokeimenon* (o que persiste da mudança, o suporte, o solo que ela dá). O sujeito, neste sentido, é predicável, possui qualidade e quantidade, pois ele é um objeto real.

É somente na modernidade que o homem torna-se sujeito, e isso é um fato filosófico inovador. O significado do sujeito especificamente como consciência autônoma ou capacidade de iniciativa em geral é iniciado por Kant. De acordo com Abbagnano, o sujeito é, para Kant, o “[...] eu penso, a consciência ou autoconsciência que determina e condiciona toda a atividade cognitiva” (ABBAGNANO, 1982, p.896). Para Kant, a coisa pensante é que determina a relação que constitui o juízo de algo; há um sujeito transcendental dos pensamentos.

Kant faz a passagem da velha para a nova concepção de sujeito. O “eu” ainda é predicável, mas ele é “eu penso” na proporção em que determina a união entre sujeito e

predicado nos juízos (autoconsciência), e este é o novo significado do sujeito. O sujeito não é só passível de predicação, é aquele que formula juízos e que estabelece relações.

Quem age é o sujeito, e o sujeito, para Kant, é o “eu consciente de si”, sendo sujeito primeiro do conhecimento e da ação. O sujeito aqui tratado não tem existência substancial, pois o sujeito absoluto só possui existência enquanto função lógica, não sendo um ser existente empiricamente.

O “eu”, neste sentido, é uma representação completamente vazia, sendo apenas um prefixo, não sendo passível de conhecimento. Neste sentido, nos Prolegômenos, o filósofo, sobre o sujeito, afirma: “Já se observou há muito tempo que, em todas as substâncias, o sujeito propriamente dito, isto é, o que permanece depois de eliminado todos os acidentes (como predicados), por conseguinte, o substancial, nos é desconhecido [...]” (KANT, 1974, p. 157).

De acordo com Thouard, “por trás do sujeito que conhece, mas não é conhecido, há, assim, lugar para um sujeito que constitui, a partir de si mesmo, o domínio de sua ação, isto é, um sujeito que constrói o mundo da liberdade” (THOUARD, 2004, p. 120).

Verificamos, portanto, que o sujeito que atua no mundo empírico existe, é uma substância. Este sujeito possui liberdade, é dotado de vontade e ocupa o domínio da causalidade natural. Tratamos, assim, de dois sujeitos existentes em todo ser racional: um “sujeito puro” que, em seu caráter inteligível, é livre de todas as influências da sensibilidade, mas cujos atos possuem efeitos no mundo empírico e que nesse contexto, é dotado de vontade, nem sempre boa, constituindo o “eu empírico”.

Todo homem que é um ser racional é também um ser moral. Todo sujeito possui, na esfera do seu pensamento, uma legislação universal *a priori* (universal e necessária) e não se pode furtar de tê-la. A lei moral, que está no sujeito puro, tem origem metafísica. Sobre isso Kant afirma na Fundamentação da Metafísica dos Costumes:

Ora, a lei moral, na sua pureza e autenticidade (e é exatamente isto que mais importa na prática), não se deve buscar em nenhuma outra parte senão numa filosofia pura, e esta (Metafísica) tem que vir portanto em primeiro lugar, e sem ela não pode haver em parte alguma uma Filosofia moral [...] (KANT, 1974, p. 199).

Esta ligação do homem com a lei moral lhe confere dignidade, fazendo com que ele seja um sujeito *a priori* dotado de respeitabilidade, por ele ser um fim em si mesmo. O homem não é, para Kant, uma constatação empírica, mas uma decisão metafísica. O filósofo busca firmar o princípio da moralidade nas suas investigações sobre os objetos teóricos e morais e, na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, ele chega ao seu intento.

Segundo Soraya Nour, a filosofia moral kantiana [...] “é uma metafísica porque seus princípios são *a priori*, ao contrário de uma filosofia moral empírica, que se funda na experiência” (NOUR, 2004, p. 08). Este “*a priori*” não forma um corpo doutrinário, mas constitui fundamento dos princípios de uma doutrina que é “*a priori*” porque seus princípios são apriorísticos. Os princípios “*a priori*” têm origem na razão, sendo a lei moral um conceito universal de origem racional.

Este sujeito que participa da legislação moral “*a priori*” possui em si a pura representação do dever, a capacidade de agir segundo a representação das leis, além de uma boa vontade que é superior a um simples querer_ é uma preocupação com a felicidade de todos, com o seu melhoramento pessoal, conduzindo-o a agir de acordo com máximas universais e necessárias. O sujeito puro está acima do “eu empírico”, afastado das condições contingentes que não são de acordo com a razão e que levam o homem ao erro, ao querer a “sua” felicidade, mesmo que este querer o leve ao crime e à desonra. Afirma Kant:

[...] a pura representação do dever e em geral da lei moral, que não anda misturada com nenhum acréscimo de estímulos empíricos, tem sobre o coração humano, por intermédio exclusivo da razão (que só então se dá conta de que por si mesma também pode ser prática), uma influência muito mais poderosa do que todos os outros móveis que possam ir buscar ao campo empírico, em tal grau que na consciência da sua dignidade, pode-se desprezar estes últimos e dominá-los pouco a pouco (KANT, 1974, p. 216).

O argumento acima exposto demonstra a superioridade do “sujeito puro” sobre as contingências encontradas numa vivência empírica. Os princípios encontrados por este sujeito são superiores e, por isso, dignos de serem seguidos, pois são representações da pura razão prática, devendo ser demonstrados com pureza, isentos de misturas, para que conduzam à demonstração da capacidade desta razão.

Neste sentido, pode-se afirmar que o sujeito puro é o possuidor de uma vontade universal legisladora, que se origina na razão prática pura. A vontade universal não é simplesmente submissa à lei, mas é submissa de tal modo que possa ser considerada como legisladora em si mesma, pois só assim é que ela pode ser submissa a uma lei em que ela mesma é a autora.

1.2 A vontade boa e livre

A vontade é o dever-ser, a capacidade humana de autodeterminar-se, independentemente dos recursos sensíveis. Ela está vinculada à liberdade, a autonomia e a espontaneidade. Caygill assevera que [...] “a vontade é considerada a fonte de obrigações que desviam a atenção moral das máximas heterônomas e indignas de ações para aquelas que são coerentes com a lei moral” (CAYGILL, 2000, p. 318).

A vontade humana está vinculada à moral, à questão coativa do cumprimento do dever. Quando ela está determinando a capacidade de escolha, não é outra coisa senão a razão prática. A vontade determina a escolha através das máximas que se tornam leis universais, através do imperativo categórico. Ela está de acordo com a forma de uma legislação universal.

Sobre isso Kant escreveu:

Se um ente racional deve representar suas máximas como leis universais práticas, então ele somente pode representá-las como princípios que contêm o fundamento determinante da vontade não segundo a matéria, mas segundo a forma (KANT, 2002, p. 45).

Vontade e capacidade de escolha não se confundem, pois, se a segunda diz respeito ao livre-arbítrio, a primeira é a fonte de obrigações que levam em consideração máximas universalizáveis. Kant define a vontade como “[...] a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis” (KANT, 1974, p. 228). Ela é própria dos seres racionais, que são um fim em si mesmos.

Só sendo um fim em si mesmos é que os homens podem possuir uma vontade boa, pois se estes fossem um meio em lugar de um fim, a vontade seria arbitrária. A vontade boa é irrestritamente boa, porque ela quer ser boa; ela é cumpridora do dever, está determinada pela forma universalizável da lei e está de acordo com o imperativo categórico. Para Pascal, esta vontade está vinculada ao respeito à lei que ordena cumprir o dever. Ele comenta:

[...] o homem necessita de um móvel para poder agir; e como nenhuma ação procedente de um móvel tirado da sensibilidade merece ser qualificado por moral, não resta outro móvel para a ação de quem queira agir por dever senão o respeito à lei que lhe ordena cumprir o dever. É pois somente a representação da lei, num ser racional, que pode determinar a boa vontade (PASCAL, 2005, p.122).

Esta vontade boa, que concorda com a razão prática, não está apenas submetida à lei _ ela é legisladora em si mesma, é uma vontade legisladora universal; não se subordina a um interesse qualquer. Antes de tudo, ela é autônoma.

Compreendendo-se a vontade autônoma como a faculdade de desejar encontrando a razão em si mesma, o homem que age de acordo com a vontade legisladora não somente submete a sua ação ao cumprimento de uma lei, mas, sobretudo, a sua própria legislação universal, possuindo autonomia de vontade. Para Kant, “A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e de todos os deveres conforme a elas [...]” (KANT, 2002, p. 55).

O fundamento da vontade livre não está nos fenômenos ou na lei de causalidade que o rege, está na forma legislativa. A vontade é totalmente independente das leis que determinam os fenômenos: ela é livre, não obedecendo à causalidade. De acordo com Kant, “[...] a forma

legislativa, na medida em que está contida na máxima, é a única coisa que pode constituir um fundamento determinante da vontade” (KANT, 2002, p. 49).

Kant ainda diz que a vontade possui uma causa determinante, que é o sentimento. Não um sentimento qualquer, mas um sentimento que tenha um fim. Esta finalidade não é a felicidade pessoal do indivíduo; ela se encontra objetivamente na ação oriunda de uma obrigação. O filósofo afirma:

C'est pourquoi il faut ranger parmi les bavardages sophistiques ces vieux refrain qui dit que la première cause de détermination de la volonté est ce sentiment, c'est-à-dire un plaisir que nous prenons pour fin, et que par suite le bonheur (dont il est un élément) constitue bien fondement de toute nécessité objective d'action et par suite de toute obligation (KANT, 1990, p. 39)¹.

O valor absoluto que a vontade possui por ser uma forma *a priori* da razão prática, da faculdade que legisla imediatamente na faculdade de desejar, conduz ao cumprimento do dever na forma de imperativo categórico e possibilita, a todo sujeito, ser um participante do reino dos fins.

1.3 Da possibilidade do reino dos fins

Para Kant, todo ser racional é um legislador universal, é um habitante do reino dos fins que teria como máxima: “Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível” (KANT, 1974, p. 237). Essa máxima ordena categoricamente. Ela é uma regra da vontade, que torna todos os homens dignos de um reino dos fins.

Kant entende reino como “[...] a ligação sistemática de vários seres nacionais por meio de leis comuns” (KANT, 1974, p. 233). Esse reino dos fins existe enquanto possibilidade de

¹ Por isso deve-se incluir entre o jargão sofisticado este velho refrão que diz que a primeira causa de determinação da vontade é este sentimento, ou seja, um prazer que tomamos [em si mesmo] como finalidade, que acompanha a felicidade (da qual ele é um elemento), constitui o fundamento de toda necessidade objetiva de ação e por conseguinte de toda obrigação.

que os homens ajam de acordo com a lei universal, jamais considerando os outros como meio, mas como fim em si mesmos, ligando todo interesse particular dos habitantes desse reino a essa legislação universal.

O sujeito que possui deveres para com toda a humanidade, para com a felicidade de todos, é um membro do reino dos fins. Ele é racional, um legislador universal, que pode julgar-se a si mesmo e as suas ações. Mas, além de membro do reino dos fins, ele é também seu chefe, quando [...]“como legislador, não está submetido à vontade de um outro” (KANT, 1974, p. 233). Como partícipe do reino dos fins, o homem é um ser racional autônomo, unido aos outros homens por meio de leis.

A possibilidade do reino dos fins está ligada ao conceito de moralidade, que é definida por Kant como a “[...] relação de toda ação com a legislação, através da qual somente se torna possível o reino dos fins” (KANT, 1974, p. 233). Essa forma de agir de acordo com a moralidade está em cada indivíduo, na medida em que, pela vontade, o homem age de acordo com a máxima da moralidade.

Segundo Kant, o princípio da máxima da moralidade diz: “nunca praticar uma ação senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer, só de tal maneira que a vontade pela sua máxima possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal” (KANT, 1974, p. 233).

Kant introduz, no reino dos fins, o conceito de autonomia, que aparece como [...] “a faculdade de obedecer apenas à lei dada por si próprio” [...] (NOUR, 2004, p. 10/1). O ser racional se submete à lei moral por ser ele mesmo o seu autor. Assim, o sujeito puro se transforma numa pessoa, mas não numa pessoa qualquer, e sim naquela que não tem preço, na possuidora de dignidade. Na Crítica da Razão Pura (1974), ao tratar de autonomia, Kant coloca que o ser racional não se encontra isolado, mas em uma pluralidade oriunda da autonomia.

A lei moral, que é fruto da vontade legisladora universal de seres racionais, é estabelecida como universal, fazendo com que esses seres passem de uma pluralidade para uma totalidade, originando o reino dos fins. O reino dos fins é que orienta a construção de uma comunidade jurídica, em que existe uma lei universal de liberdade e que funciona como princípio de unidade dessa comunidade, unindo os elementos constitutivos de modo sistemático pelas leis jurídicas. Sobre a autonomia, Nour comenta:

A autonomia provoca portanto duas mudanças essenciais no conceito de um ser racional: fundamentando a segunda formulação, a autonomia faz de um ser racional, que se relaciona consigo próprio dando-se sua própria lei, uma pessoa, conferindo-lhe “dignidade”: o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio, instrumento para outros fins; além disso, ao implicar o conceito de reino dos fins (terceira formulação), a autonomia mostra que o ser racional, como pessoa, relaciona-se sistematicamente (por meio de leis) com todos os outros seres racionais, também como pessoas. O conceito de pessoa fundamenta-se desse modo numa auto-relação que implica, ao mesmo tempo, uma relação com o outro. O ser humano, como pessoa, é um ser social, membro de uma comunidade sistemática. (NOUR, 2004, p. 12).

É pela forma que Kant vislumbra a autonomia que ele justifica o motivo da existência de um mundo público comum. Esse mundo público é fruto da razão e a razão, para Kant, é normativa. O caráter essencial da razão em Kant, segundo Lacroix, [...]“não é o conhecimento do facto, mas a imposição do direito” (LACROIX, S/D, p. 16).

O direito surge não como resultado de um saber empírico, mas como resultado metafísico da vontade pura legislativa do sujeito puro. Este saber do sujeito puro é derivado do intelecto puro e da razão pura; é um saber filosófico puro. O sujeito puro é, então, inteligível, quando a sua ação, é considerada como uma coisa em si, mas seus efeitos ocorrem enquanto fenômeno do mundo sensível e é, enquanto fenômeno do mundo sensível, que o “eu empírico” surge.

1.4 A existência de dois sujeitos em um só indivíduo

No próprio homem, o inteligível e o fenomenal se encontram. Kant assevera: “O homem, com efeito, afetado por tantas inclinações, é na verdade capaz de conceber a idéia de uma razão pura prática, mas não é tão facilmente dotado da força necessária para tornar eficaz in concreto no seu comportamento” (KANT, 1974, p.199). A força necessária falta quando o homem leva em consideração os seus próprios interesses, quando ele “esquece” que é um participante do reino dos fins.

Em si mesmo, como coisa em si, o homem não pode se conhecer; mas na condição de fenômeno ele o pode. Dessa constatação, Kant distingue o mundo em mundo sensível (dos fenômenos) e inteligível (das coisas em si), sabendo que o homem é habitante desses dois mundos como “eu empírico” e “sujeito puro”. Sobre o sujeito nesses dois mundos, Kant comenta:

Nem a si mesmo e conforme o conhecimento que de si próprio tem por sentido íntimo pode o homem conhecer-se tal como ele é em si. Pois, visto ele não se criar a si mesmo, por assim dizer, e não ter de si um conceito a priori mas sim um conceito recebido empiricamente, é natural que ele só possa também tomar conhecimento de si pelo seu sentido íntimo e consequentemente só pelo fenômeno de sua natureza e pelo modo como a sua consciência é afetada, enquanto tem que admitir necessariamente, para além dessa constituição do seu próprio sujeito composta de meros fenômenos, uma outra coisa ainda que lhe está na base, a saber, o seu Eu tal como ele seja constituído em si, e contar-se, relativamente à mera percepção e receptividade das sensações, entre o mundo sensível, mas pelo que respeita àquilo que possa ser pura atividade (aquilo que chega à consciência, não por afecção dos sentidos, mas imediatamente) contar-se no mundo intelectual, que aliás nada mais sabe (KANT, 1974, p. 247)

Para o conhecimento de si e do exterior a si, o homem usa a razão, que ultrapassa as fronteiras do entendimento, pois este só é afetado pelos sentidos, enquanto que a razão estabelece a distinção entre o mundo sensível e o mundo inteligível. O homem deve, segundo Kant, considerar-se a si mesmo como inteligência, e essa consideração o afasta das forças

inferiores da sensibilidade, colocando-o como habitante do mundo inteligível, na qualidade de “sujeito puro”.

Como habitante do mundo sensível, o homem pode menosprezar o seu lado inteligível, mas mesmo nesse momento, em que a consciência é camouflada para que os interesses pessoais e constatações empíricas ocorram, o “sujeito puro” não deixa de existir; ele é menosprezado pelo “eu empírico” e só aguarda a oportunidade de surgir.

O “eu empírico” é afetado pelos interesses do sensível. Ele deseja o que lhe é agradável, possui vontade, mas essa vontade não é boa; as suas máximas servem apenas para a sua sensibilidade e não como princípios de razão de validade universal. O “eu empírico” deseja ser feliz, por isso, é imprudente e não percebe, ou não deseja perceber, que [...] “a felicidade não é um ideal da razão, mas da imaginação, que assenta somente em princípios empíricos dos quais é vão esperar que determinem uma conduta necessária para alcançar a totalidade de uma série de consequências de fato infinitas” (KANT, 1974, p. 222).

O “eu empírico” troca o imperativo categórico pelos princípios de vontade, que não são leis e podem ser modificados a qualquer momento, sendo considerados em si como contingentes. Os princípios da vontade são heterônomo e jamais podem ser universais, pois podem ser modificados de acordo com a mudança do objeto do querer e com o modo de proceder, carecendo de fundamento de moralidade.

Se há ausência de moralidade e de lei moral, há a possibilidade do mal nas ações humanas. Deleuze comenta: “Kant sustentará sempre que o mal mantém uma certa relação com a sensibilidade[...].” (DELEUZE, 1976, p. 49). Contudo, para Deleuze, se a lei moral é de existência inteligível, ela encerra em si mesma um princípio determinante de todos os seres racionais e, mesmo existindo a possibilidade do mal, ele está baseado no caráter inteligível do homem, podendo o mesmo, pelo uso do seu livre-arbítrio optar pelo mal, isto é, contra a lei moral. Quando agimos contra a lei moral, para Deleuze, deixamos de ser sujeitos, pois

deixamos de ser legisladores da lei moral e a permutamos por leis da sensibilidade que passam a nos determinar.

O homem que troca à lei moral pelas leis da sensibilidade é moralmente mal. Ele não se preocupa com a felicidade de todos e muito menos com o seu dever de ser melhor, apesar de poder sê-lo; ele passa do estado de inocência para a maldade. Esse homem que se deixa dominar pelo seu “eu empírico” é desleal consigo mesmo, pois vive a se enganar. Sobre isso Kant escreveu na Religião dentro dos Limites da Simples Razão:

Esta deslealdade de enganar-se a si próprio e que nos impede de estabelecer em nós uma intenção moral desenvolve-se exteriormente também para a falsidade e engano dos outros; o que, se não deve ser denominado maldade, merece pelo menos ser chamado de baixeza, e está na maldade radical da natureza humana que (ao fazer um julgamento moral concernente à opinião que se deve fazer de um homem, torna a imputabilidade interior e exterior totalmente incerta) constitui a mancha podre de nossa espécie, que, enquanto não for trazida à tona, impede o germe do bem de se desenvolver, coisa que decerto faria (KANT, 1974, p. 380).

O “eu empírico” engana a si mesmo, mas nem sempre procura a violação da lei. Muitas vezes age com perfídia e, muitas vezes, busca justificativa legal para as suas ações, porém nunca morais. É por isso que Kant coloca o dever em consonância com a máxima (imperativo categórico) e não com a lei. Um coração humano voltado para o mal é um coração pervertido, que possui máximas que vão de encontro à moral, à adoção de boas máximas que pudessem ser universalizáveis, extirpando o mal das ações humanas.

O homem que age no mal subordina a lei moral ao seu amor-próprio, fazendo com que a lei moral se subordine aos seus interesses. Esse homem, que é inteiramente voltado para os interesses do seu “eu empírico”, é moralmente mal. Sobre a origem do mal no homem, Kant afirma: “O mal só pode ter a sua origem no moralmente mau [...]” (KANT, 1974, p. 383). Esse mal moral está na supremacia da vontade sobre a razão, problema já tratado anteriormente por Santo Agostinho, nas Confissões.

Para Kant, o homem age no mal porque quer; essa é a sua vontade, aí estão os seus interesses. O homem é propenso ao mal, defende Kant, em sua tese sobre o mal radical;

contudo ele não está fadado ao mal. A natureza humana pode ser frágil, mas não é diabólica; no comentário de Caygill sobre o mal em Kant, ela “[...] carece de solidez para seguir princípios e de suficiente capacidade de discriminação para distinguir entre incentivos” (CAYGILL, 2001, p. 223). Essa fragilidade humana está relacionada ao conflito existente entre a vontade relacionada ao simples querer e a boa vontade relacionada ao cumprimento do dever.

O homem que é mal por seu arbítrio, por livre disposição de vontade como resultado da sua liberdade, pode voltar-se para o bem. Malgrado a queda do sujeito puro nos interesses do “eu empírico”, é possível a sua volta aos mandamentos da razão, pela permuta dos interesses da natureza sensorial pelos da lei moral. O mal em Kant não constitui uma privação do bem, mas um defeito humano proveniente da fragilidade de sua natureza, que é perfeitamente possível ser superado. Kant afirma:

Mas que alguém se torne um homem, não só legalmente, mas moralmente bom (agradável a Deus), isto é, virtuoso segundo o caráter inteligível (*virtus noumenon*), por consequência um homem que, quando conhece algo como dever, não necessita de outro motivo que esta representação do próprio dever, isto não será resultado de uma reforma sucessiva, enquanto permanecer impuro o fundamento das máximas, mas unicamente de uma revolução na intenção do homem (uma passagem para a máxima da santidade) e ele não pode tornar-se um novo homem senão por uma espécie de renascimento, como que por uma nova criação [...] e transformação do coração (KANT, 1974, p. 386).

Portanto, os seres humanos, que são racionais e morais, têm sempre a possibilidade de superar o seu arbítrio vinculado a esse mundo sensível. Não há um sistema determinista que nos coloque como irremediavelmente ligados ao mal, pois, se isso existisse, poderia também haver um sistema que nos ligasse irremediavelmente à lei moral, sem respeito algum pela nossa liberdade.

A lei moral, no entanto, não é empírica; é, antes de tudo, transcendental, oriunda da razão pura. Demonstramos aqui a questão da dualidade dos sujeitos e a supremacia do sujeito puro sobre o “eu empírico”. Contudo, verificamos que, mesmo existindo essa supremacia, as

fragilidades humanas presentes no “eu empírico” se manifestam e tentam turbar a lei moral presente em todos os homens. Aproveitando-se desse engodo, é que o homem comete um crime.

O homem age no bem ou no mal porque é livre. A liberdade está na sua vontade, na sua capacidade racional de escolha entre a sua felicidade e a felicidade alheia. Enquanto ser autônomo, o homem que dá supremacia ao seu “sujeito puro” troca a possibilidade da felicidade própria pela adequação de suas ações à dignidade que ele necessita ter, pois ele é o sujeito da lei moral. Kant afirma:

A lei moral é santa (inviolável). O homem é deveras bastante ímpio, mas a humanidade em sua pessoa tem que ser santa. Em toda criação tudo o que se queria e sobre o que se exerce algum poder também pode ser usado simplesmente como meio; somente o homem, e com ele cada criatura racional, é um fim em si mesmo. Ou seja, ele é o sujeito da lei moral, que é santa em virtude da autonomia da sua liberdade. Por causa dela justamente toda vontade, mesmo a vontade própria de cada pessoa voltada para si mesma, é limitada à condição da concordância com a autonomia[...] (KANT, 2002, p. 142)

O homem é autônomo para optar entre errar ou agir de acordo com a razão prática, tornando-se um “sujeito puro”, de ações dignas. A dignidade nas ações está no fato de que o sujeito que imprime honra a sua personalidade, desperta respeito nos seus pares, pois exemplifica em suas ações o modo como se deve agir, usando a sua liberdade enquanto autonomia para ter vontade boa, executando máximas que podem ser universais.

A autonomia está na vontade que é boa e livre, conduzindo a agir com racionalidade, isenta de qualquer interesse pessoal, de acordo com a razão prática pura e com o imperativo categórico. Enquanto ser autônomo, o homem legisla para si mesmo, outorgando-se uma lei universal que está em todos os seres racionais. Todo ser racional é livre; é autônomo. Essa liberdade está no fato de se agir respeitando o dever, de acordo com a vontade livre e boa.

1.5 Liberdade, autonomia e heteronomia

Ao tratar da vontade, da autonomia, do cumprimento do dever, em Kant, inevitavelmente trata também de liberdade. A liberdade é um conceito essencial na filosofia kantiana, tratada tanto na filosofia pura como na prática. Ela está ligada à terceira antinomia da razão pura, à autonomia, à lei, à razão e à vontade.

Segundo Caygill, a liberdade tem duas qualidades significativas e afins, que estão presentes, em Kant, tanto na Crítica da Razão Pura (1974), como na Crítica da Razão Prática (2002): “a liberdade envolve independência de qualquer forma de dependência – liberdade de - e o poder do sujeito de legislar para si – liberdade para” (CAYGILL, 2000, p. 216). Para Kant, os homens só são filosoficamente iguais porque são livres, graças à ordem da razão.

Na primeira crítica, Kant trata liberdade como espontaneidade e, na segunda, como autonomia que contrasta com a heteronomia. Na Crítica da Razão Pura (1974), Kant refere-se à liberdade na terceira antinomia e no problema da causalidade natural e livre. Kant não consegue, nessa crítica, provar a existência da liberdade, mas identifica o sentido cosmológico da liberdade como “a faculdade de iniciar por si um estado” (CAYGILL, 2000, p. 216).

A liberdade seria criada pela razão que gera uma idéia de espontaneidade que pudesse agir por si mesma sem ter outra causa que a determinasse. Sobre a idéia da liberdade como espontaneidade, Kant esclarece: “[...] a idéia de liberdade, como uma forma de espontaneidade, não era uma carência mas, no que concerne a sua possibilidade, uma proposição fundamental analítica da razão especulativa pura” (KANT, 2002, p. 78).

A liberdade, enquanto espontaneidade, concede-se leis de síntese, mas é restringida pela receptividade, pois, sem ela, não se pode produzir conhecimento. Dessa forma, a produção de conhecimento espontânea, aqui tratada como liberdade, só ocorre quando há algo presente na sensibilidade que precisa ser sintetizado.

A liberdade não está, portanto, relacionada as leis da natureza, como os fenômenos naturais, que estão ligados a condições espaço-temporais, os quais por uma vez se relacionam a uma lei de causalidade natural. Ela está relacionada, como vimos, à razão. Kant escreve:

Ora, a liberdade é uma mera idéia cuja realidade objetiva não pode ser de modo algum exposta segundo leis naturais e, portanto, em nenhuma experiência também, que, por conseqüência, uma vez que nunca pode se lhe pode supor um exemplo por nenhuma analogia, nunca pode ser concebida nem sequer conhecida (KANT, 1974, p. 253).

Deleuze define a liberdade em Kant como: “[...] um poder de começar de si mesma um estado, cuja causalidade não entra por sua vez (como na lei natural) sob uma outra causa que a determina no tempo” (DELEUZE, 1976, p. 47). O conceito de liberdade não se relacionaria com o fenômeno, mas com a coisa em si.

A coisa em si deve ser pensada como livre, pois, assim como a liberdade, não pode ser conhecida, mas deve ser pensada. A coisa em si possui entendimento e inteligência, os fenômenos que a ela correspondem são dotados de faculdades ativas e espontâneas que não se reduzem à sensibilidade, mas se aliam à inteligência.

Enquanto inteligência, o homem pensa que é um ser de um mundo supra-sensível, não subordinado à causalidade natural. Ele é, então, livre. A idéia da liberdade, que é uma idéia da razão, é privilegiada em relação a outras idéias, porque ela pode ser determinada praticamente; só a liberdade dá à coisa em si o sentido ou o fato que a permite fazer parte do mundo inteligível.

Kant tematiza a liberdade em si mesma e no homem-liberdade. O método de estudo e compreensão da liberdade kantiana não seria outro que não o próprio método de liberdade; ela, em momento algum, será explicitada, pois a razão teórica não conhecerá a sua própria liberdade.

Para Heck, “o formalismo kantiano desautoriza aprioristicamente qualquer método com pretensão de provar a liberdade como já realizada naquilo que o processo civilizatório estatuiu como sendo o homem, o humano ou a cultura” (HECK, 1979, p. 16).

Para Kant, os homens estão condenados a ser livres porque são seres racionais e a razão os convence que essa é a melhor das condenações. Não há, portanto, nenhum conhecimento metodológico do que seja a liberdade. O homem, enquanto noumeno, é livre; o status que nele a liberdade ocupa é similar àquele ocupado pela razão.

Kant, na Crítica da Razão Pura (1974) diz que a liberdade surge na experiência da liberdade e isso não configura exatamente uma demonstração, pois não se pode demonstrar empiricamente aquilo que é subjetivo, que está ao nível do ser. A liberdade é uma propriedade mental do homem.

A liberdade kantiana existe. Não pode ser conceituada, não pode ser compreendida, não é passível de discussão; ela existe e é soberana, tornando a razão inegociável. Seria como *o em si da razão* pois não existem razões, para Kant, de se questionar a liberdade.

Não há objeções possíveis contra a liberdade, como também não se demonstra a sua existência; ela é um próprio problema da razão. A liberdade vai existir como condição prática da razão, haja vista não se saber como poder garantir a sua existência. Pode-se dizer, portanto, que a liberdade é a teoria da razão, pois é nela que se decide o que é uma prática racional.

Kant afirma que há uma liberdade inteligível, que é própria da autonomia da vontade essa seria uma liberdade prática. O conceito de liberdade seria então a chave para explicar a autonomia da vontade. Na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Kant conceitua a vontade, quando trata de liberdade como “[...]uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independente de causas estranhas que a determinem [...]” (KANT, 1974, p. 243). A liberdade aqui é conceituada negativamente, não se podendo, através dela, conhecer a sua essência.

Desse conceito, todavia, brota outro que é positivo. Sabe-se que a liberdade não está ligada a uma causalidade natural, mas isso não a impede de ter ligação com outro tipo de

causalidade, que existe de acordo com leis imutáveis. A liberdade seria então diretamente relacionada com a vontade livre, que é tão somente a vontade submetida às leis morais.

Para Kant, não se pode compreender a metafísica dos costumes sem compreender a liberdade na sua forma prática. O filósofo afirma:

O conceito de liberdade é um conceito racional puro e que por isto mesmo é transcendente para a filosofia teórica, ou seja, é um conceito tal que nenhum exemplo que corresponda a ele pode ser dado em nenhuma experiência possível, e de cujo o objeto não podemos obter qualquer conhecimento teórico: o conceito de liberdade não pode ter validade como princípio constitutivo da razão especulativa, mas unicamente como princípio regulador desta e, em verdade, meramente negativo. Mas no uso prático da razão o conceito de liberdade prova a sua realidade através de princípios práticos, que são leis de uma causalidade da razão pura para determinação da escolha, independentemente de quaisquer condições empíricas (da sensibilidade em geral) e revelam uma vontade pura em nós, na qual conceitos e leis morais têm sua fonte (KANT, 2003, p.64).

É nesse conceito positivo da liberdade que está baseada a lei moral. O conceito positivo da liberdade também contempla o fato da vontade ser lei para si mesma, pois ela é livre. A vontade livre e autônoma, aqui obedece, motivada pela razão, à lei universal. Vontade livre e vontade obediente à moralidade são a mesma coisa.

Thouard, ao comentar a liberdade em Kant, diz que ela não surge na experiência, mas necessita de uma via formal, oriunda de uma vontade racional que impõe a si mesma, sendo esta um fundamento último da liberdade. Para ele, o “[...] fundamento último da liberdade é a lei da razão prática: a lei moral, Kant diz que ela é um método [...] para conhecer a liberdade e que, inversamente, a liberdade é como um conteúdo [...] da lei moral” (THOUARD,2004, p.121). A liberdade seria algo que se faz acontecer.

Para Kant, não se deve atribuir à liberdade somente à vontade, ela deve ser estendida a todos os seres racionais. O filósofo afirma que é livre

[...]Todo o ser que não pode agir senão sob a idéia da liberdade é, por isso mesmo, em sentido prático, verdadeiramente livre, quer dizer, para ele valem todas as leis que estão inseparavelmente ligadas à liberdade, exatamente como se a sua vontade fosse definida como livre em si mesma e de modo válido na filosofia teórica (KANT, 1974, p. 244).

Todo ser racional só pode agir sob uma idéia de liberdade. A vontade livre como resultante da razão prática é considerada, para Kant, como resultado de uma idéia de liberdade, sendo preciso atribuir a essa vontade um sentido prático. A importância desse modo de compreender a liberdade e a vontade é que determina o que vem a ser autonomia. Kant diz que: “[...] liberdade e a própria legislação da vontade são ambas autonomia [...]” (KANT, 1974, p. 246).

Walker comenta que, para Kant, “a autonomia é fundamental, porque a idéia de autonomia é a idéia de um imperativo racional querido por motivos puramente racionais” (WALKER, 1999, p. 43). Para Walker, o que Kant almeja é defender a idéia de vontade livre, que possibilitaria a ação moral. O crítico afirma que a autonomia exige vontade livre, mas não pode ser idêntica a ela. Pela autonomia, nós podemos fazer escolhas certas ou erradas; já pela vontade livre, as nossas ações estão de acordo com o imperativo moral.

Kant também trata a liberdade como uma “[...]independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre que atribuir-se) [...]” (KANT, 1974, p. 248). Essa forma de tratar a liberdade remete à autonomia e ao princípio universal de moralidade. A liberdade passa à autonomia e essa, à lei moral.

A autonomia, em Kant, é uma releitura da autonomia religiosa de Lutero, que visava a liberdade da dependência de algo. A liberdade kantiana, como autonomia, está na autonomia moral. Uma lei moral autônoma reside na vontade que deseja fazer lei para si mesma.

Para Kant, não há direitos inatos, exceto a liberdade enquanto autonomia e o direito inalienável à sua realização, pois é pela autonomia que o homem pode ter vontade e dar lei a si mesmo. De acordo com Galeffi, “Todo o resto poderá ser adquirido somente sobre a base, e por intermédio dessa liberdade” (GALEFFI, 1986, p. 195).

A autonomia, segundo Rohden afirma na introdução à Crítica da Razão Pura, é a base da ética kantiana, quando afirma: “[...] a ética de Kant não pode ter outra base que não a

autonomia, demonstrada na crítica da razão prática a partir de um factum da razão” (KANT, 2002, p. 14). É neste sentido que Kant só admite ter provado a existência da liberdade na Crítica da Razão Prática. Para Rabenhorst: “Nesta obra, o filósofo alemão parte da idéia de que o homem, enquanto ser racional, tem consciência de está moralmente obrigado pela lei moral imperativa” (RABENHORST, 2003,p. 19).

No prefácio a Crítica da Razão Prática, Kant escreveu:

Ora, o conceito de liberdade, na medida em que sua realidade é provada por uma lei apdíctica da razão prática, constitui o fecho da abóbada de todo o edifício de um sistema da razão pura, mesmo da razão especulativa, e de todos os demais conceitos (os de Deus e de imortalidade) que permanecem sem sustentação nesta <última> como simples idéias, seguem-se agora a ele e obtêm com ele e através dele consistência e realidade objetiva, isto é, a possibilidade dos mesmos é provada pelo fato de que a liberdade efetivamente existe, pois esta idéia manifesta-se pela lei moral (KANT, 2002, p. 04).

Compreende-se então que a liberdade existe e é a condição da lei moral, já a autonomia está no caráter da vontade pura, na medida em que esta não pode ser determinada, a não ser em função da sua própria essência. É um atributo da razão pura e se revela de modo prático quando, pela vontade, o homem se autolegisla, estando obrigado pela lei moral a agir de acordo com o imperativo de moralidade.

1.5.1 Diferença entre autonomia e heteronomia

Kant identificou, na sua filosofia, princípios autônomos e heterônomos, desenvolvendo a sua filosofia moral, baseada em um princípio autônomo da autolegislação. Na Fundamentação a Metafísica dos Costumes (1974), Kant distinguirá autonomia e heteronomia e essa distinção permanece em toda a filosofia moral kantiana.

Para Kant, todos os seus antecessores que procuraram submeter a vontade a uma legislação universal falharam, como a escola wolffiana e a teoria britânica, que propuseram idéias taxadas de perfeccionistas e radicais do senso moral; os pietistas, que tudo submetiam à

vontade divina e Montaigne, que atribuiu demasiada importância ao costume nas ações humanas. Todos eles cometem a falha de subordinar a vontade a princípios heterônomo.

A vontade autônoma é aquela que dá a si mesma a sua lei, enquanto que a vontade heterônoma é aquela que a lei é dada por um objeto que se relaciona com a vontade e, neste caso, a vontade se relaciona com princípios heterônomo. Sobre essa diferença, Kant comenta:

Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à idéia de ninguém que ele estava sujeito só à sua própria legislação, embora essa legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir conforme a própria vontade, mas que, segundo o fim natural, essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que ela fosse), essa lei devia ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou constrangesse, uma vez que, como lei, ela não emanava da sua vontade, mas sim que a vontade era legalmente obrigada por qualquer outra coisa a agir de certa maneira. Em virtude dessa consequência inevitável, porém, todo o trabalho para encontrar um princípio supremo do dever era irremediavelmente perdido; pois o que se obtinha não era nunca o dever, mas sim a necessidade da ação partindo de um determinado interesse, interesse esse que ora podia ser próprio, ora alheio. Mas então o imperativo tinha que resultar sempre condicionado e não podia servir sempre como mandamento moral. Chamarei, pois, a este princípio, princípio da Autonomia da vontade, por oposição a qualquer outro que por isso atribuo à Heteronomia (KANT, 1974, p. 232/3).

A vontade heterônica se baseia em sentimento, seja físico ou moral e estando concorde com o princípio da felicidade. Já a vontade autônoma relaciona-se com o princípio racional da perfeição como efeito da nossa vontade ou de uma perfeição independente de nós (como a de Deus), sendo esta causa determinante da nossa vontade.

A vontade autônoma é o princípio supremo da moralidade, ela independe dos objetos do querer, mas está de acordo com o querer mesmo, enquanto lei universal. Kant afirma que o “[...] princípio da autonomia é o único princípio da moral” (KANT, 1974, p. 238), pois nele está o imperativo categórico que tem poder de mando igual ao da autonomia.

Pode-se então afirmar que enquanto a autonomia está ligada ao imperativo categórico, a heteronomia está ligada ao imperativo hipotético, encontrando-se vinculada aos objetos da vontade. O imperativo categórico da autonomia comanda só a si mesmo; ele só pode estar

presente onde há vontade livre. Isto significa que a vontade deve querer a sua própria autonomia, para dar leis a si mesma.

Caygill diz que “essa liberdade é “inteligível”, quer dizer, “independente de qualquer determinação por causas alheias”, e formal/universal na medida em que não está em qualquer relação com um objeto” (CAYGILL, 2000, p. 42). Kant faz uma purificação da vontade autônoma de qualquer influência externa.

Na qualidade de sujeito dual, o homem pode, segundo Kant, considerar-se a si mesmo sob dois pontos de vista pelo modo como utiliza sua força e exulta as suas ações: “[...] o primeiro enquanto pertence ao mundo sensível, sob suas leis naturais (heteronomia); o segundo, como pertencente ao mundo inteligível, sob leis que, independentemente da natureza, não são empíricas, mas fundadas somente na razão” (KANT, 1974, p. 248).

O homem é um ser racional, que pertence ao mundo inteligível como “sujeito puro”: ele apenas se submete a uma causalidade decorrente da sua própria vontade, que é livre e autônoma, não a uma causalidade natural, própria do mundo sensível e, consequentemente da heteronomia. A autonomia está irremediavelmente ligada à lei moral, pois, segundo Kant, há uma passagem da liberdade à autonomia e desta à lei moral.

Se a lei moral fosse subordinada a princípios heterônomos, ela só teria validade de acordo com os interesses que tivesse que obedecer. Seria o mesmo que subordinar a razão à sensibilidade, tolhendo-a de ser uma razão prática legislativa. A heteronomia só pode ser uma fonte de princípios ilegítimos da moralidade.

Enquanto a autonomia está de acordo com o imperativo de moralidade, a heteronomia, por se distanciar desse, está de acordo com princípios que, sendo empíricos ou racionais, não servem ou são condenáveis para fundar leis morais. Os princípios empíricos da heteronomia estão de acordo com o princípio da felicidade. Segundo Kant, “[...] nunca servem para sobre eles fundar leis morais” (KANT, 1974, p. 239).

Os princípios empíricos são carentes de universalidade e, muitas vezes, baseados na felicidade própria, sendo, por isso mais condenáveis. Kant condena este princípio por afirmar que ele

[...]atribui a moralidade móbiles que antes a minam e destroem toda a sua sublimidade, juntando na mesma classe os motivos que levam a virtude e os que levam ao vício, e ensinando somente a fazer o melhor cálculo, mas apagando totalmente a diferença específica entre virtude e vício (KANT, 1974, p. 24).

Aqueles que se baseiam no princípio empírico da felicidade própria desejam apenas a satisfação dos seus interesses. Entre os princípios racionais heterônomo, é preferível, segundo Kant, o ontológico da perfeição, pois este, apesar de ser vazio e indeterminado, é superior ao teológico, que coloca toda perfeição em Deus, fazendo toda moralidade derivar da vontade divina.

Os princípios heterônomo não conduzem a moralidade por serem falhos em seus fins. Os imperativos que provêm desses princípios são condicionados, não podendo mandar moralmente, ou seja, categoricamente. Pois os seus objetos é que determinam o querer em geral, não podendo a vontade determinar-se imediatamente a si mesma.

Para Bobbio, “Todos os sistemas morais tradicionais que colocaram como fim da vontade humana ou a perfeição ou a felicidade, ou qualquer outro bem, são ilegítimos: não entenderam o caráter profundo e autêntico da moralidade” (BOBBIO, 1997, p. 65)

Quando ocorre heteronomia da vontade, na ação se diz: “[...] devo fazer tal coisa, porque quero uma tal outra” (KANT, 1974, p. 241). A inclinação da vontade do sujeito que pratica a ação está de acordo com a sua sensibilidade e não com a moralidade; ele obedece a sua natureza, que torna-se uma lei contingente e imprópria como regra prática.

Para Kant, a vontade boa e autônoma é aquela que contém a forma do querer em geral. O que Kant quer dizer é que “a aptidão da máxima de toda a boa vontade de se transformar em si mesma em lei universal é a única lei que a si mesma se impõe à vontade de todo ser

racional, sem subpor qualquer impulso ou interesse como fundamento” (KANT, 1974, p. 241/2).

Segundo Kant, o conceito de moralidade está inevitavelmente ligado ao de autonomia, sendo a autonomia a sua base. A moralidade não é, para o filósofo, uma ilusão, mas existe como integrante da razão prática pura. Aqui se encontra, para o filósofo, todo limite da investigação moral.

Enquanto possuidores de autonomia de vontade, os homens são conscientes do princípio de moralidade. São, portanto, livres. Para Walker “Nós simplesmente somos cônscios das exigências da moralidade; e isso mesmo nos mostra que somos confiados à realidade da liberdade” (WALKER, 1999, p. 54).

O homem livre, consciente da lei moral, é aquele que é capaz de legislar. Ele sabe que é possuidor de uma razão que, na sua forma prática, coloca-o como membro de um reino dos fins, que age de acordo com o imperativo categórico. É esse legislador que produz a exteriorização da lei moral, que se preocupa em tratar o direito como justiça e esta como expressão da liberdade. Ele é o “sujeito puro” e, como tal, é superior às exigências do “eu empírico”: é a personificação da honra e da dignidade.

1.6 A superioridade do sujeito puro em relação ao eu empírico

Existe, para Kant, no interior de todo indivíduo, uma dualidade de sujeitos, onde um habita o seu lado sensível, sendo afetado pela causalidade natural, e outro o seu lado inteligível, em que ele é inteligência. Esta dualidade está relacionada à consciência de que o homem tem de si. Para Kant:

Pois que uma coisa na ordem dos fenômenos (como pertencente ao mundo sensível) esteja submetida a certas leis, de que essa mesma coisa, como coisa ou ser em si, é independente, isso não contém a menor contradição; mas que o homem tenha que representar-se e pensar a si mesmo desta maneira dupla, isso funda-se, para o primeiro caso, na consciência de si mesmo como objeto

afetado pelos sentidos, para o segundo na consciência de si mesmo como inteligência, quer dizer, como ser independente, no uso da razão, de impressões sensíveis (portanto como pertencente ao mundo inteligível) (KANT, 1974, p. 252).

Não é possível ao homem deixar de ser um ser de razão. Mesmo afetado pelo sensível, mesmo desejando a felicidade própria em detrimento dos demais, esse homem conserva em si a lei moral, sabe como agir corretamente de acordo com o princípio da moralidade e o imperativo categórico. Ele não pode negar a razão pura prática, o que não significa refletir isso em suas ações. Segundo Kant: “O homem, com efeito, afetado por tantas inclinações, é na verdade capaz de conceber a idéia de uma razão pura prática, mas não é tão facilmente dotado da força necessária para tornar eficaz in concreto no seu comportamento” (KANT, 1974, p. 199).

Aquele que se desvia do cumprimento do dever, que dá vazão ao seu “eu empírico” possui uma vida desonrada. Em contrapartida, o “sujeito puro” vive de forma a honrar a si mesmo e a toda humanidade que nele reside, vive para dignificar a sua personalidade.

Por agir de acordo com a razão prática pura, o homem, enquanto “sujeito puro”, torna sublime a sua própria existência supra-sensível, não negando a sua natureza sensível, mas sabendo respeitar a sua destinação superior. Esse homem que age por dever e honra menospreza os seus interesses pessoais, vivendo porque é cumpridor dos seus deveres e não por gostar de viver. Sobre o homem honrado, Kant diz:

Um homem honrado, na máxima desgraça da vida, que ele teria podido evitar desde que não se importasse com o dever, não mantém ainda a consciência de que ele, não obstante preservou e honrou em sua pessoa a dignidade da humanidade, que ele não tem de envergonhar-se ante de si mesmo nem tem razão para temer o escrutínio interno do auto-exame? Este consolo não é felicidade e tampouco a mínima parte dela. Pois ninguém desejará a ocasião para isso, e talvez nem mesmo uma vida em tais circunstâncias. Mas ele vive e não pode suportar ser a seus próprios olhos indigno da vida. Portanto esta tranquilização interna é meramente negativa em relação a tudo o que possa tornar a vida agradável; ou seja, ele á o afastamento de decair no valor pessoal, depois que o valor de seu estado já foi completamente abandonado por ele. Ele é o efeito de um respeito por algo totalmente diverso da vida, em comparação e contraposição com o qual a vida, muito antes, com todo o seu agrado, não tem absolutamente valor

algum. Ele só vive ainda por dever e não porque encontra na vida o mínimo gosto (KANT, 2002, p.143).

Para Kant, a vida digna não se constitui de uma vida de deleites, mas de uma luta constante entre o sensível e o inteligível, sabendo-se que no inteligível se encontra a razão prática e que agir de acordo com ele, mesmo quando essas ações forem de encontro aos motivos, crenças ou qualquer outra forma de interesse do sujeito, é agir com acerto, de acordo com o dever, a vontade livre e a autonomia, ou seja, agir racionalmente.

Kant coloca, na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, um argumento que coloca a racionalidade do “sujeito puro” como superior à sensibilidade do “eu empírico”, pois ela está livre das influências empíricas do mundo sensível, que podem ser dominadas pela razão. O filósofo comenta:

[...] a pura representação do dever e em geral da lei moral, que não ande misturada com nenhum acrescento de estímulos empíricos, tem sobre o coração humano, por intermédio exclusivo da razão (que só então se dá conta de que por si mesma também pode ser prática), uma influência muito mais poderosa do que todos os outros móveis que possam ir buscar no campo empírico, em tal grau que, na consciência de sua dignidade, pode desprezar estes últimos e dominá-los pouco a pouco (KANT, 1974, p. 216).

Agir com base na razão prática conduz o sujeito a agir de acordo com o bem. Mas agir de acordo com os princípios da sensibilidade podem levar ao bem, como também, muito freqüentemente, ao mal. Os conceitos morais, que têm a sua origem *a priori* são, portanto, superiores ao conhecimento empírico, já que os sentidos, a sensibilidade, comumente conduzem ao engano.

O que é empírico, para Kant, é contingente, já o que é racional é de origem digna, devendo servir de princípios práticos supremos. Para Kant, o “eu empírico” é culpado porque age com absoluta liberdade, deixando arrastar por uma vida de valoração dos sentidos. Kant comenta:

Pois a vida dos sentidos tem, em relação à consciência inteligível de sua existência (da liberdade) unidade absoluta de um fenômeno, o qual, na medida em que contém simplesmente fenômenos da disposição concernente

à lei moral (do caráter), tem que ser ajuizado não segundo a necessidade natural que lhe pertence como fenômeno mas segundo a espontaneidade absoluta da liberdade (KANT, 2002, p. 161).

O “sujeito puro” que é racional e despreza a contingência do empírico, para buscar a dignidade da prática de acordo com a razão, possui uma disposição em sua personalidade para o bem, pois respeita a lei moral, que constitui um fim em suas ações, sendo um motivo do seu arbítrio. A moral, neste sujeito, constitui a sua “[...] própria personalidade (a idéia de uma humanidade considerada de um ponto de vista totalmente intelectual” (KANT, 1974, p. 373).

O arbítrio do “sujeito puro” é livre e, como tal, ele age de acordo com o dever porque assim o deseja. Pode-se dizer que o “sujeito puro” possui um bom caráter, e nele nada de mal pode existir ou ser enxertado. A disposição da sua personalidade é para agir de acordo com a moral. Sobre a união da razão com a moral, na Crítica da Razão Prática, Kant exemplifica:

[...] se um homem, que comumente é honesto (ou que desta vez se coloca apenas em pensamento no lugar de um homem honesto) é confrontado com a lei moral, na qual ele conhece a indignidade de um mentiroso, imediatamente a sua razão prática (no juízo sobre o que ele devia fazer) abandona o proveito, une-se ao que lhe mantém o respeito por sua própria pessoa (à veracidade), e o proveito, depois de ser separado e desembaraçado de toda aderência à razão (a qual somente se encontra totalmente do lado do dever) é, então pesado por cada um para entrar em vinculação com a razão ainda em outros casos, só não naqueles em que ela pudesse contrariar a lei moral, que a razão jamais abandona mas se une a ela de modo mais íntimo (KANT, 2002, p. 150/1).

O “sujeito puro” não aceita, em suas ações, nada que contrarie a lei moral e, mesmo quando o “eu empírico” faça algo que a contrarie, a fim de a sua honra ser recuperada, ele deseja que algo de desagradável lhe aconteça, a título de punição, para que ele volte a sua consciência e as suas ações à lei moral, que é a expressão da razão prática pura.

O “eu empírico” tenta, muitas vezes, diminuir a sua culpabilidade quando age no mal, culpando uma existência de dificuldades, um passado difícil, que poderia levá-lo a afastar-se do cumprimento do dever e da lei moral, sendo ele assim, uma vítima de sua própria história. Para Kant, porém essa justificativa de que o passado e a temporalidade interferem no livre agir humano, é absurdo.

O homem é livre, sendo as suas livres ações frutos de suas faculdades, produzidas segundo seu arbítrio. Ele não pode negar a sua liberdade prática que é *a priori*, pois, se ela assim não fosse, não seria possível nenhuma lei moral. Toda prática contrária à lei moral pode, portanto, ser evitada. Já não há desculpas para o mal agir. Kant afirma:

[...] o ente racional de cada ação contrária à lei cometida por ele, ainda que ela como fenômeno seja no passado suficientemente determinada e, nesta medida, necessária, pode com direito dizer que ele poderia tê-la evitado; pois ela com todo passado que a determina, pertence a um único fenômeno de seu caráter que ele conquista para si mesmo e de acordo com o qual ele, enquanto causa independente de toda sensibilidade, imputa-se a causalidade daqueles fenômenos (KANT, 2002, p. 158/9).

Para Kant, é a consciência moral que não concorda que não há como o homem agir no mal e afirmar que não poderia ter evitado. Ao cometer um erro, o “eu empírico” simula uma falsa inocência, invoca a possibilidade de não poder ter agido de outra forma, de ter sido arrastado por uma causalidade natural, advoga para si mesmo declarando inocência ou engano não premeditado em relação à má ação.

Mesmo quando contrata um advogado para sua defesa, ele deseja que a voz de sua consciência seja sufocada pelos argumentos de um profissional, escapando de punição interior e exterior. Para Kant, aí surge o “sujeito puro”, que lhe revela a realidade, gerando culpa e dor, mesmo que a prática execrável tenha sido cometida há muito tempo, pois o “eu empírico” dela não pode fugir. Segundo Kant:

Pois sobre isso se funda também o arrependimento relativamente a um ato cometido há bastante tempo, em toda recordação dele; uma sensação dolorosa, produzida por disposição moral e que é praticamente vazia, na medida em que ela não pode servir para tornar o acontecido não acontecido, e que seria até absurda [...], mas enquanto dor é perfeitamente legítima, porque a razão, se se trata da lei de nossa existência (da lei moral), não reconhece diferença de tempo e pergunta somente se o evento me pertence como ato, a seguir, porém, vincula-lhe sempre moralmente a mesma sensação, quer ele tenha ocorrido agora ou há muito tempo (KANT, 2002, p. 160/161).

Podemos afirmar que todas as ações que o sujeito pratica dependem exclusivamente dele mesmo como coisa em si, somente podendo dizer respeito à lei moral, e não se pode

atribuir a ela nenhuma causalidade exterior, nenhuma explicação física. A lei moral está no nosso substrato inteligível, no nosso “sujeito puro” e é ela que nos assegura a diferença entre o agir conforme fenômenos, como ente dos sentidos e como sujeito transcendental, que age de acordo com a razão pura prática.

CAPÍTULO 2 - A LEI MORAL EM KANT

De uma forma geral, podemos dizer sobre a lei em Kant, que ela é caracterizada por um caráter de universalidade e necessidade. Kant define a moral como “[...] une science qui enseigne non pas comment nous rendre heureux mais comment nous devons nous rendre dignes du bonheur”² (KANT, p. 33, 1990). A lei moral é uma lei prática, que tem em si uma necessidade absoluta ou categórica. Pode-se dizer que a lei moral é uma lei de liberdade, que existe pela capacidade da razão pura poder ser prática.

Ela está prescrita na forma de um imperativo ou mandamento, estando no foro íntimo de todo indivíduo, não possuindo necessidade de uma legislação externa a ele, constituindo, assim, a moralidade. A lei moral existe de forma objetiva, sendo conhecida pela razão; o seu poder de motivar o indivíduo a cumprí-la pertence apenas a ela mesma.

Para Kant, a lei moral em nada depende de fatos exteriores, nem de Deus, nem da promoção racional da própria felicidade ou do bem-estar social. Ela é intrinsecamente racional, existindo *a priori*, ou seja, independente de toda experiência, sendo independente também de toda impressão dos sentidos, de qualquer causalidade exterior a si mesma, bem como de condições subjetivas ou contingentes.

Enquanto lei prática, Kant nos diz que a lei moral se refere “[...] unicamente à vontade, sem consideração do que é realizado através da causalidade mesma, e pode abstrair-se dessa última (enquanto pertencente ao mundo sensorial) por as ter como puras” (KANT, 2002, p. 35).

É enquanto lei prática que determina a vontade que a lei moral pode ser legislativa como razão pura prática. Ela contém em si toda forma da legislação universal, que está contida nas máximas universalizáveis, dela advindo a vontade livre e autônoma.

² [...] uma ciência que ensina não como nos tornarmos felizes mas como devemos nos tornar dignos da felicidade.

A vontade livre e autônoma cumpre a lei moral por possuir amor e respeito a essa lei. Para Kant, se não há amor à lei moral, como ele afirma na introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, o cumprimento à lei moral seria contingente e incerto, correndo-se o risco de se agir contrariamente a essa lei.

O respeito à lei moral pode conduzir o indivíduo a causar algum dano ao seu amor próprio, fazendo-o agir contrariamente a sua vontade contingente e heterônoma. Mas é fundamental em todo ser racional saber que os seus interesses sensíveis são inferiores ao cumprimento da lei moral, já que se deve ter em conta o interesse moral e este “[...] consiste simplesmente no respeito pela lei” (KANT, 1974, p. 209).

Para Kant, “[...] o respeito pela lei moral é um sentimento produzido por um fundamento intelectual, e esse sentimento é o único que conhecemos de modo inteiramente a priori e de cuja necessidade podemos ter perspicácia” (KANT, 2002, p. 120).

O respeito pela lei moral faz com que a presunção humana e o amor de si sejam humilhados, pois eles são inferiores a essa lei. De acordo com Pascal, “[...] ao mesmo tempo em que humilha o nosso egoísmo, a lei moral força o nosso respeito. O sentimento de respeito é pois o efeito positivo da lei moral [...]” (PASCAL, p. 142, 2005). O respeito seria, então, o sentimento moral por excelência.

A lei moral não possui moralidade, mas é a própria moralidade, produzida no juízo da razão pura prática. A moralidade é a motivação da lei moral, proporcionando autoridade à lei.

Sobre a máxima da moralidade, Kant comenta:

La maxime qui prescrit une obeservation inconditionnelle, admise sans la moindre considération d'une fin qui la fonderait, d'une loi du libre arbitre, laquelle commande catégoriquement (c'est-à-dire le devoir), est essentiellement c'est-à-dire spécifiquement distincte de la maxime qui nous est possée par la nature même, comme motif d'une certaine manière d'agir (et qui en général s'appelle le bonheur)³ (KANT, p. 37, 1990-a).

³ A máxima que impõe uma observação incondicional, admitida sem a mínima consideração de qualquer finalidade que a fundamente, de uma lei do livre arbítrio, a qual comande categoricamente (ou seja, o dever), é essencialmente ou melhor especificamente distinta da máxima que nos é imposta pela própria natureza, como motivação de uma determinada maneira de agir (e que geralmente se chama "felicidade).

Portanto, para Kant, a lei moral possui sua origem na razão pura e está ligada ao imperativo categórico. A propósito, Kant afirma: “A razão pura é por si só prática e dá (ao homem) uma lei universal, que chamamos de lei moral” (KANT, 2002, p. 53). Por ser oriunda dessa razão, ela é íntegra e pura, estando em todos os indivíduos como uma vontade santa, que jamais conflitua com nenhum interesse moral, guiando-nos quanto a nossa forma de agir. Por isso, ela é categórica. A esse respeito, Walker comenta:

[...] a moralidade não pode depender dos nossos próprios desejos. Ela não deriva seu valor de sua aptidão para promover a felicidade ou qualquer outro objetivo que consideramos atraente. Ela tem valor em si mesma e, se a felicidade tem um valor – como o oposto de ser precisamente algo que desejamos -, ela só pode obtê-lo da lei moral, que é fonte de todo valor moral. Por conseguinte, a lei moral não extrai sua força cogente de sua aptidão para promover algum objetivo nosso. Ela apenas nos diz o que devemos fazer. È isso que Kant tem em mente ao denominá-la categórica (WALKER, 1999, p. 8/9).

O valor moral da ação não está na realização dos nossos desejos, aptidões ou na nossa felicidade, mas na possibilidade de encontrar o sumo bem através da ação moral, que ordena categoricamente. O sumo bem é o bem moral e este se encontra na própria pessoa que age conforme a lei moral, uma vez que ela age de acordo com a sua razão pura. Kant define o sumo bem como “[...] a totalidade incondicionada do objeto da razão prática pura [...]” (KANT, 2002, p. 176).

È através da lei moral que consegue-se chegar a uma natureza em que a razão pura, possuindo uma faculdade física que lhe corresponda, chegaria ao sumo bem, produzindo-o, determinando a nossa vontade de fazer com que o mundo da sensibilidade adquira a forma de um todo racional.

O sumo bem é a combinação da felicidade⁴ e do mérito para ser feliz. A felicidade *per si* não constitui mérito para ser feliz; ela precisa estar ligada à boa conduta moral. Todo

⁴ A felicidade, neste caso, não é entendida como mero desejo de ser feliz, mas como, no dizer de Walker, um fim que é também um dever. Não seria a felicidade própria, que jamais pode ser considerada um dever, mas deve ser uma necessitação para um fim involuntariamente adotado.

homem, para possuir o sumo bem, deve fazer-se digno de ser feliz, participando da conduta virtuosa. Felicidade e virtude, segundo Caygill, estão, para Kant, como uma unidade “[...] como baseada no ‘postulado’ de um inteligível ‘bem supremo originário’” (CAYGILL, 2000, p. 301).

O sumo bem não constitui o fundamento determinante da lei moral, que é ela mesma. Ele é o objeto de uma vontade pura, como razão prática pura, mas é a lei moral quem o realiza e promove. Mas o sumo bem também pode ser mais do que um objeto pode ser um conceito e a representação da existência da razão pura prática. Kant explica:

Mas é evidente que, se no conceito de sumo bem a lei moral já está compreendida como condição suprema, então o sumo bem não é simplesmente objeto, mas também o seu conceito e a representação de sua existência possível mediante a nossa razão prática é ao mesmo tempo o fundamento determinante da vontade pura; porque então a lei moral – já efetivamente incluída e pensada conjuntamente nesse conceito – nenhum outro objeto determina a vontade segundo o princípio da autonomia (KANT, 2002, p. 179).

A autonomia da vontade não pode ser perdida de vista, pois ela harmoniza a lei moral ao sumo bem. É pelo exercício da vontade livre e autônoma que o homem é virtuoso e merecedor de ser feliz. A posse do sumo bem é, portanto, constituída da felicidade e da virtude. A felicidade está, neste caso de acordo com a moralidade, que pressupõe sempre o agir de acordo com a conduta moral legal, cumprindo-se o dever pelo dever.

O sumo bem não pode ser analiticamente conhecido seu conhecimento se dá de forma sintética, deduzido *a priori* de forma transcendental, baseando na liberdade de vontade. Kant esclarece: “É a priori (moralmente) necessário produzir o sumo bem mediante a liberdade da vontade; logo, também a condição de possibilidade do mesmo tem que depender meramente de fundamentos cognitivos a priori” (KANT, 2002, p. 184).

Aquele que age de acordo com o sumo bem é o moralmente bom; suas ações estão de acordo com os costumes e com a ética, primeiramente, mas a elas não se reduzem. Höffe afirma: “[...] pour laquelle ce qui est moralement bon est identique per definitionem à la

conformité aux moeurs, la confusion nous fait perdre de vue une dimension du bien qui ne se réduit pas à l'éthos et aux moeurs”⁵ (HÖFFE, p. 58, 1993).

Höffe esclarece o que, aqui, significa o conceito de bem:

“Ce concept est nécessaire du fait que tout bien restreint considere em soi possède une doublé face; si les condicons et particulièremet les intentions sont bonnes, le bien conditionné est aussi bom, mais pás dans l'autre cas; par conséquent le bien sans restriction est la condition préalable pour que le bien restreint puisse être qualifié de bom. Ce concept est suffisant, d'autre part, du fait que le bien sans restriction ne peut être fondamentalement surpassé”⁶ (HÖFFE, p. 59/60, 1993).

O bem está vinculado à práxis humana, ao agir de acordo com a liberdade de vontade.

Pela liberdade de vontade é que se age de acordo com as máximas universalizáveis que, de acordo com a lei moral, são necessárias. Essas máximas constituem um componente fundamental da ética kantiana, elas são imperativas e pressupõem o cumprimento do dever.

Bittar comenta:

O agir livre é o agir moral; o agir moral é o agir de acordo com o dever; o agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda natureza. Daí decorre que o sumo bem só pode ser algo que independa completamente de qualquer desejo exterior a si, de modo que consistirá no máximo cumprimento do dever pelo dever, do qual decorre a suma beatitude e a sua felicidade, como simples mérito de estar conforme ao dever e pelo dever (BITTAR, 2005, p. 273).

O cumprimento do dever é inerente à lei moral. Ele garante o agir correto, pois respeita à liberdade de vontade e está de acordo com o imperativo categórico, ele garante que a ação possui valor e está de acordo com a conquista do sumo bem.

⁵[...] para a qual o que é moralmente bom é idêntico por definição à conformidade aos modos, a confusão nos faz perder de vista uma dimensão do bem que não se reduz ao ethos e aos modos.

⁶ Este conceito é necessário levando-se em conta que todo bem restrito, considerado em si, possui uma dupla face; se as condições e particularmente as intenções são boas, o bem a elas condicionado é bom também, mas não em caso contrário; por conseguinte o bem sem restrição é a condição fundamental para que o bem restrito possa ser qualificado como bom. Este conceito é suficiente, por outro lado, considerando que o bem sem restrição não pode ser fundamentalmente ultrapassado.

2.1 O cumprimento do dever

Kant define o dever como [...] “Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei” (KANT, 1974, p. 208). O respeito pelas pessoas está diretamente condicionado ao respeito às leis, pois a lei é que é o objeto do respeito.

Essa lei é aquela em que nos impomos, porque ela é necessária em si; deve ser incondicionalmente obedecida, mesmo que seja contrária às nossas inclinações. Há uma dupla legislação que atua sobre o homem: as leis exteriores a ele mesmo e que ele, enquanto co-legislador, ajuda a formular, manifestando-se no direito, e as leis interiores, submetidas ao cumprimento do dever, sendo leis morais.

O filósofo alemão, ao se deparar com a questão do dever, se propõe a responder a seguinte indagação: “por que devo fazer algo?”. O que ele quer é fundamentar a objetividade do dever, buscando a sua universalidade e necessidade e o faz na esfera da ética.

É preciso fundamentar racionalmente o dever. Se a razão pura é tratada no contexto metafísico, a razão prática o é no ético. A consciência do dever está inserida na razão prática, pois o sujeito que pensa e age é um ser racional e se reconhece como ser ético.

Deve-se cumprir o dever, primeiramente, porque isto é racional e o ser que o cumpre é um ser dotado de razão. Porta observa:

Eu não preciso perguntar a ninguém o que devo nem porque devo, mas unicamente a mim mesmo enquanto ser racional. A fonte última do Dever não é outra coisa que a Razão; a moralidade, a autolegislação de um ser racional. A Razão, enquanto Razão prática, dita sua própria lei. Ela não toma esta lei de nenhuma instância transcendente a ela, mas apenas de si mesma. A Razão é, pois, a verdadeira fonte da objetividade prática. (PORTA, S/D, p. 121).

No que concerne ao dever, Kant se preocupa com a idéia e os princípios de uma vontade pura, desprezando o querer em geral e o que representa o querer nas ações e condições humanas.

O cumprimento do dever é uma lei que contempla toda humanidade. Em outros termos, todos os seres humanos estão sujeitos a ela. A sujeição humana ao cumprimento do dever existe por serem, os seres humanos, não somente dotados de uma vontade boa, mas também de interesses, carências e uma diversidade de motivos sensíveis que se conflituam com essa vontade.

Kant diz que: [...] “a necessidade de minhas ações por puro respeito à lei prática é o que constitui o dever, perante o qual tem de ceder qualquer outro motivo, porque ele é a condição de uma vontade boa em si, cujo valor é superior a tudo” (KANT, 1974, p. 211).

O cumprimento do dever possui duas funções: uma objetiva e outra subjetiva. Objetivamente, o dever requer que a ação esteja em concordância com a lei e, subjetivamente, requer que a máxima da ação esteja de acordo com o respeito para com a lei, como modo de determinação da vontade pela lei.

Pode-se então agir com legalidade, isto é, de acordo com o dever ou, ainda, pode-se agir por dever, ou seja, somente pela lei. Essa divisão entre cumprir o dever por moralidade e cumprir por obrigação legal vai dar origem à divisão entre a doutrina do direito e a doutrina das virtudes.

Para Kant, o homem é um ser livre, sujeito às leis oriundas de sua própria razão. O cumprimento do dever está de acordo com a realização do sumo bem, que está nas mãos de Deus. O cumprimento do dever seria então um imperativo, como nos diz Höffe: “*Le devoir est une obligation sur le mode de l'intimation, de l'impératif*”⁷ (HOFFE, 1993, p. 67). Este imperativo seria um imperativo da moral, do sujeito dotado de vontade boa, em que a moralidade de uma ação coincidiria com o cumprimento de um dever, fruto da razão pura.

Os deveres se dividem de acordo com os seus modos e objetos, primeiramente. Eles são positivos e negativos, jurídicos e éticos, perfeitos e imperfeitos. Os deveres perfeitos são

⁷ O dever é uma obrigação como uma intimidação, um imperativo.

os mais amplos, que valem para todos, os imperfeitos são mais particulares e restritos; já os deveres positivos são os que ordenam algo e os negativos são deveres de proibição.

Os deveres jurídicos são aqueles que estão de acordo com o cumprimento da lei, sem se considerar o foro interno do indivíduo. Os deveres éticos são os morais, de acordo com o foro íntimo do indivíduo, a sua moralidade. Os deveres devem ser cumpridos para com Deus, para com os homens e até para com os animais.

A transgressão do dever implica uma punição em que, antes de ser exteriorizada, é sentida no foro íntimo do indivíduo transgressor. Kant comenta: “[...] *la transgression du devoir, même si l'on ne prend pas en considération les incovénients qui peuvent en resulter, agit immédiatement sur l'âme et rend l'omme à ses propres yeux méprisable et punissable*”⁸ (KANT, 1990, p.39).

A idéia do dever em Kant é uma definição neo-estóica, já que se deve agir de acordo com a retidão da razão e essa retidão depende exclusivamente da razão reta daquele que age, independentemente das consequências dos atos praticados.

O dever, para Kant, é definido como “[...] a necessidade prática incondicionada da ação [...]”(KANT, 1974, p. 226), vale para todos e funciona como um imperativo. Só como um imperativo é que se garante ao dever o seu caráter de universalidade.

2.2 O imperativo categórico e sua superioridade aos demais imperativos

Na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Kant define os imperativos. Para ele: “A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante de uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se Imperativo” (KANT, 1974, p. 218). Todos os imperativos são derivados do dever, sendo uma lei objetiva da razão.

⁸ [...] a transgressão do dever, mesmo se não levarmos em consideração os inconvenientes que podem resultar, age imediatamente sobre a alma e torna o homem, aos seus próprios olhos, desprezível e digno de punição.

Os imperativos possuem a função de ordenar e o fazem hipotética ou categoricamente.

Os imperativos expressam um dever-ser, eles se impõem às inclinações humanas.

Os imperativos hipotéticos são aqueles que possuem uma finalidade possível, são heterônomos e implicam certos meios para a sua realização, já os categóricos são aqueles que possuem seu fim em si mesmos, levando o indivíduo a realizar uma ação objetiva e intrinsecamente necessária, são autônomos, baseiam-se numa máxima utilizável para todos, possibilitando-se saber se uma ação está ou não de acordo com a moral.

Kant diferencia os imperativos, afirmando:

[...]Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade (KANT, 1974, p. 218).

Com relação aos imperativos, pode-se dizer que a razão é uma fonte de leis práticas. Contudo, aqueles que devem cumprir as leis, que são seres racionais, também são seres de paixões e impulsos e, para não se contradizer com a razão, é que a lei se torna um imperativo.

Os imperativos garantem que as ações dos indivíduos não serão contraditórias com relação à razão prática. O imperativo é um princípio prático do qual derivam todas as vontades. Kant afirma sobre o imperativo prático: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 1974, p. 228).

Esse imperativo é usado como um cânones, julgando as máximas em casos concretos.

Apenas o imperativo categórico é apodítico (sem finalidade), pois, de acordo com ele, uma ação vale independentemente da intenção do agente, não se considerando a sua finalidade. Ele é independente da experiência, derivando-se da razão pura, sendo absolutamente válido aprioristicamente. Ele é o imperativo da moralidade, não sendo limitado a nenhuma condição, possuindo validade universal e sendo absolutamente necessário. Kant define o imperativo categórico como uma fórmula universal, que diz: “Age segundo a

máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal” (KANT, 1974, p. 235) ou ainda “Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza” (KANT, 1974, p. 236).

Na *Crítica da Razão Prática*, Kant coloca o imperativo categórico como lei fundamental da razão prática pura. O filósofo afirma: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal” (KANT, 2002, p. 51).

Kant pretende demonstrar, com o imperativo categórico, que ele é uma explicação metafísica com fundamento na liberdade, mas essa liberdade está fundada na autonomia de vontade. Höffe comenta:

L'impératif catégorique est immédiatement issu du concept de la morale en tant que bien absolut, c'est pourquoi il est “catégorique”; et parce qu'il s'adresse à des êtres raisonnables finis il est “impératif”. Plus précisément – et c'est ici que réside l'indubitable pénétration de Kant-, l'impératif catégorique n'est rien d'autre que le concept de la morale dans la situation où se trouvent les êtres raisonnables finis. Avec l'impératif catégorique, Kant applique sa thèse méta-éthique fondamentale aux être du genre humain⁹ (HOFFE, 1993, p.76).

Ele funciona de modo *a priori*, é um conselho de prudência sem relação com uma finalidade; seu interesse está na forma da ação e no princípio que irá regê-la. Deve ser imediatamente conhecido, já declara a universalidade da lei. Nele, a moral se revela como uma exigência, que se exterioriza por uma via normativa.

Serve como prova de que há uma lei prática *a priori* e independente de qualquer coisa e a ela se obedece por dever. O imperativo categórico funciona como um princípio supremo de moralidade. Segundo Terra:

Com o imperativo categórico, garante-se que a esfera da moral tenha suas leis próprias, independentemente das outras esferas culturais, e também que estamos obedecendo a leis cuja elaboração nós, como seres racionais,

⁹ O imperativo categórico provém imediatamente do conceito da moral enquanto bem absoluto, por isso ele é “categórico”; e por ele ser destinado a seres racionais finitos, ele é “imperativo”. Mais precisamente – e é aí que reside a irrefutável lucidez de Kant – o imperativo categórico não é nada mais que o conceito da moral na situação onde se encontram os seres racionais finitos. Com o imperativo categórico, Kant aplica sua tese meta-ética fundamental aos seres do gênero humano.

participaremos. Trata-se de uma moral que não depende da teologia nem de costumes tradicionais de uma dada comunidade; uma moral em que, para usar termos da filosofia contemporânea, haveria a prioridade do justo sobre o bem, isto é, a prioridade do que pode ser aceito por todos sobre as concepções particulares acerca da vida boa e da felicidade (TERRA, 2004, p. 13).

O princípio do imperativo categórico e da moralidade é único; ele é o princípio prático formal da razão pura. A propósito, Kant explica:

[...] o princípio prático formal da razão pura, segundo o qual a simples forma de uma legislação universal possível através de nossas máximas tem que constituir o fundamento determinante supremo e imediato da vontade, é o único princípio possível que é apto para imperativos categóricos, isto é para leis práticas (que tornam ações um dever), e em geral para o princípio da moralidade, tanto no ajuizamento como também na aplicação à vontade humana, na determinação da mesma (KANT, 2002, p. 67).

O imperativo categórico não visa à felicidade individual, mas se observado, gerará felicidade. A felicidade é algo subjetivo, é um princípio do amor de si, algo a ser buscado por imperativos hipotéticos. Kant define a felicidade como “a consciência de que um ente racional tem do agrado da vida e que acompanha ininterruptamente toda a sua existência” (KANT, 2002, p. 38). Ela determina o arbítrio, mas não o dever.

O homem moralmente bom é aquele que não busca a sua felicidade, mas age de acordo com o imperativo categórico. O seu agir é livre e essa liberdade implica o cumprimento do dever, é um agir moral, de acordo com o princípio de legislação universal.

Esse modo de agir de acordo com o imperativo categórico baseia-se no sumo bem, que se expressa no cumprimento do dever pelo dever. A felicidade não está na busca individual por ela, mas na promoção da felicidade dos outros. A esse respeito, Walker comenta: “Uma pessoa não pode promover integralmente a própria perfeição sem desenvolver todas as suas capacidades; nem pode promover a felicidade alheia sem o auxílio e a assistência delas” (WALKER, 1999, p. 40).

A felicidade tem a ver com o desenvolvimento das capacidades individuais para a promoção da felicidade coletiva, em um contexto em que todos busquem a felicidade de

todos, por um agir de acordo com a lei moral. A busca pela felicidade própria, para Kant, é oposta a moralidade. Kant comenta:

Logo, a lei de promover a felicidade dos outros não surge da pressuposição de que aquela seja um objeto para o arbítrio de cada um, mas simplesmente do fato de que a forma da universalidade, que a razão necessita como condição para dar a uma máxima do amor de si a validade objetiva de uma lei, torna-se o fundamento determinante da vontade; e portanto não era o objeto (a felicidade dos outros) o fundamento determinante e, sim, a simples forma legal, pela qual eu limitava a minha máxima fundada sobre a inclinação para propiciar-lhe a universalidade de uma lei e deste modo torná-la adequada à razão prática pura, a partir de cuja limitação, então, e não a partir do acréscimo de um motivo exterior, o conceito de obrigação, de estender a máxima do meu amor de si também à felicidade dos outros, unicamente poderia surgir (KANT, 2002, p. 57/8).

O homem deve, então, buscar a felicidade coletiva e a perfeição moral, sendo a perfeição “a aptidão ou suficiência de uma coisa para toda sorte de fins” (KANT, 2002, p. 66). Esse talento para a perfeição é o que faz o homem buscar a universalização de suas máximas e o cumprimento do dever, ou seja, o imperativo categórico.

Kelsen, em *O Problema da Justiça*, analisa o imperativo categórico. O filósofo e jurista austríaco diz que o imperativo categórico não é uma norma de justiça, mas de moral, na qual está contida um princípio da justiça. Segundo Kelsen, o imperativo categórico determina uma atuação, determinando como agir moralmente bem.

Kelsen critica o fato de a máxima ser colocada como regra, sendo uma lei universal que determina como o homem deve agir. A esse respeito, assim nos diz:

Se, efetivamente, como parece ser o caso, segundo a fórmula citada, se tratasse de saber se nós podemos querer que aquilo que nos propomos a nós próprios como regra do nosso agir se transforme em lei universal, então o imperativo categórico não conduziria necessariamente a uma ação moralmente boa. Com efeito, um homem pode de fato querer de toda e qualquer máxima que ela se transforma numa lei universal (KELSEN, 2003, p. 22).

Para Kelsen, o fato de um homem querer que uma máxima má seja universal é moralmente condenável, mas não impossível. Ele utiliza o suicídio como exemplo: um homem que tivesse uma vida insuportável poderia querer que aqueles que tivessem uma vida

semelhante a sua se suicidassem. Isso iria de encontro à lei moral kantiana, mas configura uma condição de possibilidade de universalização de uma máxima.

Outro exemplo é o do caso de alguém fazer uma promessa sem ter intenção de cumprila. Kant não aceitaria uma máxima com esse conteúdo, pois ela colocaria em risco o cumprimento de toda e qualquer promessa. Contudo, Kelsen afirma que um homem mal poderia querer tal situação, sua vontade iria de encontro à moral, mas não seria impossível.

Kelsen diz: “É, assim, patente que, com o ‘poder-querer’ do imperativo categórico, se quer significar um ‘dever querer’” (KELSEN, 2003, p. 25) e propõe uma reformulação do imperativo categórico com base nesse dever-querer, afirmando que ele deveria ser entendido como “atua segundo uma máxima da qual devas querer que ela se transforme numa lei universal” (KELSEN, 2003, p. 25/6).

O imperativo categórico, no entanto, não responde qual máxima se deve querer ou não ser seguida. Para Kelsen, o que Kant exige ao formular o imperativo categórico como lei universal é a harmonia da ação com a lei geral. O que existe é uma necessidade de se agir conforme a lei; há uma necessidade da conformidade das ações perante a norma.

Para Kelsen, Kant não deixa claro qual o conteúdo da lei universal, não sendo então possível deduzir nenhuma norma moral de acordo com essa lei. Segundo Kant, é óbvio a existência dessa lei, que está na razão; para Kelsen, essa existência é obscura, pois seu conteúdo é desconhecido.

Kelsen, no entanto, verifica que o imperativo categórico é compatível com qualquer norma moral válida. O imperativo categórico conduz a ações retas, de justo e bom proceder, obedecendo a um ordenamento prévio. Para Kelsen, o imperativo categórico “[...] nada mais exige senão que a máxima da ação seja conforme com uma lei universal, já que nada mais se afirma das leis morais senão que ela tem um caráter de normas gerais” (KELSEN, 2003, p. 27).

Ao tratar do imperativo categórico no segundo capítulo da Fundamentação e conceder-lhe o status de imperativo da razão, Kant vai de encontro a Hume, que considerava ser a moralidade um produto das atitudes humanas, observável pela experiência, afirmando: “[...] nunca podemos penetrar completamente até os móveis secretos dos nossos atos, porque, quando se fala em valor moral, não é das ações visíveis que se trata, mas de seus princípios íntimos que não se vêem” (KANT, 1974, p. 213). A moral não está no exterior das ações humanas, mas na interioridade.

Para Walker, em sua obra Kant e a Lei Moral, Kant introduz a lei moral como imperativo categórico, o que o leva a classificar essa atitude kantiana de formal e vazia, pois Kant simplifica demais o conceito de imperativo categórico, gerando problemas desnecessários. Ao contrário de Kelsen, Walker afirma que Kant não coloca a lei moral isenta de conteúdo, a sua crítica diz que a lei moral “[...] ‘não contém condições que a limitem’ porque ela não está subordinada a nenhuma meta, à maneira de um imperativo hipotético” (WALKER, 1999, p. 32).

Walker afirma que a ligação entre o imperativo categórico, a universalidade da lei e o querer não é tão evidente como Kant pensa que é, e que o filósofo disfarça essa falha, tentando esclarecê-la ao colocar a questão da racionalidade da lei moral. Ao tratar da universalização dessa lei, Kant exige mais do que a aplicação dela a todos os seres racionais; ele deseja que se trate casos iguais com igualdade.

A similaridade das ações poderia ocorrer mesmo em se tratando de ações ocorridas em tempo e espaço diferentes, pois, para Walker, Kant estaria interessado “[...] não diretamente na ação, mas na máxima do agente: o princípio segundo o qual o agente atua” (WALKER, 1999, p. 32). O agente deve considerar que o que é bom para ele deve ser bom para os demais; o que Walker, a exemplo de Kelsen, percebe, é que o bom para mim e para os outros pode ser moralmente inviável.

Segundo Walker, Kant não esclarece de modo satisfatório a relação entre a universalização das máximas e o dever. Pode-se cumprir o dever apenas por imposição da norma e não por cumprimento do dever pelo dever conforme a lei moral e, sendo a moral interior, não é possível verificar de modo satisfatório quando o dever é cumprido por racionalidade e quando ele é cumprido pelo poder da coação.

Walker chama a atenção para o fato de, ao reformular o imperativo categórico, Kant apresentar duas novas idéias: a do reino dos fins e a de autonomia. Para o crítico, ao aliar o imperativo categórico ao reino dos fins, Kant adota uma perspectiva mais romântica, em que os projetos pessoais de cada habitante desse reino possível, mas não real, devem ser respeitados, pois todos agiriam de acordo com o imperativo categórico, promovendo a felicidade de todos.

Ao aliar o imperativo categórico com a autonomia, segundo Walker, Kant introduz o princípio de autonomia, traduzido por Walker como “[...] jamais escolher senão de modo que as máximas da escolha estejam ao mesmo tempo compreendidas no mesmo querer como lei universal” (WALKER, 1999, p. 40).

A autonomia está na vontade que é boa e livre, conduzindo a agir com racionalidade, isenta de qualquer interesse pessoal, de acordo com a razão prática pura e com o imperativo categórico. Enquanto ser autônomo, o homem legisla para si mesmo, outorgando-se uma lei universal que está em todos os seres racionais. Todo ser racional é livre e autônomo, e essa liberdade está no fato de se agir respeitando o dever, de acordo com a vontade livre e boa.

A autonomia de vontade permite ao homem fazer a sua autolegislação, agindo com moralidade e não contrariando a sua liberdade interior. Mas essa não é a única forma de liberdade que o homem não deve contrariar, pois também há a liberdade exterior, que é o agir de acordo com a legalidade.

2.3 Moralidade e legalidade

Kant observa que há duas legislações simultâneas que atuam sobre o homem. A primeira está de acordo com a moral, com a ética em sentido estrito e com o cumprimento do dever; a segunda, de acordo com o direito, com as leis que regulam as relações externas.

Enquanto o direito regula os interesses pragmáticos das ações humanas, a moral está relacionada com o dever, com o respeito pela lei. Tosel comenta:

La législation juridique met entre parenthèses la réalité des intérêts pragmatiques qui déterminent l'action pour ne s'intéresser qu'à la conformité ou non conformité d'une action avec la loi. Elle n'est pas déterminée par le respect de la loi comme telle. La législation morale, en revanche, est celle par laquelle l'action est accomplie pour obéir à la loi du devoir, par respect de la loi morale. Ces deux législations ne sont pas tant opposées que dialectiquement complémentaires. Si la législation juridique tient la catégorie d'obligation formelle de la législation morale, laquelle maintient une priorité, elle se révèle être une condition logique effective de possibilité de cette dernière qui la commande¹⁰ (TOSEL, 1990, p. 41/2).

Moral e direito encontram-se paralelamente relacionados em toda obra jurídica kantiana, possuindo a liberdade como pano de fundo desse contexto. O que diferencia a moral do direito, para Kant, é o motivo pelo qual a legislação é obedecida. Se uma ação é de acordo com o foro íntimo do indivíduo, o cumprimento do dever pelo dever, ela é de acordo com a moralidade, mas se uma ação é de acordo com as leis externas ao indivíduo, ela é de acordo com a legalidade.

Kant define a moralidade como a “[...] relação de toda ação com a legislação, através da qual somente se torna possível um reino dos fins” (KANT, 1974, p. 233). Essa legislação brota da vontade de todo ser racional, que faz da sua máxima uma legislação universal. A ação proveniente da moralidade é uma obrigação prática, ou seja, um dever.

¹⁰ A legislação jurídica coloca entre parênteses a realidade dos interesses pragmáticos que determinam a ação para só se interessar à conformidade ou não conformidade de uma ação com a lei. Ela não é determinada pelo respeito à lei como tal. A legislação moral, em compensação, é aquela pela qual a ação é realizada para obedecer à lei do dever, por respeito à lei da moral. Estas duas legislações não só não são tão opostas como dialeticamente complementares. Se a legislação jurídica mantém a categoria de obrigação formal da legislação moral, a qual garante uma prioridade, ela se revela ser uma condição lógica efetiva de possibilidade desta última que a conduz.

A moralidade não está na ação no momento em que ela se efetua ela a antecede, já que, de acordo com Kant, ela é uma lei da vontade, pois é a vontade que, sendo livre, determina o cumprimento do dever de acordo com o imperativo categórico. Kant diz: “[...] a possibilidade moral tem que preceder a ação; pois neste caso não é o objeto e sim a lei da vontade o fundamento determinante da ação” (KANT, 2002, p.93).

Se o agir moral está de acordo com o cumprimento do dever, o agir jurídico está relacionado a outros fatores, ou seja, ao cumprimento de necessidades internas e externas para a sua realização. O agir pela legalidade é o agir de acordo com a lei positiva por diversos motivos: pelo temor de uma sanção ou de uma repreensão, de escândalo, de prejuízos, entre outros móveis.

A propósito desta diferença entre moralidade e legalidade, Kant escreve:

A simples conformidade ou não de uma ação com a lei, independente do motivo para ela, denomina-se legalidade (licitude); mas aquela conformidade na qual a idéia do dever que emerge da lei é também motivo da ação, é chamada de sua moralidade (KANT, 2003, p. 72).

De acordo com essa diferenciação, Leite define a legalidade em Kant como “[...] a conformidade das ações humanas com as leis” (LEITE, 1996, p. 34). Disto podemos afirmar que a moralidade leva em consideração a intenção das ações humanas, enquanto que a legalidade só considera importante as intenções que se exteriorizam, confrontando-se com a liberdade do outro.

Bobbio, ao escrever Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, afirma que não só há um tipo de distinção entre moralidade e legalidade na obra de Kant, mas elenca várias, dizendo que uns são explícitos e outros implícitos. Primeiramente, o filósofo italiano afirma que o primeiro critério de distinção é puramente formal, concerne à forma da obrigação.

A forma da obrigação moral é “estar de acordo com o dever”, não bastando que ela seja coerente com o dever, como enunciou Kant na citação anterior. Para Bobbio:

Tem-se a moralidade quando a ação é cumprida por dever; tem-se ao invés a pura e simples legalidade quando a ação é cumprida em conformidade ao

dever, mas segundo alguma inclinação ou interesse diferente do puro respeito ao dever. 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, 1997, p. 54).

O que determina se a ação está de acordo com a moralidade ou com a legalidade é a sua motivação; uma ação é moral se seu cumprimento se deu de acordo com o dever e é legal se seu cumprimento se deu por inclinação, por interesse ou por cálculo.

Uma ação pode então estar de acordo com a moral e com o direito se a lei moral, que determina a vontade, fizer como regra prática que o cumprimento de uma ação moral esteja em conformidade com o cumprimento da lei, agindo o sujeito por consciência da necessidade do cumprimento do seu dever para com todos, devendo a lei ser o fundamento determinante dessas ações.

Para Kant, nessas ações: “[...] se a ação não deve conter simplesmente legalidade, mas também moralidade, tudo tem de estar voltado para a representação da lei como fundamento determinante” (KANT, 2002, p. 192); sendo esta lei determinante a lei moral.

A legalidade, para Kant, é produzida pela virtude pura, que faz com que o homem prefira cumprir a lei por respeito a ela, furtando-se a obtenção de vantagens, seduções ou deleites que possa usufruir com o seu cumprimento. O homem, assim, agiria de acordo com o espírito da lei, ou seja, com a moralidade. O filósofo considera que “A letra da lei (legalidade) seria encontrável em nossas ações, mas o espírito das mesmas de modo algum em nossas disposições (moralidade)” (KANT, 2002, p. 240).

Quanto mais pura for a moralidade, mais espaço ocupará no coração do homem, sendo na abnegação dos interesses pessoais, na preocupação com o cumprimento do dever e com o sofrimento, que ela melhor se apresenta. A moralidade estaria relacionada com a virtude e a santidade.

O cumprimento da lei positiva conduz ao mérito, mas o cumprimento de uma ação moral conduz ao dever e este vale muito mais do que o mérito para Kant, pois só o dever pode penetrar a alma do homem, sendo o mesmo inviolável, respeitando a todo ser humano e a sua própria consciência.

Dessa diferenciação entre ações com motivação interna e externa, deveres internos e externos, ações externas e internas, Kant continua distinguindo moralidade de legalidade. Para Bobbio, Kant, quanto utiliza as expressões interno e externo quer dizer que:

[...] a ação é legal e externa pelo fato de que a legislação jurídica, dita portanto legislação externa, deseja 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, enquanto a legislação moral, que é dita, portanto, interna, deseja uma adesão íntima às suas próprias leis, uma adesão dada com intenção pura, ou seja, com a convicção da bondade daquela lei” (BOBBIO, 1997, p. 56/7).

O dever jurídico obriga simplesmente ao agir de acordo com a lei, enquanto o agir moral obriga a uma ação de puras intenções. Para se ser honesto é preciso apenas agir sempre conforme a lei, para se ser moralmente bom e honesto é preciso cumprir o dever.

Kant também separa inclinação de dever, quando trata de moralidade e legalidade. Para Galeffi,

[...] Sobre a base desta distinção, ele afirmara a outra distinção entre moralidade e legalidade, no sentido de que só quando a causa da nossa ação deriva exclusivamente do dever, é que nós realizamos a primeira, ao passo que, quando somos movidos apenas por inclinações, os nossos atos não vão além de uma pura conformidade exterior às exigências da vida moral, isto é, não saem dos limites da simples legalidade (GALEFFI, 1986, p. 194).

A inclinação que um homem possui para seguir a lei não o torna moralmente bom, pois, do cumprimento da lei pode lhe advir alguma vantagem. Os fariseus, que entraram para a história como sinônimos de hipocrisia, eram, de acordo com Kant, cumpridores da lei, mas moralmente condenáveis. O importante é sempre ter como base para as ações o cumprimento da lei moral, sendo ela a única forma de condução do homem à verdadeira felicidade, pois

está de acordo com o cumprimento do dever e com a liberdade interior, que é fruto da razão pura prática.

Kant é um jusnaturalista e distingue a moral do direito como o faz com a moralidade e a legalidade, colocando o direito como exterior e a moral, como interior. Para o jusnaturalismo, ao Estado, como representante do direito, possuidor do poder de coagir, não caberia se intrometer no foro íntimo dos seus membros. O Estado possui limites, e entre eles estaria o de respeitar a individualidade dos seus partícipes.

Essa separação entre direito e moral como resultado da diferença entre moralidade e legalidade pelos jusnaturalistas foi deveras importante, pois permitiu que, com a limitação do poder dos Estados a quem competia elaborar e estabelecer as regras do cumprimento das leis estes passassem a não intervir na consciência individual de seus membros, abolindo, no campo legal, a intervenção da Igreja, que até então se mesclava com a dos Estados.

Moral e direito não se confundem, mas possuem o mesmo objetivo, que é assegurar a liberdade do homem, considerando-o sempre como um fim em si mesmo. Para Leite, “O que ocorre é que enquanto a moral busca a liberdade interna, a independência do sujeito em relação a todo móbil que não seja o dever autônomo, o direito realiza a liberdade do agir externo na convivência com os demais” (LEITE, 1996, p. 35). É no direito que a ação se exterioriza, confrontando-se com o arbítrio dos homens.

CAPÍTULO 3 - O CONCEITO DE DIREITO

Kant separa a Metafísica dos Costumes em Doutrina do Direito e Doutrina da Virtude, seguindo a separação entre moral e direito. A Doutrina do Direito é, para Kant, “[...] a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa” (KANT, 2003 p. 75). Essa doutrina também pode receber o nome de jurisprudência ou ciência jurídica.

Na jurisprudência, o jurisconsulto é um conhecedor das leis externas e de sua aplicação aos casos da experiência. Na ciência jurídica, o conhecimento do direito está ligado ao direito natural e a qualquer princípio imutável do direito positivo.

Em 1793, ou seja, sete anos antes da publicação da Metafísica dos Costumes, Kant escreveu um texto intitulado Sobre a expressão corrente: “Isso pode ser correto em teoria, mas nada vale na prática” e aí ele dá a sua primeira definição do direito como sendo a “[...] la limitacion de la liberté de chacun á la condicion de son accord avec la liberté de tous, en tant qu'elle est possible suivant une loi universel”¹¹ (KANT, 1990, p. 47).

A definição kantiana do direito não é empírica, isto é, baseada no direito positivo, pois, se assim o fosse, ela não poderia determinar o que é justo e o que não é. Kant busca um critério universal que separe o que é certo do que é errado, pois se se prendesse ao direito positivo, limitar-se-ia a separar o lícito da ilicitude, deixando a questão da justiça como impossível de ser resolvida.

Para Kant, o conceito de direito vincula-se a uma obrigação moral correspondente, por isso ele é um conceito moral de direito, que considera a relação prática, ou seja, externa entre as pessoas na medida em que elas gerem influências entre si; a relação entre a minha escolha e a do outro e a forma pela qual se realizam essas escolhas, pois todos que escolhem são livres.

¹¹ [...] a limitação da liberdade de cada um à condição de sua concordância com a liberdade de todos, tanto quanto for possível seguindo uma lei universal.

No dizer de Höffe: “*Obligation signifie ici non pas um devoir simplement technique ou pragmático-pratique, mais un devoir moral*”¹² (HÖFFE, 1993, p. 175).

O direito, na Metafísica dos Costumes, será apresentado como “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem em conformidade com uma lei universal” (KANT, 2003, p.76).

Podemos afirmar, portanto, que a definição kantiana do direito é puramente racional e os institutos jurídicos apresentados por Kant possuem sua origem *a priori*, o que, para Bobbio, configura que a doutrina do direito “[...] pode muito bem ser designada como uma dedução transcendental do direito e dos institutos jurídicos fundamentais a partir da razão prática pura” (BOBBIO, 1997, p. 67).

O conceito moral de direito tem a ver com uma obrigatoriedade que a ele corresponde, como diz Höffe, mas não como uma obrigação qualquer. Essa obrigação está de acordo com a ação livre sob um imperativo categórico da razão. O imperativo categórico estará presente em todas as divisões do direito kantiano: no direito público, no direito privado e no direito político.

O conceito kantiano do direito constitui-se de três elementos: “[...]em primeiro lugar, somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa para com a outra, na medida em que suas ações, como fatos, possam ter influência (direta ou indireta) entre si” (KANT, 2003, p. 76). Kant coloca o direito no campo das relações intersubjetivas, em que as relações entre os homens são externas. As relações externas entre os homens são práticas, devendo as mesmas terem, para caracterizar o direito, conveniência e cortesia aliadas a um ato moral.

Kant acrescenta: “mas, em segundo lugar, não significa a relação da escolha de alguém com a mera aspiração (daí, por conseguinte, com a mera necessidade) de outrem, como nas

¹² “Obrigação significa aqui não um dever simplesmente técnico ou pragmático-prático, mas um dever moral”

ações de beneficência ou crueldade, mas somente uma relação com a escolha do outro” (KANT, 2003 p. 76). A escolha aqui colocada deve ser entendida como arbítrio, e não como mero desejo. A relação jurídica se estabelece na relação entre dois arbítrios e não entre dois desejos ou entre um arbítrio e um desejo.

Arbítrio é a consciência da possibilidade de alcançar um fim, enquanto desejo é a representação de um objeto colocado como um fim. O campo do arbítrio é o campo do comportamento real e não o do dever-ser. Aqueles que possuem arbítrio numa relação são aqueles que possuem a capacidade de alcançar o objeto do desejo, e disso têm consciência.

Ao tratar do arbítrio como escolha, e dele na relação que é jurídica e na que não é, Kant exemplifica os atos de beneficência e os de crueldade. Ao ser benévolos, o sujeito benevolente possui a escolha de praticar ou não o gesto de bondade, enquanto que o beneficiado, por tal gesto, só possui a passividade de receber, possuindo não o arbítrio, mas o simples desejo de receber o benefício.

Na crueldade, o sujeito que a pratica possui o arbítrio de realizar o mal feito, mas a sua vítima não deseja, de modo algum, ser submetida ao sofrimento. Com isso, Kant quer demonstrar que não basta só a intersubjetividade para que ocorra uma relação jurídica é necessário outro elemento: a reciprocidade entre os arbítrios.

Kant coloca como terceiro elemento para o conceito moral de direito que “[...] nessa relação recíproca de escolha, não se leva de modo algum em conta a matéria da escolha, isto é, o fim que cada um tem em mente com o objeto do seu desejo [...] Tudo o que está em questão é a forma na relação da escolha por parte de ambos[...]” (KANT, 2003, p. 76).

Entende-se que o direito não está preocupado com os fins ou utilidades das escolhas, mas com a forma em que as relações jurídicas ocorrem e que interesses devem ser por ele regulados. Pode-se dizer que desse terceiro elemento se origina o formalismo jurídico, pois o direito não prescreve o que se deve fazer, mas o como se deve fazer.

É também graças a esse terceiro elemento que alia o formalismo jurídico à lei universal de liberdade, que Kant formula o seu princípio universal do direito, que diz: “Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal” (KANT, 2003, p. 77).

Todo aquele que impede o exercício da ação de outrem produz injustiça, já que a resistência é um obstáculo ao exercício da liberdade. O que proporciona o exercício da liberdade de ação dentro de critérios justos é o direito, que possibilita o exercício de ações livres que se limitam ao respeito pela liberdade dos outros. Para Leite, “A liberdade de cada um é limitada exclusivamente em função da liberdade das outras pessoas, e isso com base na igualdade dos direitos de liberdade” (LEITE, 1996, p. 36/7).

A legislação positiva surge com o dever de respeitar esse exercício de liberdade. Contudo, surge o problema do que é justo ou injusto. Uma doutrina completamente positiva do direito e que não leva em consideração os seus elementos constitutivos seria acéfala, pois reprime a decisão sobre o que é justo e injusto. Kant quer saber o que o direito deve ser e isso implica o problema da justiça.

Na Metafísica dos Costumes, Kant trata da justiça civil, ou seja, da relação mútua entre os homens, e da justiça criminal, que compreende a relação entre os indivíduos e o direito de perdoar e punir. A justiça civil pode ser comutativa e protetora, fazendo parte do direito privado, e distributiva, sendo esta de direito público.

A justiça, em sua forma, distributiva e comutativa é *a priori*, fazendo parte do direito natural. A justiça na sua forma privada é própria do estado de natureza, já a forma distributiva só ocorre no estado civil. Na sua forma privada, a justiça carece da proteção de um tribunal para a garantia da sua aplicação; só a justiça distributiva possui o poder de coerção, garantindo a sua aplicabilidade, por ser proferida por um tribunal.

No concernente à justiça criminal, ela é retributiva, pois baseia-se no princípio de igualdade ou justiça do talião. Kant diz: “Há somente o direito de talião (*jus talionis*) que possa proporcionar determinadamente a qualidade e a quantidade da pena, porém com a condição bem entendida de ser apreciada por um tribunal[...]” (KANT, 1993, p. 177).

A justiça penal kantiana leva em consideração o respeito pelo ser humano, possuidor de personalidade inata, considerando-o sempre como um fim e não como um meio. A punição, para ser justa, deve ser previsível e imparcial.

Kant também trata da justiça divina que, segundo o filósofo, não deve ser entendida por analogias com a justiça humana em qualquer forma que ela se apresente. Ela não é punitiva, tampouco reconhece direitos e obrigações, que são parte da justiça humana, ela é estabelecida entre os seres humanos que são possuidores de uma alma imortal, e a divindade.

A justiça enquanto problema, em Kant, apresenta-se na diferenciação do justo do injusto. Para corresponder a um ideal de justiça, Kant define o direito como sendo: “[...]uma noção do arbítrio da ordem racional prática pura, subordinado a leis de liberdade” (KANT, 1993, p. 68). O critério da igualdade e da liberdade entre os indivíduos e da universalização da máxima é que definem a ação considerada justa. Segundo Bobbio:

O que Kant visa é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve adequar-se para poder ser considerada como justa. Ainda que nenhuma legislação existente correspondesse plenamente aquele ideal, a definição de Kant não seria menos verdadeira, uma vez que indica somente o ideal-limite ao qual o legislador deverá adequar-se e não uma generalização derivada da experiência (BOBBIO, 1997, p. 71).

Segundo Bobbio, o ideal kantiano de justiça corresponderia à justiça como liberdade. Para Kant, o fim último do direito seria a liberdade. Para poder viver em liberdade de modo que não existisse violação das liberdades individuais, os homens constituiriam o estado civil e, com ele, o direito, dotado de poder coercitivo, assegurando o exercício da liberdade de todos.

O direito limita as liberdades individuais, mas assegura o desenvolvimento da personalidade de cada membro do estado civil. Se o ideal do direito estabelecesse somente a ordem ou a igualdade entre os membros do estado civil, não existiria a plenitude da justiça, pois um direito que ordena é útil até a constituição de um estado civil, e a igualdade, tão somente, também não serve como critério para a justiça, pois até na escravidão, que é um estado injusto, pode existir igualdade entre os escravos, como exemplifica Bobbio.

A injustiça, para Kant, estaria na interferência que uns fariam aos outros para que estes exercessem a sua liberdade. De acordo com Kant, “[...] todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça, pois este obstáculo (resistência) não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal” (KANT, 2003, p. 77).

Mesmo querendo-se violar a liberdade de outrem, não se poderia, pois seria violada a máxima de agir justamente, o que configuraria violar o dever que a ética impõe. O que limita a liberdade de cada um é o direito, e mesmo que os motivos das ações não sejam virtuosos e que se tente calar a lei moral que está em todo indivíduo, a coercitividade do direito garante o cumprimento justiça.

O direito à liberdade é um direito natural e este, em um estado civil “[...] não pode sofrer ataque por parte das leis positivas; e deste modo conserva toda a sua força[...].” (KANT, p. 77/8, 1993). Esse direito é o único direito inato, pois os outros direitos que são considerados inatos, como a igualdade, na realidade são compreendidos dentro do princípio da liberdade inata. Segundo Bobbio, Kant ao reduzir os direitos inatos à liberdade “[...] mostra que o direito de liberdade é verdadeiramente a base sobre a qual entende montar todo sistema” (BOBBIO, 1997, p. 75).

A compatibilidade da liberdade de agir segundo uma lei universal é tratada por Höffe como mais uma formulação do imperativo categórico, pois a introdução de uma lei universal do direito é uma variante da lei moral do direito, que forma um imperativo.

Essa possibilidade do exercício das liberdades individuais só pode existir graças à faculdade coercitiva do direito. Para Galeffi, “[...] só a condição de ser a nossa vontade completamente livre, as ações exteriores não excluem, ao contrário, uma imposição, ou seja, uma coação na qual justamente consiste a forma operante do direito” (GALEFFI, 1986, p. 194).

3.1 A faculdade de coagir do direito

Para Kant, o direito necessita ter uma competência coercitiva, já que não é o dever que move o direito como ocorre na lei moral, mas o seu fim é a preservação da liberdade individual. É pela coação que se cria obstáculos para impedir que alguém intervenha na liberdade dos outros. Kant afirma:

[...] a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Conseqüentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola (KANT, 2003, p. 77/8).

O que Kant faz é retomar a doutrina de Thomasius, sendo esta proveniente do interior do próprio direito, assegurando, desta forma, o caráter coativo do direito, tido como evidente. O que Kant trás de inovador é o motivo pelo qual pode existir uma faculdade de coagir de homens para homens.

Essa faculdade coativa não estaria apenas presente quando alguém executasse uma ação contrária ao direito; ela estaria em toda estrutura do direito, permeando todo o agir humano, pois, se cabe ao direito cuidar das ações humanas exteriorizadas, não se pode, todavia, desprezar a moralidade dessas ações.

A ação jurídica é aquela que não impõe a sua execução pelo dever, pois se assim fosse, seria uma ação moral, mas é aquela que está conforme o dever. Pode-se cumprir essa ação não

por moralidade, mas simplesmente por medo de uma sanção e assim estaria-se agindo conforme o direito estrito que está isento de qualquer preceito da virtude.

O direito, em sentido estrito, é aquele que é completamente externo, não se mesclando com a moral. Ele pode utilizar-se do constrangimento externo para punir aquele que viola a liberdade de todos e também pode, ao mesmo tempo, coexistir com essa liberdade. Kant exemplifica:

Assim, quando se diz que um credor dispõe de um direito de exigir de seu devedor que pague sua dívida, isto não significa que ele pode lembrar o devedor que sua razão ela mesma o coloca na obrigação de fazer isso; significa, ao contrário, que a coerção que constrange a todos a pagar suas dívidas pode coexistir com a liberdade de todos, inclusive a dos devedores, de acordo com uma lei externa universal. Direito e competência para empregar a coerção, portanto, significam uma e única coisa (KANT, 2003, p. 78).

Kant demonstra que o direito subjetivo aparece como uma faculdade de obrigar. Eu tenho a obrigação de cumprir algo que está na lei por força do direito, já que o meu dever jurídico me obriga a cumprir o que prometi, pois está com o outro a faculdade de me obrigar e não posso fugir de cumpri-lo sob pena de sofrer uma sanção.

A coerção apresenta-se de várias formas: multas, repreensões físicas, perda de direitos e de bens, entre outros. Ela pode ser direta ou indireta (dependência social ou pobreza econômica). O critério para aplicação da coerção é, no dizer de Höffe, saber até que ponto ela é moralmente permitida, ela não pode significar vingança, autodefesa ou uma pena diferente da aplicada no direito criminal. Deve-se buscar o princípio que garanta a legitimidade da faculdade de coagir e o limite da sua aplicação . Para Höffe:

La principe légitime de la faculté de contraindre n'implique certes pas la justification de "importe quel type et de n'importe quel degré de contrainte. La contrainte n'est juste que dans la mesure où elle sert à empêcher l'injustice. Toute contrainte dépassant cette mesure devient elle-même injuste. La faculté de contraindre du droit n'est donc fondamentalement légitime qu'en tant que pouvoir restreint; la justification de la contrainte juridique n'est possible que si on limite en même temps cette contrainte¹³ (HÖFFE, 1993, p. 196).

¹³ O princípio legítimo da faculdade constrangimento não implica certamente na justificativa de não importa que tipo e não importa qual grau de constrangimento. Todo constrangimento que ultrapasse esta medida torna-se ele

A título de ser justa, Kant estabelece que a coerção que é moralmente legítima é a que se contrapõe a uma ação injusta. Mas há duas condições restritivas para a coerção legítima:

Em primeiro lugar, a coerção somente é permitida onde, aliás, já existe coerção, lá nomeadamente onde um outro invade o meu espaço legítimo de liberdade. A coerção legítima não ataca, mas se defende; ela não é nenhuma coerção agressiva, mas defensiva, em segundo lugar, é legítima unicamente aquela coerção que se volta contra uma injustiça. Do contrário, um ladrão, que impedisse a pessoa roubada de recuperar sua propriedade, estaria moralmente no seu direito (HÖFFE, 1998, p. 227).

A coerção jurídica legítima seria de duas formas: preventiva, quando se cria um obstáculo para que o ilícito não ocorra, mesmo sabendo-se da intenção do sujeito em cometê-lo, sendo este punido pela sua intenção; e restritiva, que é aplicada quando se busca um objeto roubado ou se faz com que o autor de um ilícito restitua de alguma forma um dano por ele causado. O que não se pode é retirar alguma vantagem dessa coerção.

Kant utiliza a idéia da dupla negação para falar de legitimidade e ilegitimidade na aplicação da coerção. Ao se criar um obstáculo para o exercício da liberdade do outro, age-se com ilegitimidade ou injustiça. Contudo, se esse outro for um ladrão, a criação do obstáculo é oriunda da coerção legítima. O obstáculo posto ao ladrão que, pelo seu mal feito, quer se intrometer no meu direito de posse é a negação da negação da ilegitimidade de frustrar a liberdade de outrem, ou seja, é uma coação legítima.

Kant compara a coerção à matemática pura, pois cabe à doutrina do direito dar a cada um o que é seu com precisão matemática; o que, em se falando de virtude, não se pode esperar. Contudo, há duas situações em que o direito se desvincula da coerção: a eqüidade e o direito de necessidade.

mesmo injusto. A faculdade de constrangimento do direito não é portanto fundamentalmente legítima a não ser como poder restrito; a justificação do constrangimento jurídico só é possível limitando-se ao mesmo tempo este constrangimento.

3.2 A equidade e o direito de necessidade

A equidade admite um direito sem coerção. Ela ocorre quando alguém reivindica algo como seu, mas não possui os meios de agir com coatividade. Kant fornece dois exemplos: no primeiro, o sócio de uma companhia faz pela empresa mais que os outros, contudo todos possuem a mesma cota na divisão de lucros; quando a companhia passou por reveses financeiros, todos perderam dinheiro, mas aquele que mais trabalhou perdeu mais do que os outros. Por meio da equidade, ele pode pedir uma compensação aos outros sócios, já que os seus prejuízos foram maiores, mas não há nenhum preceito de direito que o ampare.

No segundo exemplo, Kant trata de um servo que passou um ano para receber os seus salários e, quando recebeu, estes estavam depreciados, perdendo-se o poder de compra. Ele pode, então, através da eqüidade, pedir a atualização monetária.

A equidade é baseada no direito estrito e, segundo Kant, “[...] o direito mais estrito é a maior injustiça” (KANT, 2003, p. 81). Não havendo norma jurídica que garanta esse direito, ele só pode apelar para o tribunal da consciência para que seja reconhecido, correndo sempre o risco de não ser respeitado.

Com relação ao segundo caso do direito sem coerção, defronta-se com o direito de necessidade, que possui a coerção sem o direito a ela correspondente. Para Kant, “supõe-se que este pretenso direito seja a autorização a tirar a vida de outrem que nada faz para causar-me dano, quando corro o risco de perder a minha própria vida” (KANT, 2003, p. 81). Ele é o direito que contempla uma violência permitida contra mim.

Kant exemplifica com o caso de alguém que, em um naufrágio, para não perder a própria vida, empurra outrem que está com uma tábua que pode garantir a salvação de sua vida. O medo de ser punido pela lei penal é um evento incerto, enquanto a possibilidade de

morte é um fato evidente. Este naufrago que pode se salvar, mesmo cometendo um crime, não comete uma ação inculpável, mas impunível.

Para Kant, “a divisa do direito de necessidade é “a necessidade não tem lei (*necessitas non habet legem*)”. No entanto, não poderia haver necessidade alguma que fizesse o que é injusto se conformar a lei” (KANT, 2003, p. 82). A impunibilidade do direito de necessidade não torna a ação justa, se a pena não existe. A culpa não poderia, nestes casos, ser excluída.

A conservação da própria vida, no caso apresentado por Kant, torna-se um direito superior, contudo não um direito em sentido estrito, pois é um direito injusto, de acordo com o direito natural em um estado de natureza. O dever deveria ser a preservação da vida de outrem; mas quando esse dever se conflita com a preservação da própria vida, o dever é dispensado graças à própria conservação.

Com relação a esses dois casos em que há uma anomalia do direito, Bobbio comenta:

A anomalia desses dois casos está portanto no fato de que, enquanto a normalidade da relação entre direito e coação exige que o direito seja satisfeito e o erro remediado, aqui existe de um lado um direito não satisfeito, do outro um erro não remediado. Em outras palavras, seria possível dizer assim: a natureza da justiça implica em que seja dada razão a quem tem razão e negada a quem não tem. Nos dois casos anômalos, porém, existe esta alteração: no primeiro caso, uma pessoa tem razão e não lhe é dada, no segundo caso, uma pessoa não a tem e lhe é dada (BOBBIO, 1997, p. 81).

A eqüidade e o direito de necessidade não são totalmente fora do direito e pertencentes ao âmbito da virtude, por isso são casos anômalos do direito. Kant trata deles em separado antes de adentrar a doutrina do direito propriamente dita, em que a faculdade de coagir está determinada por leis.

3.3 A divisão do direito

Na primeira divisão do direito que pudemos observar no pensamento de Kant, como filósofo do século XVIII, percebemos elementos próprios dos pensadores jusnaturalistas, tais

como a idéia do contrato social, a saída do estado de natureza para o estado civil e a constituição republicana.

Nessa primeira divisão, o direito se bifurca em direito natural e direito positivo. Essa divisão é denominada por Kant como uma divisão geral dos direitos e nela o direito natural é definido como aquele que “[...]se apóia somente em princípios a priori [...]” (KANT, 2003, p. 83), e o direito positivo como aquele que “[...] provém da vontade de um legislador (KANT, 2003, p. 83).

O direito natural não é, portanto, estatutário, é um sistema de leis racionais jurídicas *a priori*; ele não está apenas no estado de natureza, mas também se apresenta no estado civil. A lei natural provém da vontade unida do povo, da própria razão legisladora, que é aquela que “[...] estende seus comandos e proibições mesmo além das fronteiras da vida” (KANT, 2003, p. 140).

Para Kant,

Se entendermos por direito natural somente o direito não-estatutário, daí simplesmente o direito que pode ser conhecido a priori pela razão de todos, o direito natural incluirá não apenas a justiça que tem validade entre as pessoas em seus intercâmbios mútuos (*iustitia commutativa*), como também a justiça distributiva (*iustitia distributiva*), na medida em que pode ser conhecido a priori de acordo com o princípio da justiça distributiva como suas decisões (*sententia*) teriam que ser alcançadas (KANT, 2003, p. 141).

As leis naturais, provenientes do direito natural, são dotadas de coercitividade e servem de medida ideal para o legislador das leis positivas. Cabe ao legislador basear a lei civil de acordo com a lei natural, dando-lhe coercitividade pública externa, garantindo a sua não violação, garantindo a executabilidade da justiça distributiva.

Cabe ao direito positivo, como vontade de um legislador que representa a vontade coletiva do povo, promulgar leis que estejam de acordo com o direito natural. Contudo, pode ocorrer que este legislador promulgue leis que vão de encontro ao direito natural, o que acarreta um problema. Mesmo assim, assevera-nos Kant, essas leis devem ser cumpridas, pois “[...] é um imperativo obedecer à autoridade atualmente no poder, não admitindo o direito de

resistência” (TERRA, 2004, p. 29). Deve-se, para Kant, obedecer-se ao poder legislativo, seja qual for a sua origem.

O direito positivo possui a sua origem na saída do estado de natureza para o estado civil. Observe-se que o estado de natureza não existiu de fato, mas é uma idéia racional. O estado de natureza não é, para Kant, um estado de injustiça, mas de ausência de justiça, pois não há um juiz que possa decidir sobre questões controversas, garantindo a cada um o que é seu. As aquisições no estado de natureza são meramente provisórias, pois não há uma sanção pública que garanta a justiça distributiva pública.

É da passagem do estado de natureza para o estado civil que surge o Estado, definido por Kant como “[...]a união de uma multidão de seres humanos submetidas a leis de direito” (KANT, 2003, p. 155). Para Galeffi, a formação do Estado é fundamental para o direito, pois “[...] um direito no verdadeiro sentido da palavra existe unicamente dentro do Estado e por meio dele” (GALEFFI, 1986, p. 195).

De acordo com Muglioni, o surgimento dos Estados obedece a um acordo entre os homens, que é fruto da razão e do direito, acrescentando ainda que o princípio político que forma os Estados está de acordo com a moral e a liberdade, e não com a economia e a prosperidade. Muglioni comenta:

Le hommes ont besoin le uns dès autres et à cette fin forment une société. Mais il n'y aurait que des groupements d'intérêts toujours instables et non des États si leur accord n'était fondé sur le dessein de s'unir em une république, chose publique, être ou corps commun, qui n'est pas seulement un moyen (au service du bonheur de tous) mais une fin inconditionnée, c'est-à-dire désirable pour elle-même: l'accord des hommes selon la raison, le droit. Le principe de la politique est moral et non économique, c'est la liberté, non la prospérité¹⁴ (MUGLIONI, 1990, p. 15).

¹⁴ Os homens precisam uns dos outros e com este fim formam sociedade. Mas não haveriam mais do que agrupamentos de interesses sempre instáveis e não Estados se o acordo entre eles não estivesse fundamentado em um desejo de se unir em uma república, coisa pública, ser ou corpo comum, que não é somente um meio (a serviço da felicidade de todos) mas um fim incondicional, quer dizer desejável em si mesmo: o acordo entre os homens segundo a razão, o direito. O princípio da política é moral e não econômico, é a liberdade, não a prosperidade.

Estado é fruto do estado civil, em que está vinculada a necessidade da garantia da propriedade. No estado civil, o Estado interfere na propriedade privada dos súditos, já que é o proprietário supremo do solo e é como tal que permite a existência e a conservação da propriedade particular. Cabe ao Estado a soberania territorial, podendo ou não possuir propriedades para exploração econômica.

Para Kant, o Estado não deveria ter propriedades privadas, pois, como proprietário privado do solo, pode cobrar impostos e até interferir nos estatutos das propriedades dos seus súditos, podendo até mesmo aboli-las, desde que indenize os prejudicados. Kant é um crítico do feudalismo.

Cabe ao Estado permitir e garantir a liberdade de pensamento, de religião e econômica, devendo manter relações comerciais e culturais com outros Estados. É o Estado o mantenedor da condição jurídica, que é “[...] aquela relação de seres humanos entre si que encerra as condições nas quais, exclusivamente, todos são capazes de fruir seus direitos” (KANT, 2003, p. 150). Dentro da condição jurídica é que é possível a justiça pública, ou seja, “[...] a idéia de uma vontade que legisla para todos[...]”(KANT, 2003, p. 150).

O direito natural, portanto, está presente numa segunda divisão do direito entre direito público e direito privado, ambos derivando da saída do estado de natureza para o estado civil. Cabe ao direito privado regular as relações entre os indivíduos, possibilitando-lhes o desenvolvimento de suas atividades, de modo que todos tenham a mesma liberdade, sem que um interfira na esfera do outro. Ao direito público compete a organização e o funcionamento do Estado, assegurando o desenvolvimento dos interesses comuns.

De acordo com Kant:

Do direito privado no estado de natureza procede o postulado do direito público: quando não podes te furtar a viver lado a lado com todos os outros, deves abandonar o estado de natureza e ingressar com eles num estado jurídico, isto é, uma condição de justiça distributiva (KANT, 2003, p. 151).

Segundo Kant, esta divisão se dá deste modo por ser o direito privado proveniente do estado de natureza, pois há sociedade neste estado, embora não esteja civilmente constituída, o que só ocorre no estado civil. Esta sociedade constituída terá não só o direito privado, mas também o direito público.

Kant define o direito público como “o conjunto das leis que precisam ser promulgadas, em geral a fim de criar uma condição jurídica” (KANT, 2003, p. 153). O direito público se volta para todo o povo, que se afeta entre si, estando unido sob uma única vontade.

Na sua origem, o direito que mais adiante seria o direito público, ainda só na qualidade de direito positivo, é um direito da força e a coerção do direito público vai ter nele o seu fundamento, como nos diz Kant em À Paz Perpétua. O direito positivo vai, aos poucos, legitimando-se pela autonomia do povo, soberano ao legislar.

É através do antagonismo que a sociedade e, consequentemente, o direito, aprimoram-se, até que a sociedade civil possa formar uma constituição (Kant defende que esta seja a republicana) que possa administrar o direito para todos. Esse antagonismo é chamado de insociável sociabilidade. Pelo fato de serem insociáveis, os homens competem entre si e terminam por evoluírem para o seu aprimoramento social, dando origem ao direito. Tosel comenta:

L'état civil est exigé comme postulat de la raison, em fonction de la constitution de celle-ci, comme exercice de la contrainte légale qui est fondamentalement opposée à la violence. Ainsi s'accomplit la mise en place définitive de la sphère du droit privé et l'exercice du droit naturel de liberté, rendu impossible jusque-là par la violence immanente à l'insociable sociabilité de l'état de naturel. Le droit public n'est pas l'antithèse du droit privé, il est son intégration et sa réalisation. La différence entre droit privé et droit public n'est donc pas de matière, de contenu, mais de forme; car la forme comme telle relève du droit public¹⁵ (TOSEL, 1990, p. 62/3).

¹⁵ O estado civil é exigido como postulado da razão, em função da constituição desta como exercício do constrangimento legal que é fundamentalmente oposto à violência. Assim se cumpre o papel do direito privado e do exercício do direito natural de liberdade, tornado possível até então pela violência imanente à precária sociabilidade do estado natural. O direito público não é a antítese do direito privado, ele é sua integração e a sua realização. A diferença entre o direito privado e o direito público não é de matéria, de conteúdo, mas de forma; porque a forma como tal procede do direito público.

É pela insociável sociabilidade que os homens formam o estado civil, respeitando as liberdades individuais. Os Estados assim constituídos estão propensos a passarem do estado de natureza e, entre eles, formar uma liga de nações que têm o poder de realizar a paz entre os povos.

O Estado assim formado deve possuir, para Kant, três poderes: o executivo, o legislativo e o judiciário. Esses poderes estão em consonância entre si, de modo que, em suas ações eles se coordenam, se associam e se subordinam. Considerados em sua dignidade, Kant diz sobre esses três poderes:

[...] que a vontade do legislador (*legislatoris*) relativamente ao que é externamente meu ou teu é à prova de censura (irrepreensível); que o poder executivo do chefe supremo (*summi rectoris*) é irresistível e que a sentença do sumo juiz (*supremi iudicis*) é irreversível (inapelável) (KANT, 2003, p. 158).

O chefe do poder executivo é o governante do Estado; ele é o governo. O soberano não é este chefe, pois ele está sujeito à lei e o soberano não. O soberano é o legislador e a sua vontade, expressa como lei, é a representação da vontade coletiva do povo, que atua como co-legislador. O governante pode ser punido, já o soberano é aquele que exerce a punição, ele possui a “[...] suprema faculdade de exercer coerção em conformidade com a lei” (KANT, 2003, p 159).

Os veredictos devem ser dados pelos juizes, pois não cabe ao chefe do executivo ou ao soberano, julgar. É através dos seus concidadãos que um povo julga a si mesmo. O veredito de um juiz é um ato da justiça pública. O chefe do Estado não poderia jamais desempenhar o papel de juiz pois, caso cometesse uma injustiça, caberia ao injustiçado o direito de apelação, o que seria inferior à sua dignidade de chefe de governo.

Através do equilíbrio, do bom funcionamento dos três poderes, o Estado é feliz, pois o seu funcionamento está de acordo com os princípios do direito. A felicidade do Estado está de

acordo com a união entre os seus poderes, pois só assim ele age de acordo com as leis de liberdade.

Kant enumera os direitos do soberano do estado em três: a distribuição de empregos assalariados, a distribuição de dignidades com títulos honoríficos (divisão hierárquica entre superior e inferior) e o direito (relativamente benévolos) de punir.

Através do direito de punir e de perdoar, o soberano garante aos seus súditos que “nenhum homem pode carecer, no Estado de toda dignidade, porque teria, pelo menos, a de cidadão; exceto quando a haja perdido por algum crime” (KANT, 1993, 174). Ao tratar do direito de punir, Kant trata também da condição de cidadania dos súditos de um Estado, da condição de cada indivíduo como partícipe de um delito e de como a moral interfere e até determina a atribuição de uma pena nos delitos praticados. No direito penal kantiano, direito e moral se entrelaçam, demonstrando o quanto a condição dual dos sujeitos interfere nas ações do mundo sensível.

CAPÍTULO 4 - O FUNDAMENTO MORAL DA PENA

4.1 O direito de punir

Kant define o direito de punir como “[...] o direito que tem o soberano de atingir o súdito dolorosamente devido à transgressão da lei” (KANT, 1993, p. 175). A lei transgredida é a idealização da vontade de todos como partícipes do reino dos fins, os quais desejam revestir as suas máximas de um caráter de legalidade. Por este motivo, toda transgressão é passível de punição, devido à coatividade do direito.

Transgredindo a lei para a satisfação das suas vontades egoísticas e torpes, o homem comete um crime, que é definido como “[...] uma violação da lei pública que torna alguém que a comete inapto à cidadania [...]” (KANT, 2003, p. 174). Os crimes podem ser públicos e privados, sendo os públicos aqueles que põem em perigo a coisa pública e, privados, os que põem em risco uma pessoa individualmente.

Os que cometem crimes o fazem por má índole ou por índole violenta e, seja por qualquer motivo que leve à transgressão da lei, cabe ao soberano, de acordo com Kant, não só punir o infrator, mas punir dolorosamente. O soberano é aquele que pune, mas não pode ser punido, devido à sua condição de chefe do Estado, de instância punitiva. Ele é a fonte do direito e, como tal, não pode ser punido.

Sendo a punição um atributo exclusivo do soberano, não cabe ao povo ou à vítima punir o criminoso, sob pena de o estado civil se converter em um estado de barbárie. O soberano é parte da sociedade; nele está representada a vontade coletiva do povo, embora com ela não se confunda, ele é, antes de tudo, a fonte e a garantia da aplicação da lei.

Para Garapon, “o soberano, poderíamos ainda dizer, não se reserva o direito de punir; ele constitui-o pela sua posição de terceiro e de garante impessoal das leis públicas” (GARAPON, 2001, p. 35). Apesar de não existir punição para o soberano como fonte do

direito, o mesmo não se dá em relação a todos os governantes, pois na qualidade de pessoa física, o governante é punível. Ao perder um mandato temporal, o governante pode ser julgado e punido, por agora ser um cidadão comum.

Após considerar o soberano como instância punitiva, Kant expõe as razões da punição, sendo o próprio crime a sua única razão. A punição não deve ser arbitrária ou ser aplicada por vingança, utilidade ou remeter a processos secretos em que a crueldade humana na aplicação da pena é muitas vezes maior do que a prática delituosa. A pena deve ter previsão legal e obedecer a um tribunal. De acordo com Kant:

A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) - distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direito as coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda da sua personalidade civil. Ele deve previamente ter sido considerado punível antes que se possa de qualquer maneira pensar em extrair de sua punição alguma coisa útil para ele mesmo ou seus concidadãos. A lei da punição é um imperativo categórico e infeliz é aquele que rasteja através das tortuosidades do eudaimonismo, a fim de descobrir algo que libere o criminoso da punição ou, ao menos, reduz a sua quantidade pela vantagem que promete, de acordo com as palavras farisaicas: “É melhor que um homem morra do que perca um povo inteiro”. Se a justiça desaparecer não haverá mais valor algum na vida dos seres humanos sobre a Terra (KANT, 2003, p. 174/5).

Quando Kant expõe o motivo da punição, ele trata do princípio interno da pena e da sua finalidade externa. De acordo com Garapon, o que ele faz é exibir um problema simultâneo em que a razão de ser da punição e o seu efeito seja sobre o culpado ou sobre a sociedade são considerados.

Não se pune um criminoso para averiguar se ele de fato cometeu um delito, como fazia o direito medieval e inquisitório. O criminoso é punido porque realizou uma conduta punível. “O crime é a razão primeira e última da pena” (GARAPON, 2001, p. 36). A punição não se dá de forma preventiva, mas só após a culpabilidade do criminoso ter sido devidamente comprovada.

De acordo com Höffe, o direito de punir kantiano se constitui de cinco elementos que são essenciais à questão penal. Höffe diz: “*Le droit penal contient d'une manière étonnamment claire et condensée, cinq éléments essentiels à la question. Le droit de punir est (1) le droit (2) qu'a le souverain (3) envers celui qui lui est soumis (4) de lui infliger en raison de son crime (5) une peine dououreuse*”¹⁶ (HÖFFE, 1993, p. 235).

O direito seria, em sua forma penal, a faculdade que um magistrado (neste caso, o soberano) possui de punir, oriundo do contrato social entre os cidadãos, realizando-se como uma autorização ou faculdade subjetiva, e não objetivamente como uma simples disposição do direito penal.

Para Kant, a justiça penal difere da prudência penal, pois, de acordo com a justiça penal, toda penalidade a ser aplicada deve estar de acordo com a moral; já para a prudência penal, a pena dever ser pragmática, baseando-se em experiências acertadas para o combate ao crime. Só a justiça penal está de acordo com a razão prática pura.

Ao dividir a pena em natural e jurídica, Kant demonstra que a pena natural é de caráter puramente moral, ela equivale ao remorso e às torturas da consciência após a prática de um mal feito. O sofrimento moral, nesse caso, não pode ser medido ou avaliado, por ele ser exclusivamente de foro íntimo, sendo impossível a exteriorização de sua dimensão. Segundo Garapon:

A punição como castigo público não tem de inspirar este sentimento de culpabilidade, que seria de resto completamente impossível de medir ou apreciar. Ela encontra a sua única justificação no crime cometido: pune-se porque... e não para que... Por outras palavras; um indivíduo é punido enquanto, por um lado, é determinado a priori como punível e enquanto, por outro, cometeu efetivamente um acto punível (GARAPON, 2001, p. 36).

De acordo com Kant, a punição não visa à redenção do criminoso, a sua transformação em alguém melhor ou à proteção da sociedade. Se, por um acaso ocorrer, pela aplicação da

¹⁶ O direito penal contém de uma maneira surpreendentemente clara e condensada cinco elementos essenciais à questão: O direito de punir é (1)o direito (2)que tem o soberano (3) contra aquele que lhe é submetido (4) de infringir-lhe, em razão de seu crime, (5) uma pena dolorosa.

pena, de o criminoso se arrepender de seus atos e da sociedade tornar-se menos violenta, isso será um ganho social, mas, de forma alguma, pode ser o objetivo da pena, já que esta nunca deve se vincular a qualquer tipo de lucro. Para Kant, “[...] a justiça deixa de ser justiça se puder ser comprada por qualquer preço que seja” (KANT, 2003, p. 175).

A lucratividade na aplicação da pena, mesmo quando revestida de uma aparência moral, como no caso de um criminoso condenado à morte ceder o seu corpo para experimentos científicos sob a promessa de que esses experimentos são penosos mas trarão benefícios para a comunidade, é imoral, pois, para Kant, esse falso altruísmo cai nos cálculos da utilidade.

4.2 Kant e o utilitarismo

Ao comentar o direito penal kantiano, Garapon fala de utilitarismo fazendo um contraponto entre o pensamento de Sêneca e Kant. Se para Kant o utilitarismo é algo imoral, não se podendo nada ganhar com a punição, não importando o tempo em que o delito foi cometido, sendo inexistente qualquer justificativa para uma não punição, para Sêneca a punição a uma agressão passada configura um absurdo.

Garapon comenta: “[...] Sêneca já considerava chocante, irrazoável e absurdo que se punisse com um único título de uma agressão passada[...].” (GARAPON, 2001, p. 37). De acordo com Sêneca, a punição deveria ocorrer para prevenir crimes futuros, pois o que já foi feito no passado é irrevogável, mas ao futuro cabe a prevenção.

A justificativa para esse posicionamento, segundo Garapon, dar-se-ia por uma série de argumentos:

[...] a irreversibilidade do tempo (a punição de um crime não o anula, não impede que tenha sido cometido; é então preciso, para justificar a pena, apoiar-se no futuro); a identificação do papel de juiz com o de um médico [...]; finalmente, a exaltação de uma razão purificada das paixões tormentosas e punitivas (GARAPON, 2001, p. 37).

As paixões que atormentam o homem seriam a cólera e todas as suas derivações, que seriam contra a natureza humana. Segundo Garapon, para Sêneca, a punição de acordo com o crime configura punir por paixão, por uma espécie de vingança colérica, e não punir de acordo com a razão. Kant rompe com esse pensamento. Ao dividir os imperativos em categóricos e hipotéticos, o filósofo coloca o cumprimento da lei como um imperativo categórico, ou seja, de acordo com a razão prática pura. O utilitarismo seria, portanto, uma forma hipotética, que já possuiria em si mesmo o lucro.

A lei que estabelece a punição é um imperativo categórico, não cabendo à investigação criminal, que culmina com a aplicação da pena ao culpado, adentrar pelos tortuosos caminhos da felicidade, seja do criminoso ou da sociedade. O criminoso, para ser feliz, não pode ter abrandada a sua pena, pois ele é punível e indigno de honra, não sendo merecedor de ser feliz. A sociedade, por conseguinte, não pode se deleitar nos escuros caminhos da vingança, pois da punição não lhe pode advir vantagem alguma.

A punição kantiana está baseada no modo de entender o direito de punir em moldes puritanos. Prova disso é o rigorismo que Kant expressa ao determinar a medida da pena. Vale ressaltar, contudo, que Kant é um filósofo do século XVIII, ocasião em que o direito penal começa a ser discutido e reformulado.

Antes desse século, a equivalência das penas em relação aos delitos era inexistente, podendo-se ser condenado às galés aquele que furtava um pedaço de pão ou um objeto de pouquíssimo valor, ou ainda ser condenado à morte com extrema facilidade, pois a vida de um criminoso pouco valia, como nos narra João Bernardino Gonzaga em *A Inquisição em seu Mundo*. O jurista afirma:

No afã de castigar com severidade, o legislador não se preocupava em estabelecer o indispensável equilíbrio, que deve existir, entre o mal do crime e o mal da pena. Notadamente, a sanção mais comumente infligida era a capital, que alcançava até mesmo delitos que hoje consideramos de escassa importância (GONZAGA, 1994, p. 36).

Kant trás, em seu direito de punir uma medida de punição, que apesar de ser rígida e extremamente criticada, apresenta-se como humanismo. É de humanismo que Kant trata ao afirmar que a pena é imposta por um tribunal, mas ela é também a punição de um vício que pune a si mesmo. Por trás da prática delituosa está o “eu empírico” que se compraz em praticar um delito e se submete à punição do sujeito puro, o qual não se aceita enquanto sujeito que erra.

A punição está intimamente ligada à honra e à dignidade, mas, numa primeira leitura da ética kantiana, ela se encontra longe dos cálculos da utilidade, pois pena e lucro não podem ser causa e consequência um do outro.

Primeiramente, quando Kant decide tratar o ser humano como um fim e jamais como um meio, está sendo contra o utilitarismo. Ao enunciar os deveres para consigo mesmo na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, o seu antiutilitarismo está evidente.

No primeiro dever, o que se coloca é o problema de uma pessoa que tem a vida acometida por desgraças, a ponto de cair em desespero e sua vida se encher de tédio. Poderia esta pessoa acabar com a própria vida? Kant responde que se o suicídio se tornasse universalizável e a morte fosse útil para pôr fim às desgraças de uma existência infeliz, essa máxima se tornaria contrária ao cumprimento de todo dever.

No segundo dever, que é para com os outros, Kant trata do caso em que alguém pede dinheiro emprestado a outrem, sabendo que não poderá pagar. Neste sujeito há a consciência da promessa falsa, mas sem ela não poderá atingir o seu intento. Age-se não por dever, mas por amor de si. Se essa máxima de enganar os outros se tornasse universalizável, as promessas não teriam razão de ser e ninguém daria crédito às promessas alheias, pois todos agiriam de modo a levar vantagem e não conforme o dever.

No terceiro dever, que é para com a sociedade, Kant afirma que se um homem possui um certo talento natural, sendo este útil a sociedade, não desejando fazê-lo e preferindo uma

vida repleta de ociosidade, não pode desejar que o seu modo de viver seja conforme a natureza e universalizável, ou justificá-lo, afirmando que a ociosidade está no homem por instinto natural. As faculdades que são concedidas a esse homem existem para que sejam desenvolvidas, para servirem a toda sorte de fins.

O quarto dever é de auxílio mútuo, o dever meritório para com os outros, haja vista que o fim natural que todos os homens buscam é a sua própria felicidade. Se todos decidissem não contribuir para a felicidade de outrem, a humanidade continuaria existindo, mas isso não seria positivo para a humanidade como um fim em si mesma, pois as pessoas agiriam como se os outros fossem meios. Esse tipo de ação é contraditória com o dever, pois todos necessitam de amor e compaixão, e agir contra esse auxílio seria uma condenação a viver sem a esperança do amparo nos momentos difíceis e que cada um deseja para si.

Ao tratar do suicídio, Kant parece se reportar à religião, em que o suicídio é um atentado aos fins divinos, que não considera a questão do sofrimento como uma mal em si, pois esta vida é breve e representa um caminho para o reino dos céus, em que o homem é feliz de acordo com o seu proceder em sua existência terrena. Só um ser preso aos seus interesses sensíveis, empíricos, pensaria em cometer suicídio, pois seria lucrativo acabar com a sua dor.

Numa reflexão mais profunda, verifica-se que o ser humano não está à sua própria disposição para fazer o que quiser com os seus próprios propósitos. Como um fim em si mesmo, cabe-lhe respeitar a dignidade que está na sua própria pessoa, pois ele é um representante da humanidade e com suas máximas, deve honrá-la, agindo de acordo com o cumprimento do dever.

O mesmo argumento deve ser usado em relação ao terceiro exemplo, em que aquele que decide viver na ociosidade, “nos mares do sul”, menospreza as suas capacidades naturais, em total indiferença pelo cumprimento do dever para com a humanidade como um fim. Os habitantes dos mares do sul, com quem deseja viver em ócio são, para este sujeito, um meio

útil de satisfazer seu gozo, agindo este em desrespeito ao seu dever para com a humanidade como um fim.

Contudo, em relação ao segundo e ao quarto dever, Hare levanta a hipótese de Kant ter sido um utilitarista sem sê-lo. O que o comentador faz é separá-lo dos defensores do utilitarismo, mas encontrando nos deveres kantianos para com os outros uma margem para uma interpretação utilitarista. De acordo com o filósofo inglês, Kant era um certo tipo de utilitarista: “[...] um utilitarista de vontade racional, pois um utilitarista também pode prescrever que deveríamos fazer o que conduzirá à satisfação das preferências racionais ou vontade-para-fins dos quais a felicidade é a soma” (HARE, 2003, p. 206).

Para Hare, numa leitura preliminar do segundo dever, Kant a ele se refere como um atentado à liberdade e à propriedade dos outros, em que se trata outrem como um meio para um fim que o sujeito da ação não compartilha. O homem que age enganando a outrem não pode concordar em ser ele próprio a vítima de uma falsa promessa.

Com relação ao quarto dever, Hare diz: “Interpreto isso como significando que , a fim de satisfazer essas versões do imperativo categórico, tenho que tratar os fins de outras pessoas (i.e., o que elas querem em sua causa própria) como meus fins” (HARE, 2003, p. 205). Todos devem ser capazes de compartilhar os mesmos fins¹⁷.

Kant trata o fim dos outros como nossos próprios fins, não pode estes serem imorais. Posição semelhante, comenta Hare, possui Harsanyi, que é utilitarista e que exclui fins imorais ou anti-sociais. O que Hare pretende expor é que Kant possui um outro tipo de utilitarismo, denominado por ele de “utilitarismo de vontade racional”, pois “[...]um utilitarista também pode prescrever que deveríamos fazer o que conduzirá à satisfação das preferências racionais ou vontade-para-fins das pessoas – fim dos quais a felicidade é a soma” (HARE, 2003, p. 206).

¹⁷ Fim neste sentido deve ser entendido como um objeto do poder de escolha de um ser racional, por meio do pensamento de qual escolha é determinada para uma ação produzir esse objeto.

Um argumento dos utilitaristas é que se tratarmos as pessoas como diferentes, possuidoras de interesses distintos, sendo todos interesses iguais em importância e com o mesmo peso, ou seja possuidoras de igual preocupação e respeito, o resultado dessa igualdade será o utilitarismo. Segundo Hare, Kant faz coisa semelhante.

Pois se faço meus fins os fins dos outros, eu os trataria, ao ajuizar entre ele quando conflitam, do mesmo modo como tratariam meus próprios fins. Ao fazer isso, não estou deixando de distinguir entre pessoas diferentes, mas, como exige a justiça, dando igual peso aos seus e aos meus interesses (os fins que eles e eu procuramos com igual força de vontade), do mesmo modo como dou peso igual a meus próprios interesses iguais. Assim, se a objeção realmente enfraquece o utilitarismo, enfraqueceria Kant também (HARE, 2003, p. 207).

Até o imperativo categórico pode dar margem a uma interpretação utilitarista, pois, através do imperativo categórico, desejo que a máxima de uma ação seja universalizável. A universalização de uma máxima pressupõe que eu a utilize em todos os momentos e papéis possíveis. Ao ter essa intenção, disponho-me a me colocar no lugar dos outros que exercem todos os papéis possíveis; as minhas ações deverão estar de acordo com a imparcialidade e eu me disponho a me colocar no lugar de outrem e fazer aos outros, sempre, o melhor possível.

Este é um argumento de fácil interpretação utilitarista, pois “ajo bem” porque “me coloco” no lugar dos outros e, como “quero” os melhores resultados das “minhas” ações para “mim”, desejo-as também para os demais. As minhas máximas, portanto, devem ser coerentes com os meus fins.

O que se verifica é que, apesar de não ser utilitarista, Kant utiliza argumentos que facilmente podem ser interpretados como utilitaristas. Na Doutrina da Virtude, os deveres para consigo mesmo são de evidente caráter anti-utilitarista, mas os deveres para com os outros dão margem ao utilitarismo.

A ética kantiana busca a perfeição do indivíduo, sendo que esta perfeição é mais uma perfeição de forma do que de conteúdo. Kant assevera: “Mas o dever de um ser humano consigo mesmo como um ser moral somente (sem considerar a sua animalidade) consiste no

que é formal na harmonia das máximas de sua vontade com a dignidade da humanidade em sua pessoa” (KANT, 2003, p. 262).

O que deseja-se com a perfeição moral, para Kant, é tornar a nossa vontade boa. Nesse ponto, os argumentos utilitaristas e anti-utilitaristas que comentou-se a pouco se unem, pois essa vontade é a expressão do amor prático que temos para com os outros. O amor prático é utilitarista na medida em que deseja promover com imparcialidade os fins de todos, dentro da moralidade.

Aqueles que repudiam qualquer utilitarismo no pensamento kantiano baseiam os seus argumentos no fato de que os utilitaristas recorrem a desejos e preferências e Kant os exclui por serem empíricos. Hare argumenta que Kant apenas os excluem da parte formal de sua filosofia, mas que eles são admitidos na aplicação do raciocínio moral gerado pela investigação. Para Hare, um utilitarista pode perfeitamente dividir a sua investigação do modo kantiano, como ele mesmo o faz. Um sistema utilitarista também possui a sua parte formal pura, que depende das propriedades lógicas dos conceitos morais.

O que se demonstra é que Kant não era um utilitarista, mas que em seus argumentos há elementos para interpretação utilitarista. Contudo, o caráter anti-utilitarista do direito de punir é evidente, pois nele a utilidade da pena é algo imoral. A punição é justificada pela técnica, não se encontrando um critério de moralidade em sua aplicação por um tribunal.

Segundo Höffe, na filosofia kantiana,

*La peine n'est pas une mesure préventive mais bien une mesure post factum et elle se distingue de ce fait dès techniques de manipulation em vue d'un "monde nouveau et radieux", de forme patent ou cachées de conditionnements et de propagande, de même que les techniques mises en oeuvre pour rendre inoffensif de prétendus "asociaux". De plus, la peine ne devant pas seulement être infligée après le crime mais aussi em raison de celui-ci, Kant anticipe sur la théorie de la rétribution générale[...]*¹⁸ (HÖFFE, 1993, p. 238).

¹⁸ A pena não é uma medida preventiva mas uma medida *post factum* e ela se distingue desta forma das técnicas de manipulação tendo em vista um "mundo novo e radiante", de forma patente ou dissimulada em condicionamentos e propagandas, tanto quanto as técnicas executadas para tornar inofensivos os pretensos "antissociais". Além do mais, a pena não devendo ser infringida somente após o crime mas também em razão deste, Kant antecipa-se sobre a teoria da retribuição geral[...].

Não há justificativa para o crime. Um criminoso não é um doente cuja punição constitui um remédio, sendo útil à sociedade que a mesma seja aplicada ou que a prevenção se preste ao mesmo papel. Para Kant, “[...] considerar todo criminoso como um doente é retirar-lhe a sua dignidade se homem livre e respeitável em si” (GARAPON, 2001, p. 37).

Para Kant, se a pena caísse nos cálculos da utilidade, haveria a possibilidade de se condenar inocentes, pois ela seria separada do crime cometido, e se a condenação de qualquer pessoa fosse útil, esta inevitavelmente ocorreria. Um juiz, neste caso, não diria “julgemos”, mas “calculemos”, e este cálculo privaria o mundo de justiça e de sentido. A punição deve ser, antes de tudo, justa. E para que esta medida de justiça ocorra, Kant propõe o talião como equivalência entre a punição e a pena.

4.3 A retribuição como medida de aplicação da pena

Com relação ao direito de punir, Kant demonstra preocupação em estabelecer o tipo e a medida da punição que correspondam ao princípio da justiça pública. O que Kant busca é a igualdade entre o prejuízo causado por um mal feito e a pena que deve ser infligida ao criminoso.

Quando alguém comete um delito e causa prejuízo a outrem, na realidade, é ele mesmo o grande prejudicado por seu crime. Kant afirma: “[...] seja qual for o mal imerecido que infliges a outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo” (KANT, 2003, p. 175). O crime é, primeiramente, cometido contra si próprio, porque ele fere a dignidade de ser humano que o criminoso possui.

Para que o criminoso recupere a sua dignidade, necessita da retribuição para reparar o seu crime. Kant sugere a antiga Lei do Talião, presente no Antigo Testamento, que estabelece como princípio justo para a aplicação da pena o “olho por olho, dente por dente”, ou seja, o

crime deve ser punido, mas não só na mesma quantidade e qualidade do prejuízo que causou. Todavia, não cabe ao povo aplicar diretamente a pena, mas a um tribunal que o representa. De acordo com Kant:

Mas somente a lei de talião (*ius talionis*) – entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por seu julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição; todos os demais princípios são flutuantes e inadequados a uma sentença de pura e estrita justiça, pois neles estão combinadas considerações estranhas (KANT, 2003, p. 175).

Quando Kant fala em “considerações estranhas”, está formulando uma crítica a Beccaria, pois este é partidário da punição preventiva e utilitária, de modo que a punição de um criminoso servisse como exemplo para os demais membros do povo. No parágrafo XLI, da sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, Beccaria trata dos meios de prevenir o crime e afirma: “É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal do que repará-lo [...]” (BECCARIA, 2004, p. 101).

Para Kant, tal tese é um absurdo, pois faria a punição cair nos cálculos da utilidade. Seria então a racionalidade técnica a razão da punição, desprezando-se a razão moral presente no direito penal kantiano, não se considerado que a única razão da punição é o ato de se cometer um crime. Além do mais, prevenir um delito é levar em consideração o perfil, o passado do sujeito que comete um crime e isso, para Kant, atenta contra a dignidade humana do criminoso. Não há desculpas para se cometer um delito e um criminoso, no direito penal kantiano, merece ser punido.

Kant sabe que mesmo colocando na retribuição o princípio da justiça punitiva, essa pretensa igualdade punitiva esconde em si a possibilidade de poder provocar aberrações morais, particularmente quando ofensor e ofendido são de realidades sociais distintas. Não é que essa diferença impeça a retribuição, mas que o desnível existente entre as partes é considerado em letra, mas na prática os seus efeitos podem ter o valor do talião.

No caso de uma multa imposta a um homem rico que ofendesse um pobre, não haveria punição, de acordo com o talião, pois pagar a multa é algo pouco penoso para quem possui muito dinheiro. Contudo, se um rico tiver uma punição que exponha o seu amor próprio de forma a humilhar o seu orgulho, como ter que pedir desculpa e beijar a mão a outrem de forma social mais baixa, será punido de modo retributivo.

Kant afirma que quem furta de alguém furta de si mesmo. O que ele quer dizer é que o criminoso coloca em risco o próprio direito de propriedade que também é dele, sendo ele o primeiro prejudicado. Kant comenta: “Todo aquele que furta torna a propriedade de todos os demais insegura e, portanto, priva a si mesmo (pelo princípio da retaliação) de segurança em qualquer propriedade possível” (KANT, 2003, p. 176).

Na punição desse que prejudica a si mesmo apresenta-se o rigorismo kantiano. Para Kant, aquele que furta deve perder todo direito de propriedade, ele nada deve possuir. Não cabe, segundo Kant, ao Estado, sustentar gratuitamente esse indivíduo ele deve ser condenado a trabalhos forçados ou trabalhos penitenciários, permanecendo a mercê do Estado, durante certo tempo, na condição de escravo, se o Estado julgar conveniente.

De acordo com Garapon, ao comentar Kant, a punição vai se exteriorizar como se fosse uma autoaflição. Garapon nos diz:

Ao punir, a lei torna-se menos semelhante a si mesma quando não põe em cena um mal que o condenado se impõe pelo seu próprio acto. Não se trata, na punição com o talião, de fazer restituir à vítima o que lhe foi tomado, mas de aplicar ao agressor a sua própria justiça, de fazer virar contra ele o seu próprio acto (GARAPON, 2001, p. 41).

Pelo talião, vítima e ofensor não são duas instâncias separadas; na punição, eles se equiparam, como se fossem um único indivíduo. A retribuição se interioriza, ela se vinga de si própria.

A moralidade da retribuição como medida punitiva está vinculada à máxima da moralidade e ao imperativo categórico. Kant cita como exemplo a mentira. Através da mentira, um sujeito pode praticar um ato moralmente mal ou até cometer um delito, quando

este logro está previsto em lei como um delito. Mas o fato é que a mentira é imoral, pois ela não é suscetível de passar pela prova do universal.

Caso a mentira se tornasse uma prática corriqueira, então ela passaria a ser banal; haveria uma geração de mentirosos que a praticariam, o que acabaria com a mentira, pois todos mentiriam baseados numa sinceridade partilhada. Ter-se-ia, então, uma contradição, já que a prática da mentira seria imoral e moral, logo ela não poderia servir de lei universal, não poderia servir de fundamento para o mundo humano.

Para Kant, a verdade é “[...] um sagrado mandamento da razão, que ordena incondicionalmente e não admite limitação, por qualquer espécie de conveniência, o seguinte: ser verídico (honesto) em todas as declarações” (KANT, 2005, p. 75).

O mesmo exemplo pode ser utilizado em relação ao furto. Como aquele que furta torna insegura a propriedade de toda sociedade, ao furto não cabe a punição na mesma quantidade do objeto furtado. Neste caso, a punição se dá pela perda do direito de possuir. Para Kant, se alguém furta um ovo não deve devolver um ovo, mas a justiça o punirá com a privação de todos os seus bens. Para ele, toda forma de aquisição é impossível.

A justiça punitiva é oriunda da constituição civil. O que ela busca é punir o que viola a segurança do Estado, já que este delimita o que é de cada um. O direito de punir, baseado na retribuição, de acordo com Kant, é o princípio que determina *a priori* o respeito pela humanidade presente na pessoa do criminoso, baseado nos fundamentos do direito. Kant comenta:

Em toda punição há alguma coisa que (corretamente) ofende o sentimento de honra do acusado, uma vez que envolve coerção que se limita a ser unilateral, de maneira de que a sua dignidade como cidadão é suspensa, ao menos neste caso particular, pois ele é submetido a um dever externo ao qual ele, de sua parte, não pode oferecer qualquer resistência (KANT, 2003, p. 206).

O rigorismo kantiano sempre leva em consideração a dignidade daquele que é punido, porque, mesmo que seja odiosa a prática de um delito, o criminoso é um ser humano e toda

humanidade encontra-se nele representada. Mesmo que ele perca a sua dignidade como cidadão de um Estado, não a perde ao nível metafísico de sujeito puro.

No apêndice da Doutrina do Direito, Kant trata dos crimes que não podem ser punidos pela retaliação, por serem cometidos contra toda a humanidade, como no caso do estupro, da pederastia e da bestialidade. Para Kant, pederastas e estupradores deveriam ser castrados e os que cometessem a bestialidade deveriam ser banidos da sociedade, pois, neste caso “[...] o criminoso tornou a si mesmo indigno da sociedade humana” (KANT, 2003, p. 206). Ele deve ser punido pelo seu erro e de modo idêntico.

Esses crimes não devem ser punidos de acordo com o arbítrio de cada um, já que isso violaria a justiça punitiva. O crime deve retornar contra o criminoso e disso ele não pode se queixar, pois foi ele mesmo que provocou esse retorno, ao cometer uma má ação. Não é só a lei em letra que o pune de acordo com a retribuição, mas é principalmente o seu espírito.

De acordo com Höffe, a retribuição pode ser geral ou específica. Na retribuição geral, o talião é um conceito amplo. Höffe explica:

L'institution juridique de la peine criminelle veut, du point de vue de la rétribution, que seul le criminel puisse étre puni et cela uniquement à cause de son crime. Cette thèse énonce un principe auquel nulle théorie pénale ne saurait se soustraire si elle veut être tant soit peu juste. Les théories relatives de la peine (correction, réinsertion, intimidation) ne peuvent pas exclure de leur point de vue que, dans certains cas, des innocents puissent aussi étre punis, dans la mesure où ils seraient corrigés, réabilités ou afin que la société échappe à un grave danger. Sous l'angle de la justice, en revanche, et c'est là le sens du principe général de la rétribution, seul le coupable peut-être puni¹⁹ (HÖFFE, 1993, p. 242).

Na retribuição específica, a lei penal existe como um imperativo categórico. Ela responde à pergunta de como a norma penal pode ser aplicada a uma transgressão do direito. A lei penal deve ser aplicada em nome do bem público, primando pela justiça e pela

¹⁹ A instituição jurídica da pena criminal pretende, do ponto de vista da retribuição, que só o criminoso possa ser punido e isto unicamente por causa do seu crime. Esta tese anuncia um princípio segundo o qual nenhuma teoria penal seria sustentável se fosse pouco justa. As teorias relativas à pena (correção, reinserção, intimidação) não podem excluir do seu ponto de vista que, em certos casos, inocentes possam também ser punidos, na medida em que eles seriam corrigidos, reabilitados ou afim de que a sociedade se livre de um grande perigo. Sob o ângulo da justiça, pelo contrário, e aí está o sentido do princípio geral da retribuição, somente o culpado pode ser punido.

dignidade humana. A condenação de um criminoso à morte existe por motivos de justiça. A crítica que Höffe faz à retribuição específica consiste no fato de o filósofo não deixar de considerar a retribuição, de acordo com o talião, como um caso de violência.

Höffe alerta que o princípio da igualdade encontrado no direito penal kantiano faz com que a equivalência das penas em proporção ao delito, sejam aparentemente equivalentes. Para Höffe,

[...] “le principe de l’égalité” n’exige rien d’autre que la proportion de la peine au délit. On pèche donc vraiment contre la justice si, dans un cas particulier, on veut faire un exemple et que l’on punisse quelqu’un plus sévèrement qu’il n’est normal, ou si, par souci d’intimidation, on prononce pour un groupe de cas des peines plus fortes que la gravité du crime ne le mérite. Un jugement juste ne dépend pas de la volonté subjective du juge ou de considération d’utilité sociale, mais du poids du crime: il convient de punir modérément les crimes modérés et gravement les crimes graves²⁰ (HÖFFE, 1993, p. 246/7).

Para justificar a aplicação da pena, Kant vê cada indivíduo como sujeito portador da lei universal no seu pensamento. Todo indivíduo que é racional exige que aquele que cometeu atos puníveis seja punido. Essa exigência tem a sua origem no eu legislador *a priori*, que surge como partícipe da justiça punitiva na retribuição de cada delito. Mas na questão do homicídio e na sua punição com a pena de morte é que a honra e a dignidade do ser humano que comete um crime eclodem e exigem justiça com mais vigor em relação à prática delituosa cometida.

4.4 O fundamento moral da pena e o paradoxo da pena de morte

Kant não só defende a pena de morte como considera o seu questionamento, absurdo. Os motivos que o fazem defensor da pena capital são, sobretudo, morais. Todo homem é um

²⁰ [...] o princípio da igualdade não exige nada além da proporção da pena ao delito. Seria um pecado contra a justiça se, em um determinado caso, quiséssemos dar um exemplo e que puníssemos alguém mais severamente que o normal ou se, por preocupação com a intimidação, pronunciássemos para um grupo de casos punições maiores que a gravidade do crime o exigisse. Um julgamento justo não depende da vontade subjetiva do juiz ou de considerações de utilidade social, mas do peso do crime: deve-se punir moderadamente os crimes moderados e gravemente os crimes graves.

ser moral e, por sê-lo, é também punível. A razão da punição está no respeito à dignidade humana que todos têm por serem seres humanos, e essa dignidade deve ser respeitada em todas as pessoas. A idéia de dignidade colocada por Kant está diretamente relacionada não ao que a humanidade é, mas ao que a humanidade deve ser.

A dignidade humana está vinculada ao cumprimento do dever, já que o ser humano se torna digno ao obedecer à lei moral que ele mesmo se dá. Para Kant, a dignidade humana está acima das coisas que têm preço, ela não pode ser quantificada, não possuindo equivalência_ o seu valor é íntimo. O filósofo diz: “[...] aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade” (KANT, 1974, p. 234).

Sendo um fim em si mesmo, o homem é possuidor de moralidade, que é a única condição que pode torná-lo um membro legislador no reino dos fins. Moralidade e humanidade, como está dito na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, são as condições da dignidade humana. Já o fundamento da dignidade é a autonomia, pois esta pressupõe a liberdade no agir. O homem digno e autônomo age quando quer e porque quer, sendo, portanto, plenamente responsável por seus atos.

A dignidade do ser humano está em harmonia com o cumprimento do dever; está em consonância com a lei moral que está no foro íntimo de cada um, sendo a própria razão pura prática. Kant diz: “Mas o dever de um ser humano consigo mesmo como um ser moral somente (sem considerar a sua animalidade) consiste no que é formal na harmonia das máximas de sua vontade com a dignidade da humanidade em sua própria pessoa” (KANT, 2003, p. 262).

Agir como ser digno é proibir-se a si mesmo de dar vazão aos vícios e más tendências que cercam o “eu empírico” que está no interior de todos como partícipe do mundo sensível; é

impedir-se de fazer de si mesmo uma coisa. A dignidade conduz a virtude e ao amor à honra.

Sintetizando o que Kant coloca sobre dignidade, ele afirma que:

[...]um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como um sujeito de um a razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como uma pessoa (*homo noumenon*) não é para ser valorado simplesmente como um meio para o fim dos outros ou mesmo para os seus próprios fins (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo. Pode avaliar a si mesmo conjuntamente a todos os outros seres desta espécie e valorar-se em pé de igualdade com eles (KANT, 2003, p. 277).

Pode-se afirmar, portanto, que o homem digno é possuidor de sentimento moral, que é “[...] a suscetibilidade de sentir prazer ou desprazer meramente a partir de estar ciente de que nossas ações são compatíveis ou contrárias às leis do dever” (KANT, 2003, p. 242); de consciência, que está originariamente dentro de cada um de nós; de amor aos seres humanos, e de respeito, que está na manifestação da lei moral no íntimo dos seres humanos, pois não se tem respeito apenas por si mesmo, mas pela lei moral que está dentro de si, tornando os seres humanos fins em si mesmos.

A punição daqueles que violam as leis, que são dignos pelo fato de possuírem moralidade e humanidade, antes de ser decretada pela instância punitiva do Estado, é decretada pela consciência, é uma autopunição, que é a manifestação do sujeito puro no indivíduo infrator, porque, para Kant, “[...] ter uma consciência seria equivalente a ter um dever de reconhecer deveres, pois a consciência é a razão prática sustendo o dever do ser humano diante deste para sua absolvição ou condenação em todos os casos submetidos à lei” (KANT, 2003, p. 243).

O aparente paradoxo que se vislumbra no direito kantiano de punir e perdoar encontra a justificativa do rigor da punição num sujeito que pune a si mesmo, pois possui a lei moral em sua consciência e mesmo nas leis do direito, que são exteriores a si mesmo. Este sujeito puro é participante do legislativo, na condição de co-autor. Antes de ser constrangido por qualquer norma jurídica, o sujeito constrange a si mesmo a agir de acordo com o

cumprimento do dever. O desvio do caminho da virtude o faz perder a dignidade, a honra, e para recuperá-la, este indivíduo coloca em xeque a sua própria vida.

Kant começa a tratar da pena de morte ao relatar a fábula do povo insular, que ao resolver abandonar a ilha em que vivem, decidem cumprir a pena capital, que já houvera sido decretada contra alguns condenados que estavam presos. O último condenado deveria ser executado para honrar a humanidade presente em sua pessoa, mas a execução deveria ser judicialmente aplicada, isentando o criminoso de qualquer maltrato. Kant relata:

Mesmo se uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse separar-se e se dispersar pelo mundo), o último assassino restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça (KANT,2003, p. 176).

O ajuste da punição ocorre pelas mãos de um juiz que, de acordo com Kant, impõe a sentença de morte baseado na retribuição. A medida retributiva é proporcional à perversidade interior do criminoso; é o talião que faz a justiça. Não só o assassinio merece a pena de morte_ ela também deve ser aplicada em outros crimes contra o Estado. Isto não seria cruel, mas seria até uma escolha de um homem honrado.

Para Kant, um sujeito que, por exemplo, participasse de uma insurreição contra o Estado, não por um interesse particular, mas por crer que está cumprindo o seu dever, se pudesse escolher qual a sua punição, este escolheria a morte. Já outrem que participasse do mesmo crime, mas com interesse pessoal, julgaria que a sua condenação à pena capital seria dura demais e preferiria outra que lhe pouasse a vida.

Havendo a execução de ambos, eles seriam punidos de acordo com o talião. O primeiro, que agiu com honra, mas a perdeu ao cometer o crime, a recuperá-la-ia com a sua condenação, o que não ocorreria se esta tivesse sido permitida por trabalhos forçados, por exemplo, pois lhe seria mais penoso trabalhar como escravo do que morrer.

O segundo, que não agiu conforme o dever, mas por interesse pessoal, teme a morte e preferiria trocar a sua condenação à pena capital por trabalhos forçados, para ele uma condenação mais branda, pois não é honrado e não se importa em sê-lo, interessa-se apenas em manter a vida, mesmo que indigna. Por isso, Kant afirma: “[...] quando se pronuncia uma sentença para um grande número de criminosos unidos numa conspiração, o melhor elemento equalizador ante a justiça pública é a morte” (KANT, 2003, p. 177).

Kant ainda argumenta que não se ouviu falar de nenhum condenado à morte por homicídio que tenha julgado a sua condenação severa e que, se caso houvesse, ele seria motivo de risos. De acordo com Kant: “[...] todo assassino- todo aquele que cometer assassinato, ordená-lo ou ser cúmplice deste- deverá ser executado. Isto é o que a justiça, como a idéia do poder judiciário, quer de acordo com leis universais que têm fundamento a priori” (KANT, 2003, p. 177).

Para Kant, a idéia de justiça é totalmente compatível com a aplicação da pena capital como medida para que o criminoso recupere a sua dignidade perdida. Ao defender a aplicação da pena de morte, Kant faz uma veemente crítica a Beccaria e a sua obra Dos Delitos e das Penas. Kant acusa Beccaria de ser “[...] movido por sentimentos compassivos de afetada humanidade [...]” (KANT, 2003 p. 178). Para Kant, os argumentos de Beccaria são sofísticos.

Beccaria, no entanto, começa a tratar da pena de morte questionando quem teria dado ao homem o direito de degolar seus pares. O direito de matar se conflitaria com o direito de preservar a vida. Para Beccaria, cada qual cedeu parte de sua liberdade individual para formar sociedades solidárias e soberanas. Nestas sociedades, a vida seria preservada e ninguém outorgaria a outrem o direito de tirar a sua vida. O filosofo diz:

A pena de morte pois, não se apóia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação deste cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessário, ganharei a causa da humanidade (BECCARIA, 2004, p. 52).

Para Beccaria, há duas formas de se considerar necessária a morte de um cidadão: a primeira é quando uma nação se encontra em perigo de perder ou de recuperar a sua liberdade, em que a lei é substituída pela desordem; e a segunda é quando um cidadão que perdeu a sua liberdade, mas não o seu crédito, pode atentar contra a segurança pública.

A morte como penalidade só pode ser aplicada, segundo Beccaria quando se trata de preservar a segurança e a ordem social; a sua aplicabilidade está submetida ao princípio da utilidade e não ao da moralidade. Não se deve preocupar-se com a honra do criminoso, pois, de acordo com Beccaria, a honra é algo puramente subjetivo e que não merece muita consideração.

Se um Estado está em ordem e possui um governo aprovado por toda nação, afirma Beccaria, a pena de morte não deve ser aplicada, “[...] a não ser que a morte seja o único freio que possa obstar novos crimes” (BECCARIA, 2004, p. 52). Ainda argumenta o filósofo que a instituição da pena capital não impediu, em lugar algum, que alguém determinado em praticar o mal não o fizesse por medo de perder a vida. A pena de morte é de aplicação rápida, e o que o criminoso teme é uma punição que se prolongue. Beccaria diz:

O rigor do castigo faz menor efeito sobre o espírito do homem do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente atingida por uma impressão ligeira, porém freqüente, do que por abalo violento, porém passageiro (BECCARIA, 2004, p. 53).

Para Beccaria, as idéias morais não são *a priori*, mas estão no íntimo humano pela força do hábito. A perda da liberdade é algo muito mais penoso do que a perda da própria vida, pois a condição de condenado a penas privativas de liberdade deixa o ser humano em miserável condição. Sobre isto Beccaria escreveu: “A impressão causada pela visão dos tormentos não pode resistir à ação do tempo e das paixões, que em breve levam da memória as coisas mais essenciais” (BECCARIA, 2004, p. 53).

A pena de morte oferecia um espetáculo inútil, não coibindo as práticas delituosas que continuariam a ocorrer; seria, portanto, uma pena desnecessária e injusta. A privação de

liberdade, ao contrário, seria uma pena justa por afastar os homens da prática dos delitos, pois não haveria vantagem que compensasse a anos de prisão.

Beccaria sugere a escravidão perpétua como substituto da pena de morte, devido à alma humana não poder suportar um sofrimento perene e temê-lo mais que a própria morte. A pena de morte esgota a sua eficácia ao pôr fim à vida de um criminoso; a escravidão faz da pena aplicada ao criminoso condenado uma vitrina, um exemplo para toda a sociedade. Beccaria ainda argumenta sobre a pena de morte: “A pena de morte, além disso, é prejudicial à sociedade, pelas demonstrações de crueldade que apresenta aos homens” (BECCARIA, 2004, p. 56).

Condenar um homem à morte, partindo deste raciocínio, é dar continuidade no corpo social ao estado de natureza, perpetuando a barbárie. Caberia às leis punir os homicídios, e não assegurar a sua continuidade. As leis devem ser justas e úteis, ensejando no povo a vontade de cumpri-las. Para Beccaria, a maioria da população sente, sobre a pena de morte, indignação e desprezo. Ele escreveu:

Está definido em caracteres indeléveis nos movimentos de indignação e de desprezo que nos causa apenas a visão do carrasco, que não é senão o executor inocente da vontade do povo, um cidadão honesto que contribui para o bem geral e defende a segurança do Estado no interior, do mesmo modo que o soldado cuida de sua defesa no exterior (BECCARIA, 2004, p. 56).

Este sentimento de indignação e desprezo possui sua origem na alma humana, em princípios naturais que não foram alterados, que condenam o homem a tirar a vida de outro homem. A figura do magistrado que condena à morte seria contraditória a de um homem sábio, que guarda a justiça em suas decisões.

Verifica-se que a crítica de Kant a Beccaria está relacionada ao modo de como ambos encaram a condenação à morte. Enquanto para Kant um criminoso condenado à morte recupera a sua honra pela sua condenação, para Beccaria, a honra e a virtude não passam de conceitos obscuros, circunscritos a limites geográficos.

Kant associa a pena de morte à lei moral; Beccaria a associa à utilidade. Para Kant, deve o criminoso morrer para honrar a dignidade humana presente em sua pessoa. Para Beccaria, só nos casos de o criminoso ser um risco à ordem é que caberia a pena de morte, pois, em outra situação, ela seria inútil. Enquanto Beccaria fala de direito, Kant fala de direito e moral.

Segundo Kant, o criminoso não deseja a punição, mas deseja a prática delituosa. A punição se daria por princípio. A punição é um direito político, é um dever moral oriundo do imperativo categórico. Verificamos a sua ocorrência ao observarmos a separação dos sujeitos, pois ao fazer essa cisão, é que se percebe com clareza o argumento kantiano da punição. Kant diz:

Ninguém é objeto de punição porque a quis, mas porque quis uma ação punível, pois não constitui punição se aquilo que é feito a alguém é o que ele quer e é impossível querer ser punido. Dizer que quero ser punido se assassino alguém é dizer nada mais do que me submeto, juntamente com todos os outros, às leis, que naturalmente também serão leis penais se houver quaisquer criminosos em meio ao povo. Na qualidade de um co-legislador ao ditar a lei penal, é possível que eu não possa ser a mesma pessoa que, como súdito, é punida de acordo com a lei, pois como alguém que é punido, a saber, como um criminoso, não é possível que eu possa ter uma voz na legislação (o legislador é sagrado). Conseqüentemente, quando redijo uma lei penal contra mim mesmo na qualidade de um criminoso, é a razão pura em mim (*homo noumenon*), legislando com respeito a direitos, que me sujeita, como alguém capaz de perpetrar o crime e, assim, como uma outra pessoa (*homo phaenomenon*), à lei penal, junto com todos os demais numa associação civil (KANT,2003, p. 178)

Nesta citação, pode-se verificar como Kant trata, de forma clara, a relação entre o sujeito delinqüente e a prática delituosa. No momento em que comete o delito, há uma separação radical que ocorre no íntimo do sujeito delinqüente. Garapon explica:

Toda uma parte do meu ser (a parte sensível, “patológica”) deseja uma ação ilícita, para um lucro sensível e em nome de interesses imediatos. E é o nível aqui do eu empírico. Mas no mesmo instante estabelece-se com o acto criminoso uma relação de vontade pura. E sob esta relação – que já não é a do eu empírico, do eu portador de máximas interessadas, de desejo patológico, mas do sujeito puro, do sujeito da lei [...] (GARAPON, 2001, p. 39).

Através da razão pura prática o homem se torna co-legislador. Como tal, ele deseja que as leis sejam cumpridas, pois elas são as expressões desta razão, do direito em consonância com a moral e do cumprimento do dever. No entanto, não é fácil para um sujeito que, na qualidade de habitante de um mundo sensível, se deixa dominar por paixões e possibilidades de lucro fácil, agir contra os seus interesses empíricos. O que esse sujeito não pode fazer é extinguir em si a razão pura prática e a lei moral, já que, mais cedo ou mais tarde, ele terá que atender aos seus ditames.

O sujeito puro da lei deseja a punição e se volta à sua vontade para que ela se realize. O delinquente perdeu a sua dignidade, desonrou a humanidade presente em sua própria pessoa, perdeu a sua honra. Quem está nessa situação já não tem mais o que perder, cabe-lhe agora reconquistar o que perdeu, tentar se redimir, e a punição é o caminho da reparação. A condenação não é emitida na qualidade de sentença escrita pelo sujeito puro, mas por um tribunal, sendo que a condenação íntima a antecede. Kant elucida:

[...] não é o povo (cada indivíduo nele encerrado) que dita a pena capital, mas o tribunal (a justiça pública) e, assim, um outro indivíduo distinto do criminoso; e o contrato social não contém nenhuma promessa de deixar-se punir e, deste modo, dispor de si mesmo e da própria vida, isso porque se a autorização para punir tivesse que ser baseada na promessa do transgressor, no seu querer deixar punir, teria também que lhe caber julgar a si mesmo punível e o criminoso seria o seu próprio juiz. O ponto capital do erro [...] nessa sofística consiste em sua confusão do próprio julgamento do criminoso (que tem necessariamente que ser atribuído à sua razão) de que ele tem que perder a sua vida mediante uma resolução da parte de sua vontade para tirar a sua própria vida, e assim em representar como unidos numa única e mesma pessoa o julgamento sobre um direito e a realização deste direito (KANT, 2003, p. 179).

O eu empírico não deseja a morte ele quer viver, mas o sujeito puro deseja agir de acordo com a vontade pura, ele quer ser honrado. Nesse conflito entre dignidade e desonra, a pena de morte redime o delinquente que sempre legislou nesse sentido. A condenação do criminoso é que honra os interesses da sua razão pura. Para Garapon, “[...] puni-lo é prestar justiça à sua humanidade, conformando-se ao que a sua parte de humanidade mais nobre exige” (GARAPON, 2001, p. 39).

A punição é uma exigência de uma justiça que o criminoso transporta em si; é uma exigência moral. Não interessa como foi a sua vida particular, se passou por dificuldades, se nasceu em um meio que facilitava o seu ingresso no crime, se não teve sólida formação moral. Ele possui a razão pura prática; a lei moral está *a priori* em seu íntimo. Encontrar desculpas para as suas ações delituosas seria uma negação da sua humanidade. Ele não pode ser punido para se tornar um ser humano melhor, isso seria indigno, pois o colocaria ao nível da bestialidade, seria negar a sua razão equiparando-o a um animal. Para Garapon,

No seu sentido autêntico, a punição que atinge o criminoso, ao mesmo tempo que atinge o eu sensível, respeita o sujeito puro. É honrar um assassino e não leva-lo à morte. Vê-se até onde leva a polidez. A dignidade da pessoa supra-sensível que se considera em todo o criminoso exige a condenação à morte da sua pessoa concreta. E por trás dos gritos de horror proferidos por um assassino a quem o carrasco conduz ao cadafalso, seria preciso, e na própria boca de quem grita de terror, ouvir o canto profundo de agradecimento pelo reconhecimento de sua humanidade (GARAPON, 2001, p. 39).

Para Kant, o respeito pela humanidade presente na pessoa do criminoso está na base dos fundamentos do direito. Não permitir que o criminoso tenha a sua humanidade reconhecida fere a justiça punitiva, a lei moral e toda a humanidade. Kant não vê o rigor da punição como uma forma de castigo. Ele trata de honra e é ela o mais importante dos bens, chegando a superar a própria vida.

Este sujeito puro não é uma mera abstração, fruto de uma idealidade, ao contrário, ele é real e encontrável. Ele sabe que, ao punir, o eu empírico destrói o corpo físico que o abriga. Mas ele não consegue conviver com a vergonha de ter agido contra os preceitos da moral e do direito, por ter desobedecido aos ditames de uma justiça que ele participou ativamente para que fosse escrita nas normas de direito.

Na punição também se encontra a liberdade. Garapon comenta: “O delinquente, com sua história única e suas aventuras pessoais, descobre-se de repente- e é o sentido da punição que o descobre, mas no terror e no espanto, no sofrimento e na violência- um sujeito livre, um ser racional e moral. É a este preço que o homem não tem preço” (GARAPON, 2001, p. 43).

A separação dos sujeitos efetuada por Kant é o que justifica a punição, que dá ao mundo do delinquente sentido e razão moral, pois garante a necessidade da aplicação da pena e a sua contingência no “eu empírico”. A lei penal não possui fundamentos sagrados ou transcendentais, mas puramente racionais, que de forma universal e necessária está no íntimo de todos os seres humanos.

Kant representa o momento de fundação do homem como objeto incondicional de respeito, possuidor de uma dignidade inalienável. Isso se dá pelo fato de o homem ser um ser moral, um ser de razão, possuidor de normas universais e necessárias. As razões para que o homem seja respeitado são as mesmas para que ele seja punido com rigor. A dignidade humana é algo muito maior do que a história pessoal de cada homem.

Não é o rigor da punição que mais marca o direito penal kantiano, mas a idéia de que cada homem é responsável e livre. O rigor da punição é o rigor de considerar cada homem como ser autônomo, um ser honrado, exigente de dignidade. Não punir um criminoso, encontrando desculpas para não fazê-lo e vitimizá-lo perante a sociedade, é julgá-lo desprezível o suficiente para não ser punido.

Há duas espécies de crimes, entretanto, que não são passíveis de punição: o infanticídio e a honra militar. O diferencial desses crimes é que eles estão diretamente ligados à honra. Com relação a ambos, Kant diz:

A legislação é incapaz de eliminar a desgraça de um nascimento ilegítimo tanto quanto é capaz de remover a nódoa de suspeita de covardia de um oficial subordinado que não consegue reagir a uma afronta humilhante mediante a força de sua própria ascendência acima do medo da morte (KANT, 2003, p. 179).

São casos que remetem o ser humano ao estado de natureza e em que o ato de matar não pode simplesmente ser caracterizado por homicídio. Isso não significa que estas duas práticas não devem ser punidas, elas não devem ser punidas com a morte. A justiça exercida pelo soberano não deve se converter jamais em injustiça.

Uma criança nascida fora do casamento, para Kant, é uma desonra para a mãe e para toda a sociedade. É alguém que nasce marcado pela vergonha, a prova viva de um ato que não deveria ter ocorrido. Esta criança está fora da proteção da lei e é comparada, por Kant, a uma mercadoria contrabandeada. A sociedade pode ignorar a sua existência e o seu desaparecimento não deixaria de ser um benefício.

Um militar desafiado por seu superior a um duelo, quando insultado por seu superior, não tem como fugir, pois a sua honra está em xeque. Ele é um soldado, e a sociedade espera que seja honrado e corajoso. Caso mate o seu oponente, que é também o seu ofensor, não comete um assassinato propriamente agiu defendendo legitimamente a sua honra militar.

A justiça penal deve defender, em primeiro lugar, a honra, pois são casos em que a dignidade humana se apresenta e deve ser defendida. A pena capital deve ser permutada por outra mais branda, pois o sujeito puro não foi atendido, não havendo necessidade do rigor da punição.

CONCLUSÃO

Ao fundamentar moralmente a pena, Kant a trata como uma retribuição ética, que se justifica através do valor da lei penal violada por aquele que se deixa conduzir pelas exigências do “eu empírico” e pelo castigo, desejado pelo sujeito puro, recuperando-se a dignidade perdida.

Há um nexo necessário no direito de punir kantiano entre culpa e punição, observando-se um certo resquício de confusão entre direito e natureza, em que a pena é restauradora, uma espécie de remédio que reafirma a ordem originária violada pela prática delituosa. A punição purifica aquele que comete um delito através do castigo. O culpado possui em sua subjetividade uma maldade, que remete a concepção do direito e da moral a uma base ontológica. O que está feito não pode ser reparado, o tempo não retroage, por isso uma pena retributiva só repara e reintegra no sentido metafísico.

Na filosofia do direito de Kant encontramos a permuta da questão do “porquê” punir, que diz respeito a finalidade externa da pena, pelo “como” punir, que está de acordo com a legitimação interna dos motivos da punição. A razão da punição passa a ser o fato do indivíduo ter cometido um delito.

Mesmo havendo separado direito e moral há, no direito penal kantiano, uma confusão entre validade e justiça, entre o que é legítimo internamente e o que se justifica exteriormente. Ao adotar a retribuição ética, Kant manifesta o moralismo jurídico jusnaturalista, no qual uma moral superior deveria regular toda sociedade, o direito então se autojustificaria, sendo para si mesmo a sua forma e a sua fonte, independentemente de seu conteúdo. Um dos problemas em relação ao retributivismo kantiano é que ele não responde a questão do “por que proibir?”, devido ao fato de que a retribuição moral possui seu fundamento nela mesma, desvalorizando o delito em si e o dever legal de obediência as leis.

Os sistemas penais contemporâneos ainda não conseguiram se libertar da tradição que vê a justiça punitiva entrelaçada com a vingança, o pagamento do mal com o mal, a aplicação da justiça do talião. Verifica-se que esse modo de vislumbrar a punição, atrelada à tradição vingativa e retributiva, é milenar e está no aparato psicológico elementar da maioria dos membros da sociedade ocidental.

No processo penal, o acusado é degradado moralmente, tornando-se vítima de preconceitos partilhados pelo grupo social a que pertence. O réu é estigmatizado como possuidor de periculosidade, sendo marcado pelos sofrimentos legais e mesmo que saia ileso do processo, será marcado socialmente como alguém que não é “normal”. Não há uma preocupação, na filosofia do direito kantiana, com essa situação social por que passa o acusado, pois do ponto de vista instrumental, não tem importância se a punição é ou não proveitosa.

Kant trata de uma dignidade que torna o homem seu possuidor pelo fato dele ser um representante da humanidade, mas para não ignorar completamente o sofrimento moral que permeia o acusado do decorrer do processo penal e na aplicação da punição, ele surge com a idéia da existência do sujeito puro, buscando justificar racionalmente e atribuindo legitimidade a um procedimento desumanizante, tornando-o aceitável moralmente.

Por que só se recuperaria a dignidade perdida através da degradação e não através do perdão? Em que a punição é mais racional do que o perdão? Tirar do ser humano o direito de expiar seus crimes não seria compactuar com a idéia de que somos, enquanto seres humanos, maus por excelência e só numa realidade transcendente é que podemos superar essa maldade que há em nós, mesclando filosofia do direito com teologia?

Verifica-se, todavia, que a realidade punitiva da contemporaneidade é o cárcere, que longe de reduzir a criminalidade a aumenta, violando-se o princípio da dignidade humana tão defendido por Kant e que se encontra na maioria das constituições ocidentais. Esta crise no

sistema prisional possui os seus reflexos no aumento das condenações à morte nos Estados que adotam essa medida punitiva e no aumento dos Estados que passam a aderir à pena capital, existindo uma tendência ao seu alastramento em todo mundo, graças à idéia teológica de restauração a ordem.

A grande diferença é que se em Kant a violência do Estado contra o cidadão delinqüente se “justifica” moralmente, como ela pode se justificar hoje? Seria válido o argumento kantiano de que se morre porque se perdeu a honra e que a honra é mais importante do que a vida?

Kant tentou responder a questão de que direito têm alguns de submeterem aflições legais a outros e destes a se submeterem elas, mas percebemos que nem Kant nem a filosofia do direito resolveram este problema. Compreender os fundamentos que justificam as penas, ou se é que existem esses fundamentos, é um fator extremamente importante para libertar as práticas penais das irracionais que nelas sobrevivem.

Vive-se hoje numa sociedade chamada de “risco”, que exalta a justiça pela justiça, como outrora a retribuição do mal com o mal, que afirma que o cárcere e a pena de morte possuem virtudes terapêuticas e que elogia as políticas de tolerância zero. Numa sociedade em que a filosofia do direito penal, no que diz respeito ao direito de punir, é racional ou numa sociedade que não tem respostas para solucionar seus medos, suas inseguranças, seus preconceitos e que necessita de soluções que sejam efetivamente racionais e eticamente aceitáveis?

Não se tem mais o refúgio da religião, que respondia aos nossos questionamentos, pois o mundo hoje está turbulento e dividido, mesmo estando globalizado, fruto de uma revolução tecnológica. Convive-se com medos, inseguranças, empobrecimento populacional, aumento dos excluídos sociais, discriminações raciais, culturais e religiosas. Como negar a importância da história de cada indivíduo, mesmo que ele seja um criminoso, nesse mundo plural? Como

fornecer a toda humanidade uma dignidade que está nas normas, mas não é considerada quando a violência do Estado pune o agir violento do cidadão?

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** 2^a edição. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B.. ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 4^a edição. São Paulo: Atlas, 2005.
- BOBBIO, Noberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant** 4^a edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- _____. **A Era dos direitos.** 11^a edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. (Dicionário de Filósofos).
- CRAMPE-CASNABET. **Kant, une revolution philosophique.** Paris: Bordas, 1989.
- DELEUZE, Gilles. **A filosofia crítica de Kant.** Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1976.
- DURANT, Will. **História da filosofia.** São Paulo: Nova Cultural, 2000.(Coleção Os Pensadores).
- GALEFFI, Romano. **A Filosofia de Immanuel Kant.** Brasília: Universidade de Brasileira, 1986.
- GARAPON, Antoine. GROS, Frédéric. PECH, Thierry. **Punir em democracia e a justiça será.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo.** 8^a edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- HARE, R. M. **Ética: problemas e propostas.** São Paulo: Unesp, 2003.
- HECK, José N. **A liberdade em Kant.** Porto Alegre: Movimento, 1993.
- HERCULANO, Pires. **Os filósofos.** São Paulo: Edições FEESP, 2001.
- HÖFFE, Otfried. **Introdution à la philosophie pratique de Kant.** Paris: Librairie philosophie J. Vrin, 1993.
- _____. **O imperativo categórico do direito:** uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”. Studia Kantiana. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 203 – 236, 1998.
- FIGUEIREDO, Vinícius. **Kant e a crítica da razão pura.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- LACROIX, Jean. **Kant e o kantismo.** Porto: Rés- editora, sd.
- LEITE, Flamaron Tavares. **O conceito de direito em Kant** (na metafísica dos costumes- primeira parte) . São Paulo: Ícone, 1996.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Bauru: Edipro, 2003.
- _____. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 1990.
- _____. **Crítica da razão prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **Crítica da razão pura e outros textos filosóficos.** São Paulo: Abril S A Cultural e Industrial, 1974.(Coleção Os Pensadores).

- _____. **Doutrina do direito.** 2^a edição. São Paulo: Ícone, 1993.
- _____. **Escritos Pré-críticos.** São Paulo: Unesp, 2005.
- _____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Edições 70, 2001.
- _____. **Idéia de uma história universal do ponto de vista cosmopolita.** São Paulo: Brasiliense, 1986. Organização: Ricardo Ribeiro Terra.
- _____. **O conflito das faculdades.** Lisboa: Edições 70, 1993.
- _____. **Textos seletos.** 3^a edição. Petrópolis: Vozes, 2005.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARKENSON, Roberto. **Kant e a subjetividade transcendental.** Revista de Filosofia. João Pessoa: UFPB, p. 15 – 29, dez. 1991.
- MUGLIONI, Jean-Michel. **Théorie et pratique – Kant.** Paris: Hatier, 1990.
- NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PASCAL, Georges. **Compreender Kant.** Petrópolis: Vozes, 2005.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos.** João Pessoa: Vieira Livros, 2003.
- OLIVEIRA, Manfredo A de. **A filosofia na crise da modernidade.** São Paulo: Loyola, 1989.
- PORTA, Mario Ariel Gonzáles. **A filosofia a partir dos seus problemas.** São Paulo: Loyola, S/D.
- TERRA, Ricardo Ribeiro. **Kant e o direito.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- THOUARD, Denis. **Kant.** São Paulo: Estação Liberdade, 2004.
- TOSEL, André. **Kant révolutionnaire – droit et politique.** 2^a edição. Paris: Press Universitaire de France, 1990.
- WALKER, Ralph. **Kant: Kant e a lei moral.** 2^a edição. São Paulo: UNESP, 1999.