



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

VICTOR DE RESENDE MOTA

O IMPERATIVO CATEGÓRICO COMO FUNDAMENTO E DIMENSÃO CENTRAL DA
DIGNIDADE HUMANA

FORTALEZA
2013

VICTOR DE RESENDE MOTA

O IMPERATIVO CATEGÓRICO COMO FUNDAMENTO E DIMENSÃO CENTRAL DA
DIGNIDADE HUMANA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Dr. Reginaldo Rodrigues da
Costa.

FORTALEZA
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M917i Mota, Victor de Resende.
O imperativo categórico como fundamento e dimensão central da dignidade humana / Victor de Resende Mota. – 2013.
162 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Filosofia do Direito.
Orientação: Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa.
1. Dignidade. 2. Direito - Filosofia. I. Costa, Reginaldo Rodrigues da (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

VICTOR DE RESENDE MOTA

O IMPERATIVO CATEGÓRICO COMO FUNDAMENTO E DIMENSÃO CENTRAL DA
DIGNIDADE HUMANA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Reginaldo Rodrigues da Costa (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Renato Barbosa de Vasconcelos (Mestrando)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha mãe, cujo apoio foi condição de possibilidade deste trabalho.

Ao meu falecido pai, cujo exemplo me inspirou a trilhar a senda do Direito.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas pessoas e oportunidades que colocou em meu caminho.

À minha mãe Regina, pelo amor, cuidado e dedicação perenes.

À minha avó Fashur, que, embora fisicamente tenha partido, permanece comigo.

Ao meu padrinho Roberto Fontenele, pelo apoio ao longo de minha trajetória escolar.

Aos meus tios Márcio e Germana e às minhas primas Isabela, Rafaela e Manuela, pelo carinho e atenção.

Ao professor Reginaldo da Costa por me ter ajudado a despertar de meu sono dogmático e a ver o mundo sob outro prisma.

Ao professor Hugo Segundo e ao Mestrando Renato Barbosa, por terem aceitado, prontamente, o convite para formarem a banca examinadora deste trabalho.

Aos amigos do Grupo de Pesquisa em Filosofia dos Direitos Humanos, especialmente Ary Salgueiro, Bruno Weyne, Lucas Romero, Renato Barbosa e Ana Carolina Lucena, pelas importantes discussões e reflexões, fundamentais em minha formação.

Ao amigo Rafael Santiago de Codes, que, desde o início da faculdade, sempre me ajudou e me apoiou, tal qual verdadeiro irmão.

Ao amigo Alan Victor Rios, por sua prestatividade e generosidade.

Ao amigo Mário Sérgio Coutinho, por seu constante companheirismo.

Aos amigos Daniel Mavignier, Jonas Marinho, Kate Cibele, Renata Catarina, Rute Brandão, Samuel Cunha e Tiago Santiago, que enriqueceram e alegraram bastante os anos de faculdade.

Aos amigos do grupo de RPG – minha segunda família –, Bruno Macêdo, Caio Batista, Carlos Henrique, Carlos Neto, Eduardo Melo, Lucas Marques e Mariana Boujadi, pelo importante apoio ao longo dos anos e pelos épicos congraçamentos.

Aos amigos Emanuel Tabosa, João Victor, Lucas Aguiar, Mariana Otoch, Matheus Tabosa, Thales Pinheiro e Vitor Machado, com quem posso sempre contar.

À amiga Camila Belucco, com quem tive o prazer de conviver e aprender.

Aos amigos da Procuradoria da República no Ceará, pelas valiosas lições que me foram ensinadas, bem como pela sua gentileza e torcida para que este trabalho fosse devidamente realizado.

À Universidade Federal do Ceará, por seu apoio institucional.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), por ter financiado minhas atividades de iniciação científica nos anos 2010 e 2011.

“[...] a moralidade e a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade [...] *Autonomia* é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.”

“[...] que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia, *i. e.*, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma?”

(Immanuel Kant)

RESUMO

O princípio da dignidade humana, um dos princípios fundamentais da República Brasileira, é norma de peculiar importância para a proteção da pessoa contra ações e omissões de particulares e do Estado. Nada obstante, a ideia de dignidade é bastante indeterminada, e, conseqüentemente, vulnerável a usos oportunistas e inadequados, que podem deturpar seu sentido e esvaziar seu conteúdo, enfraquecendo seu poder normativo. Para enfrentar esse problema, o presente trabalho pretende utilizar o Imperativo Categórico, supremo princípio moral formulado pelo filósofo alemão Immanuel Kant, baseado na ideia de autonomia moral, como uma forma de fundamentar o princípio da dignidade humana e conferir-lhe contornos mais precisos. A fim de melhor esclarecer a relação entre o Imperativo Categórico e o princípio da dignidade humana, buscou-se inicialmente analisar os sistemas normativos do direito e da moral, as relações entre ambos e as vias pelas quais os princípios morais podem ingressar na ordem jurídica. Por fim, apresentou-se o conteúdo do Imperativo Categórico, sua condição de possibilidade e propôs-se um modo pelo qual esse princípio moral pode justificar e esclarecer o princípio da dignidade humana.

Palavras-chave: Dignidade humana. Imperativo Categórico. Autonomia.

ABSTRACT

The principle of human dignity, one of the fundamental principles of the Brazilian Republic, is a norm of particular importance to the protection of the person against actions and omissions of individuals and the State. Nonetheless, the idea of dignity is quite undetermined, and, therefore, vulnerable to opportunistic and inadequate uses, which may distort its meaning and empty its content, weakening its normative power. In order to face this problem, the present paper intends to use the Categorical Imperative, the supreme moral principle formulated by the German philosopher Immanuel Kant, based on the idea of moral autonomy, as a way to ground the principle of human dignity and give it more accurate outlines. In order to better clarify the relationship between the Categorical Imperative and the principle of human dignity, it was sought initially to analyze the normative systems of Law and morals, the relations between them and the ways by which moral principles can enter the legal order. Finally, it was presented the contents of the Categorical Imperative, its condition of possibility and it was proposed a way in which this moral principle can justify and clarify the principle of human dignity.

Keywords: Human dignity. Categorical Imperative. Autonomy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 A ESTRUTURA CONCEITUAL DO DIREITO E SUA FRONTEIRA COM A MORAL.....	17
2.1 O traço definidor do sistema jurídico.....	17
2.2 Os limites entre o direito e a moral.....	30
2.3 O positivismo moderado ou inclusivo como postura metodológica.....	39
3 AS VIAS DE ACESSO DOS PRINCÍPIOS MORAIS À ORDEM JURÍDICA.....	55
3.1 A estrutura semântica e a textura aberta das normas.....	55
3.2 A interpretação jurídica e a discricionariedade limitada do julgador.....	62
3.3 Dignidade e moralidade na regra de reconhecimento.....	77
4 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DO IMPERATIVO CATEGÓRICO.....	85
4.1 O Imperativo Categórico como supremo princípio moral e os deveres dele decorrentes.....	85
4.2 A liberdade da vontade como condição de possibilidade do Imperativo Categórico.....	108
4.3 O Imperativo Categórico como alicerce moral de justificação e densificação normativa do princípio da dignidade humana.....	135
5 CONCLUSÕES.....	149
REFERÊNCIAS.....	154

1 INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito brasileiro, de um modo geral, e o Direito Constitucional, em particular, sofreram importantes transformações ligadas à supremacia da Lei Magna e à valorização dos direitos fundamentais. Tais mudanças, que ainda estão em andamento e em vias de consolidação, estão sendo reconhecidas por muitos estudiosos¹ como um novo modelo de ciência e de prática jurídicas: o denominado “neoconstitucionalismo”.

Embora esse paradigma não seja entendido de maneira uniforme, apresentando características difusas e limites fluidos, havendo quem fale em “neoconstitucionalismos”², é possível apontar traços essenciais que definem, ao menos, o núcleo dessa nova fase do Direito.

Segundo Daniel Sarmento, as principais características do neoconstitucionalismo podem ser descritas do seguinte modo: a) aceitação dos princípios jurídicos como espécies de normas jurídicas dotadas de eficácia e reconhecimento de sua importância teórica e prática; b) resistência ao formalismo e busca de métodos mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, a tópica e as teorias da argumentação; c) constitucionalização do direito, compreendida como a extensão dos efeitos das normas constitucionais, sobretudo as de direitos fundamentais, a todos os ramos da ordem jurídica; d) maior contato entre o direito e a moral, crescendo a importância da filosofia no discurso jurídico; e) judicialização da política e

¹Sobre autores que defendem o neoconstitucionalismo, ver BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, 2006. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2013; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salaomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-10. Com tom crítico, conferir ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila-neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 04 jun. 2013; para uma crítica à supervalorização dos princípios e ao emprego excessivo e inconsistente da técnica da ponderação, associados ao neoconstitucionalismo, ver NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 171-220.

²Sobre as dificuldades em formular um conceito unívoco de neoconstitucionalismo, Sarmento afirma que “não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque [...] não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes”. Cf. SARMENTO, Daniel, op. cit., 2009, p. 12.

das relações sociais, intensificando-se o destaque, o poder e a influência do Judiciário no contexto institucional da República, bem como na vida cotidiana das pessoas.³

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, aponta os seguintes elementos como sendo as notas definidoras do neoconstitucionalismo: a) características do ponto de vista metodológico-formal (normatividade, centralidade e superioridade da Constituição); b) características do ponto de vista material (integração de princípios, valores e opções políticas ao texto constitucional, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana, e aumento dos conflitos entre normas e concepções filosóficas e políticas existentes no seio da própria Carta Magna).⁴

Assim, um dos principais traços desse novo paradigma constitucional é a atribuição do “status” de norma jurídica aos princípios, reconhecendo-lhes a produção de efeitos dentro da ordem jurídica.⁵ Juntamente com essa mudança, verifica-se o reconhecimento da supremacia da Constituição e de suas normas (princípios e regras), sobretudo as de direitos fundamentais, bem como uma maior liberdade do julgador na atividade de interpretação e aplicação do direito e a possibilidade (e até mesmo o dever) de levar em conta aspectos morais e as consequências práticas da decisão em sua deliberação, crescendo a importância do diálogo com outras áreas do conhecimento, notadamente a filosofia e a sociologia jurídicas.

Associado à centralização da Constituição e dos direitos fundamentais, desencadeou-se um processo que vem sendo designado como “constitucionalização do direito”, fenômeno no qual as normas de direitos fundamentais apresentam não somente eficácia vertical (entre o Estado e os particulares), mas também eficácia horizontal (entre os próprios particulares), irradiando efeitos por todos os ramos da ordem jurídica, influenciando notadamente em sua compreensão e interpretação.⁶

Também parece haver uma tendência, entre muitos doutrinadores brasileiros, de compreender a atual relação entre o direito e a moral sob a ótica de uma nova corrente teórica, que supostamente teria superado a tradicional dicotomia entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico: trata-se do denominado “pós-positivismo”.

³Cf. *Ibidem*, p. 3.

⁴Cf. BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, 2006, p. 32-34.

⁵Acerca da eficácia jurídica dos princípios, ver BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro, 2011.

⁶Sobre esse importante fenômeno jurídico, conferir SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008; SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

Apesar de suas imprecisões conceituais, essa vertente filosófica é normalmente caracterizada tanto por elementos que definem o próprio neoconstitucionalismo (aceitação da normatividade, da importância e da carga axiológica dos princípios, reconhecimento da supremacia e do caráter principiológico da Constituição e pretensão de aproximar o Direito da ideia de justiça)⁷, como pela defesa da tese segundo a qual há “um nexo conceitual necessário entre o direito e a moral”, inspirada em autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin. De fato, boa parte da doutrina nacional aponta esses pensadores como os inspiradores ou expoentes do pós-positivismo⁸ em razão de suas críticas à concepção positivista do Direito.⁹

Não há consenso acerca da relação entre o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo. Para Luís Roberto Barroso, por exemplo, as duas noções são inseparáveis: “[...] o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo.”¹⁰ Já Daniel Sarmento admite a possibilidade de uma pluralidade de concepções no seio do neoconstitucionalismo: “[...] entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas [sic]”.¹¹ De todo modo, verifica-se que há uma estreita conexão entre os dois conceitos, de forma que ambos, muitas vezes, são tratados de modo quase idêntico.

Apesar das divergências e das indefinições, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo aponta para a supremacia da Constituição e para a centralidade dos direitos fundamentais, cuja pedra angular normalmente é identificada no princípio da dignidade humana, considerada como elemento justificador e unificador da proteção constitucional do indivíduo.¹²

Nesse cenário de importantes mudanças, no qual pairam muitas controvérsias e se

⁷Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 6, p. 19-28, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/11022806/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2013; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 12-13.

⁸Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 82-83; MARMELSTEIN, George, op. cit., 2011, p. 12; SARMENTO, Daniel, op. cit., 2009, p. 25-26.

⁹Cf. ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

¹⁰BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2006, p. 46.

¹¹SARMENTO, Daniel, op. cit., 2009, p. 11.

¹²Cf. BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., 2011, p. 125-137; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 77-98. Para uma discussão mais detalhada desse assunto, ver o terceiro tópico do segundo capítulo do presente trabalho.

verificam diversos conceitos de contornos abertos e indeterminados, este trabalho, reconhecendo a esfera de liberdade de que dispõe o julgador para decidir a partir do direito positivo e a necessidade de balizamentos aptos a orientar e a controlar racionalmente a interpretação e a decisão judicial, sobretudo no tocante à proteção da dignidade humana e à tutela dos direitos fundamentais, visa propor um parâmetro capaz de contribuir com esses objetivos: a adoção do Imperativo Categórico – supremo princípio da moralidade racional, tal qual pensada pelo filósofo alemão Immanuel Kant – como fórmula apta a justificar a dignidade humana e dar-lhe contornos mais precisos.

A fim de bem analisar a relação entre o princípio jurídico da dignidade humana – preceito constitucional fundamental – e o Imperativo Categórico – princípio moral universal construído pela razão prática –, busca-se tematizar preliminarmente os sistemas normativos a que pertencem cada um desses preceitos: o direito e a moral.

Para tanto, o primeiro capítulo trata da estrutura conceitual do direito, sobretudo à luz da teoria das normas secundárias de Herbert Hart, bem como analisa as diferenças e relações do sistema jurídico com a moralidade, entendida esta tanto na condição de acervo de valores e normas efetivamente aceitos em determinado grupo social (moral positiva), como sob a forma de princípios racionais oriundos da reflexão (moral ideal). Ademais, examina-se o embate entre as teses centrais das concepções positivista e não positivista do direito, de modo a compor um pano de fundo conceitual adequado para estudar as interações entre as normas jurídicas e os preceitos morais.

Após a determinação genérica das relações entre o direito e a moral, o segundo capítulo se propõe a investigar especificamente as principais formas pelas quais a moralidade pode influir ou ingressar na ordem jurídica positiva. Passa-se então à análise de determinados traços linguísticos e estruturais das normas para lançar luzes sobre a atividade de interpretação do direito positivo, a participação ativa do julgador no processo de exegese normativa, bem como a abertura da hermenêutica jurídica para a moralidade. Por fim, mostra-se como preceitos éticos podem acessar o sistema jurídico, determinando a validade de suas normas, e define-se o papel da dignidade humana na relação entre os sistemas normativos do direito e da moral.

O terceiro capítulo versa sobre alguns traços fundamentais da filosofia prática de Immanuel Kant, expondo inicialmente os principais pontos do complexo sistema moral racional por ele articulado, que tem como alicerce central o Imperativo Categórico. Em

seguida, apontam-se os fundamentos da possibilidade desse preceito moral, destacando-se a liberdade e a autonomia do ser humano, enquanto ser racional. Após essa explanação, propõe-se uma interpretação da dignidade humana que leve em conta as exigências morais do Imperativo Categórico em todas as suas dimensões: como reivindicação normativa universal, dirigida a todos os seres racionais, que busca a preservação, o respeito e a promoção da humanidade como um fim em si e que reconhece a autonomia como um bem valioso por si mesmo.

2 A ESTRUTURA CONCEITUAL DO DIREITO E SUA FRONTEIRA COM A MORAL

2.1 O traço definidor do sistema jurídico

Antes de tematizar a relação entre o Imperativo Categórico e o princípio jurídico da dignidade, é preciso confrontar as diferenças entre os distintos âmbitos normativos a que pertencem tais preceitos: a moral e o direito. Para tanto, buscar-se-á inicialmente situar a ordem jurídica no contexto de outros sistemas normativos sociais, caracterizando-a a partir de seus atributos fundamentais.

No convívio social, diversas espécies normativas regulam a conduta dos indivíduos, constituindo justificativa para reivindicações e pretensões legítimas, razões para a prática ou abstenção de certos atos e crítica do comportamento próprio e alheio. Assim, há normas jurídicas e morais, bem como outras modalidades de normas sociais, como regras gramaticais e convenções de etiqueta. “As normas jurídicas [...] não passam de uma parte da experiência normativa. Além das normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, sociais, costumeiras, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras de boa educação, etc.”¹³ Em meio a essa diversidade de padrões de comportamento, faz-se necessário delinear os traços característicos do direito, de modo a diferenciá-lo das demais formas de normatividade social.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que não se mostra adequado caracterizar o direito com base apenas em suas normas isoladas, isto é, não se revela promissora a tentativa de diferenciar as normas jurídicas, singularmente consideradas, dos demais tipos de norma. É preciso considerar a norma situada no ordenamento, em suas relações com as demais normas, de modo a distinguir o sistema jurídico dos demais conjuntos normativos. Sintetizando essa tese, afirma Norberto Bobbio que “[...] o *que comumente chamamos de Direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas* [...] Só em uma teoria do ordenamento [...] o fenômeno jurídico encontra sua adequada explicação.”¹⁴

Segundo o jusfilósofo inglês Herbert Hart, a chave para a compreensão do fenômeno jurídico consiste em analisar o direito como um sistema que reúne duas espécies de

13BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, p. 25-26.

14Idem. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1995, p. 28.

normas: a) as primárias, que estabelecem direitos e deveres, tendo estrutura lógica bastante similar a das normas morais; b) as secundárias, que versam sobre as primárias, determinando sua identificação no sistema, os encarregados de aplicá-las e fixar-lhes o sentido e o alcance, bem como autorizando determinados indivíduos, em certas situações, a criar, modificar ou extinguir normas. Nas palavras do próprio Hart:

As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes [...].¹⁵

Assim, a principal especificidade do direito, em um estágio de desenvolvimento que permita diferenciá-lo claramente da moralidade do grupo, consiste na existência das normas secundárias. De acordo com Hart, essas normas se classificam em três espécies: a) as de modificação, que permitem a introdução, alteração ou extinção de normas do sistema jurídico; b) as de julgamento, que conferem competência jurisdicional a determinados órgãos, incumbindo-os de aplicar e interpretar as normas jurídicas; c) a de reconhecimento, que contém o conjunto de critérios por meio dos quais os órgãos jurisdicionais identificam as normas jurídicas válidas, impondo-lhes o dever de aplicá-los corretamente.¹⁶

De acordo com o pensador inglês, são as normas secundárias, portanto, que caracterizam um sistema normativo como jurídico e superam as deficiências do controle social fundado exclusivamente em normas morais reconhecidas pela maior parte do grupo. Sem as normas jurídicas secundárias, haveria meramente um conjunto frouxo de padrões morais que conseguiriam regular, com certa estabilidade, apenas “[...] uma pequena comunidade, estreitamente unida por laços de parentesco, sentimentos e convicções comuns, localizada num ambiente estável [...]”.¹⁷

Assim, caso não houvesse normas de modificação, que outorgam poderes de criação, alteração e extinção de normas jurídicas tanto a órgãos públicos (poder de legislar) quanto a indivíduos (poder de celebrar negócios jurídicos), a estrutura do sistema normativo seria bastante estática, porquanto as únicas mudanças possíveis decorreriam do lento processo

¹⁵HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 105.

¹⁶Cf. *Ibidem*, p. 122-128.

¹⁷*Ibidem*, p. 119.

pelo qual se formam ou caem em desuso as regras consuetudinárias, de forma que não haveria meios para adequar as normas às mudanças da realidade social de forma célere e eficaz. As normas de modificação, portanto, prestam-se a solucionar o *caráter estático* das normas morais e costumeiras.¹⁸

Sem regras de julgamento, que centralizam o poder de estabelecer o entendimento sobre as normas, de decidir quando e como se dá sua violação e de aplicar as sanções nelas previstas, haveria não apenas dúvida quanto à correta compreensão dos preceitos normativos, como também seria bastante ineficiente e desorganizada a aplicação das punições em caso de infração às normas, haja vista que a pressão social difusa envolvida na repressão aos infratores não seria capaz de canalizar adequadamente o tempo e a energia necessários para lidar com as violações, além de poder ensejar arroubos de vingança privada. As normas de julgamento, por conseguinte, destinam-se a combater a *ineficiência* na aplicação das normas, na administração das sanções e na resolução dos conflitos decorrentes de sua inobservância.¹⁹

Por fim, se não existisse uma norma de reconhecimento, que permitisse aos cidadãos e sobretudo a determinados órgãos identificar, com certa precisão, as normas dotadas de autoridade, não seria possível afirmar que os padrões de conduta vigentes constituem um sistema, isto é, uma totalidade ordenada e coerente. Também haveria bastante dúvida acerca de quais normas efetivamente estão em vigor, compondo a ordem jurídica, e conseqüentemente incerteza quanto aos comportamentos exigidos, proibidos e permitidos. A regra de reconhecimento, destarte, visa precipuamente a remediar o problema da *incerteza* na correta identificação e compreensão das normas consideradas válidas no âmbito da comunidade.²⁰

Em síntese, discorrendo sobre as funções das normas secundárias e seu papel na definição do direito, arremata Hart:

A solução para cada um desses três defeitos principais dessa forma mais simples de estrutura social [caráter estático das normas, aplicação ineficiente de sanções e incerteza quanto à identificação e à compreensão das normas] consiste em suplementar as normas *primárias* de obrigação com normas *secundárias*, que pertencem a uma espécie diferente. A introdução da correção para cada um dos defeitos mencionados poderia ser considerada, em si mesma, uma etapa da transição do mundo pré-jurídico ao jurídico, pois cada recurso corretivo traz consigo muitos dos elementos que permeiam o direito: certamente, combinados, os três recursos bastam para converter o regime de normas primárias em algo que é indiscutivelmente um sistema jurídico [...] **o direito pode ser caracterizado como**

18Cf. Ibidem, p. 120.

19Cf. Ibidem, p. 121.

20Cf. Ibidem, p. 119-120.

uma combinação de normas primárias de obrigação com normas secundárias
(destaque nosso).²¹

No tocante ao conteúdo das normas secundárias, é importante ressaltar que, enquanto as regras de modificação e de julgamento outorgam *poderes* para que se efetuem diversas operações com as normas do sistema jurídico, a regra de reconhecimento, que contém os parâmetros de validade jurídica, impõe o *dever* de aplicar corretamente esses critérios, de modo a manter, no ordenamento, apenas aquelas normas que sejam válidas segundo tais parâmetros.²²

Embora a regra de reconhecimento contenha os critérios de validade jurídica que são públicos e acessíveis a todos, dirigindo-se tanto a cidadãos quanto às autoridades em geral e às autoridades judiciárias em particular, tal norma estabelece um *dever* de correta identificação e aplicação dos seus parâmetros de validade somente às autoridades competentes do sistema, que são aquelas dotadas de poder pelas regras de julgamento. Conforme esclarece Raz: “[...] a norma de reconhecimento é uma lei [regra] que impõe deveres [...] isto significa que seus sujeitos não podem ser o conjunto da população, pois as pessoas comuns não têm o dever de identificar [...] leis [...] (nem têm o poder legal para isso).”²³

Apesar de suas diferenças de conteúdo e de função, há estreita conexão entre as normas secundárias: a regra de reconhecimento deve incorporar critérios de identificação que façam referência às normas de modificação, visto que estas são responsáveis por introduzir e alterar as normas do sistema. Além disso, o emprego decisivo da regra de reconhecimento para identificar normas jurídicas válidas será feito pelos agentes qualificados como órgãos jurisdicionais pelas normas de julgamento. A norma de reconhecimento atua, portanto, como elemento aglutinador do complexo de normas secundárias, determinando a conexão e a unidade entre elas.

Destarte, verifica-se que é o conjunto de normas secundárias, em sua delicada interação sistêmica, que confere ao direito seu *caráter institucional*, determinando e estruturando o rol de autoridades e órgãos com o poder de criar e aplicar as normas jurídicas e

²¹Ibidem, p. 121-122.

²²Sobre o caráter da regra de reconhecimento como fonte de deveres e o rol de seus destinatários, há certa controvérsia, já que o próprio Hart não é muito claro nesse ponto. Sobre os que entendem ser a regra de reconhecimento impositiva de deveres, ver COLEMAN, Jules L. The Conventionality Thesis. **Philosophical Issues**, v.11, i.1, p. 354-387, oct. 2001. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1758-2237.2001.tb00050.x/abstract>>. Acesso em: 12 jul. 2013; RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 265-266.

²³RAZ, Joseph, op. cit., 2012, p. 266.

de fixar o seu sentido e alcance, resolvendo os conflitos decorrentes de sua violação e as divergências em torno de sua interpretação, além de impor a esse mesmo aparato o dever de identificar e aplicar corretamente o direito válido segundo os critérios e diretrizes próprios da regra de reconhecimento do sistema. Discorrendo sobre a matéria, Carlos Santiago Nino afirma que “Essas normas [secundárias], que Hart menciona como distintivas do direito, indicam, em suma, uma propriedade que muitos autores [...] concordam em considerar definitiva do conceito de sistema jurídico: seu caráter *institucionalizado*.”²⁴

À luz dessa concepção do direito como uma união sistemática de normas primárias e secundárias, Hart enuncia as duas condições necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico: a) as normas primárias tidas como válidas devem ser geralmente observadas pelos cidadãos, isto é, o sistema, como um todo, precisa ser eficaz; b) as normas secundárias (reconhecimento, modificação, julgamento) devem ser efetivamente empregadas como “padrões públicos de comportamento oficial” pelas autoridades, notadamente pelos órgãos jurisdicionais do sistema.²⁵ Nas palavras de Hart: “A afirmação de que um sistema jurídico existe é [...] uma declaração [...] que contempla tanto a obediência por parte dos cidadãos [...] quanto a aceitação das normas secundárias pelas autoridades, que encaram tais normas como padrões [...] comuns para o comportamento oficial.”²⁶

O jusfilósofo inglês também destaca que a norma de reconhecimento, por estabelecer os critérios com base nos quais se determina a validade das normas do sistema jurídico, pode ser considerada como “norma última” ou “norma suprema” (*ultimate rule*) desse ordenamento, isto é, essa espécie de norma secundária, ao funcionar como o parâmetro empregado para identificar aquilo que se considera direito válido, constitui o padrão pelo qual se examina a validade das normas jurídicas e, portanto, apresenta e ordena os critérios que são fontes de validade do sistema.²⁷

O status especial da norma de reconhecimento, na ordem jurídica, se manifesta não apenas pela sua centralidade no sistema, mas também por não ser uma norma jurídica positivada segundo as regras de pertinência e de validade do ordenamento, mas uma regra cuja existência se baseia em uma prática social complexa partilhada pelos órgãos encarregados da aplicação de suas normas. Sua existência não depende de nenhuma outra

24NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 123.

25Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 150.

26Ibidem, p. 151.

27Cf. Ibidem, p. 136; RAZ, Joseph, op. cit., 2012, p. 264.

regra, pois é a partir dela que se verifica a pertinência de uma norma ao sistema. “[...] a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa [...] que envolve a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato.”²⁸

Apesar de o próprio Hart ser ambíguo nesse particular, por razões de clareza e precisão terminológica, deve-se fazer a distinção entre a regra de reconhecimento propriamente dita e o plexo de práticas sociais que lhe dá suporte e sustenta sua existência.²⁹ Enquanto a regra de reconhecimento é uma entidade proposicional (semântica e linguística) abstrata, apresentando condições de satisfação que podem verificar-se ou não, as práticas sociais que lhe são subjacentes são comportamentos concretos, espaço-temporalmente determinados, que ocorrem ou não.³⁰

Acerca do caráter último ou supremo da regra de reconhecimento, Scott Shapiro esclarece o seguinte:

Porque a regra de reconhecimento é uma regra social, ela é capaz de ser uma regra suprema. Ela é suprema no sentido de que ela não existe em virtude de nenhuma outra regra. Sua existência é assegurada simplesmente em razão de sua aceitação e prática. As regras primárias do sistema jurídico, em contraste, não são supremas porque existem em virtude da regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento válida, mas não é ela mesma validada (tradução nossa).³¹

Desse modo, embora determine a validade das demais normas jurídicas, a própria regra de reconhecimento não é, ela mesma, válida ou inválida, mas simplesmente aceita e utilizada para identificar o direito válido. Hart compara essa norma à “barra-padrão do metro”³² para indicar que não faz sentido perguntar pela medida do padrão que serve para medir, isto é, não cabe indagar a validade da norma que contém os critérios de validade das outras normas, já que, para tanto, seria necessário outra norma de reconhecimento (“padrão de medida”) diferente.³³

Enquanto norma convencional ou social, a regra de reconhecimento só existe se e

28HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 142.

29Cf. COLEMAN, Jules L, op. cit., 2001, p. 358.

30Cf. Ibidem, p. 358.

31SHAPIRO, Scott J. What is the rule of recognition (and does it exist)? **Yale Law School Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, v. 181, p. 5, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304645>. Acesso em: 13 jul. 2013. No original: “Because the rule of recognition is a social rule, it is capable of being an *ultimate* rule. It is ultimate in the sense that it does not exist in virtue of any other rule. Its existence is secured simply because of its acceptance and practice. The primary rules of the legal system, by contrast, are not ultimate because they exist in virtue of the rule of recognition. The rule of recognition validates, but is not itself validated.”

32Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 140.

33Cf. Ibidem, p. 140.

enquanto a prática social que ela ordena e busca disciplinar é sistemática e reiteradamente praticada (a prática social subjacente é sua condição de existência), diferentemente das demais normas jurídicas, que são válidas ou inválidas a depender dos critérios contidos na própria regra de reconhecimento ou deles decorrentes, independentemente de sua eficácia social específica.³⁴

A natureza convencional da regra de reconhecimento pode ser mais bem compreendida a partir da analogia, sugerida por Matthew Kramer³⁵, com as regras gramaticais em, pelo menos, um ponto fundamental: assim como os juízes e tribunais pressupõem a regra de reconhecimento para identificar o direito válido em suas operações cotidianas mesmo sem que tenham clara consciência disso, os falantes também empregam as regras gramaticais para orientar a articulação de suas palavras ainda que, muitas vezes, tenham dificuldades até mesmo para formular explicitamente tais regras.³⁶

Não obstante tenha esse caráter convencional, a regra de reconhecimento, assim como as regras gramaticais, não se confunde com um mero hábito social arraigado no seio de uma comunidade ou de um conjunto de autoridades. Ela é uma *norma* e, enquanto tal, levanta a pretensão de regular condutas e de impor deveres.³⁷

Para melhor compreender esse ponto, é preciso esclarecer a distinção traçada por Hart entre o “aspecto interno” e o “aspecto externo” das normas, bem como os seguintes pares conceituais correlatos: a dicotomia entre o “ponto de vista interno” e o “ponto de vista externo” e o binômio “enunciado interno” e “enunciado externo”.³⁸ Tais distinções conceituais fazem parte do esforço do jusfilósofo inglês em caracterizar as “normas sociais”, diferenciando-as dos meros hábitos no âmbito de sua “teoria prática das normas”.

De acordo com ele, embora tanto as normas sociais como os hábitos acarratem ou exijam a prática reiterada de um determinado comportamento pela maior parte de um grupo social ao longo do tempo, existem certas diferenças cruciais: a) o afastamento da conduta

34A diferença entre a validade jurídica de uma norma e sua eficácia social ou efetividade é uma das distinções mais basilares da Teoria do Direito. Cf. BOBBIO, Norberto, op. cit., 2001, p. 45-51; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, denominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 197-203.

35Cf. KRAMER, Matthew Henry. Of final things: morality as one of the ultimate determinants of legal validity. **Law and Philosophy**, v. 24, p. 47-97, 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/30040335?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21102757238627>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

36Cf. Ibidem, p. 57-58.

37Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 111-112: “Normas de etiqueta ou relativas à correção da fala são certamente normas. São mais do que hábitos convergentes ou regularidades de comportamento [...] normas são concebidas como preceitos que impõem obrigações.”

38Cf. Ibidem, p. 75-76 e 111-118.

habitual não gera necessariamente censura ou reprovação, ao passo que a inobservância de uma norma é vista como erro e enseja crítica e pressão no sentido de manutenção da obediência; b) no tocante às normas, o descumprimento não apenas gera críticas como é encarado como uma boa razão para que as críticas sejam feitas, isto é, a reprovação é havida por legítima ou justificada não apenas pelo que as fazem, mas também pelos infratores, caso reconheçam a validade da norma violada; c) as normas têm uma dimensão que não está presente nos hábitos, que é seu “aspecto interno”, o qual se caracteriza por uma “atitude crítico-reflexiva” por parte dos indivíduos diante da conduta prescrita: eles devem criticar a conduta que se desvia da norma, inclusive a sua própria (autocrítica), devem reivindicar obediência à norma, isto é, crer que a norma deve ser seguida por todos, inclusive por ele mesmo, e precisa reconhecer que tais pretensões, críticas e exigências se justificam com base na prescrição normativa.³⁹ “Uma norma social tem um aspecto 'interno', além do aspecto externo que compartilha com um hábito social e que consiste no comportamento costumeiro e uniforme que um observador poderia registrar.”⁴⁰

Para Hart, é possível analisar as normas sociais vigentes em determinado grupo sob dois enfoques distintos: a) a partir do “ponto de vista externo”, adotado por um observador que não aceita a validade das normas que examina, encarando-as como mero fato constatável empiricamente; b) à luz do “ponto de vista interno”, assumido por um membro do grupo (participante da prática social em questão) que reconhece e compreende a validade dos padrões normativos e que os utiliza como parâmetro para guiar seu comportamento e julgar as condutas próprias e alheias.⁴¹

A partir dessas duas perspectivas, podem-se conhecer as duas dimensões das normas sociais: a) seu aspecto externo, vislumbrado pela ponto de vista do observador, que consiste em regularidades observáveis de comportamento dos membros do grupo, isto é, não passa de uma uniformidade empírica de condutas que se mostra como mero fato social, sem que haja necessidade de compreender os motivos e as razões dos indivíduos que agem dessa forma; b) seu aspecto interno, que é o traço definidor dessas normas, distinguindo-as do mero hábito e do costume cego e que somente se mostra acessível a partir da perspectiva do participante: trata-se do poder normativo, isto é, da capacidade de servir como parâmetro de orientação, avaliação e julgamento das condutas, fornecendo razões para ações e abstenções,

39Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 74-76.

40Ibidem, p. 75.

41Cf. Ibidem, p. 115-117.

bem como para pretensões, reivindicações, críticas, exigências e reprovações legítimas e justificadas.

A atitude de aceitação das normas, que marca o ponto de vista interno, manifesta-se em “enunciados internos”, que revelam um raciocínio próprio daqueles que reconhecem ou compreendem a validade das normas de um sistema e que as empregam para fazer julgamentos e planejar suas ações, ao passo que a perspectiva externa se consubstancia em “enunciados externos”, em que o observador, sem aceitar a validade de determinada norma do ordenamento, refere-se ao fato de que outros a reconhecem como vinculante.⁴²

Com precisão, Neil MacCormick aponta uma importante ambiguidade na diferença entre o “aspecto interno” e o “aspecto externo” das normas e nos demais pares conceituais acima mencionados.⁴³ Enquanto Hart destaca a adoção de uma “atitude crítico-reflexiva” de aceitação da norma como elemento central da perspectiva interna, MacCormick ressalta o fato de que não apenas esse elemento volitivo de “aceitação” normativa é relevante, mas também há um elemento intelectual de “compreensão” do fenômeno normativo, que não pode ser ignorado na caracterização dos pontos de vista interno e externo.

Segundo MacCormick, é possível que certos indivíduos usem uma norma social como padrão de avaliação e julgamento de condutas, mesmo que discordem dela ou que não queiram observá-la, vendo-se constrangidos a tanto por temor da repercussão social que teria sua infração.⁴⁴ Para que se possam usar as normas como parâmetros de orientação e crítica, o elemento volitivo de aceitação, embora seja relevante, não se mostra necessário: “[...] é possível entender as normas sociais e trabalhar com elas, mesmo na hipótese de sermos indiferentes ou hostis a elas.”⁴⁵

Assim sendo, pode-se diferenciar a dimensão “volitiva” da perspectiva interna, em que está presente o elemento de aceitação da norma e a disposição sincera em cumpri-la, de sua dimensão “cognitiva”, na qual apenas se compreende o que é exigido para o bom cumprimento do preceito. Embora diferencie tais componentes, MacCormick enfatiza que a compreensão sem o aspecto volitivo, isto é, a compreensão “desinteressada” de quem pretende infringir a norma ou apenas “finge concordar” com ela, sem realmente acolhê-la, é

42Cf. *Ibidem*, p. 132-135.

43Cf. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 359-381.

44Ibidem, p. 375: “Por que alguém haveria de obedecer a um padrão de conduta que ele próprio não considera ser uma norma desejável ou preferível de conduta social? A resposta é óbvia: a determinação de outras pessoas de que essa seja uma norma acarreta sua desaprovação quanto a qualquer conduta que se afaste dela. E são poucos os que têm grande disposição de atrair a censura de seus próximos que possa ser evitada.”

45Ibidem, p. 374.

dependente de uma postura baseada na adesão volitiva, que é fundamental para que a norma permaneça vigente no seio do grupo social.⁴⁶

Concluindo a existência da ambiguidade entre os sentidos “volitivo” e “cognitivo” das referidas distinções hartianas, MacCormick afirma o seguinte:

Para resumir a questão: existe uma distinção genuína, traçada por Hart entre pontos de vista “internos” e “externos”, com referência à atividade humana. Contudo, **o ponto de vista “interno”, como caracterizado por Hart, contém essencialmente componentes distinguíveis, que deveriam ser distinguidos. Existe o ponto de vista “interno em termos cognitivos”, a partir do qual a conduta é avaliada e compreendida segundo normas que estão sendo usadas pelo agente como normas de orientação: isso basta para uma compreensão de normas e do comportamento normativo. Entretanto, porque o pressupõe, ele é subordinado ao ponto de vista “interno em termos volitivos”**: o ponto de vista de um agente, que até certo ponto e por motivos que lhe parecem bons, tem uma adesão volitiva à obediência a um determinado padrão de conduta como norma para si mesmo, para outros [...] **Não creio que, em *Concept of Law*, Hart tenha observado a necessidade de distinguir entre diferenças em níveis de compreensão e diferenças em níveis de adesão, e é nessa medida que considero sua exposição ambígua** (destaque nosso).⁴⁷

Tendo em vista os esclarecimentos feitos por MacCormick, é possível afirmar que o ponto de vista interno deve ser compreendido de duas formas: a) a perspectiva interna em termos volitivos (“forte”), que exige dos participantes a adesão sincera às prescrições normativas, bem como o seu efetivo emprego na condução da própria vida e na elaboração de juízos de valor; b) a perspectiva interna em termos cognitivos (“fraca”), que prescinde da concordância com a norma e se satisfaz com a compreensão do seu sentido e a habilidade de utilizá-la como padrão de orientação e avaliação de condutas, ainda que se rejeite o seu conteúdo.

À luz dessas considerações acerca da distinção externo/interno, formulada por Hart e esclarecida por MacCormick, pode-se melhor analisar a existência da regra de reconhecimento nos sistemas jurídicos, bem como sua relação com o conceito de validade jurídica.

Sob a perspectiva do participante, utiliza-se a norma de reconhecimento para qualificar as normas jurídicas como válidas. Nesse ponto de vista, a regra de reconhecimento é pressuposta como padrão de identificação do direito válido, partilhado pelos membros do sistema jurídico em geral, especialmente os juízes e as autoridades, ainda que essa pressuposição raramente seja explicitada.

Os enunciados que versam sobre a validade de uma norma jurídica, portanto, são

46Ibidem, p. 374-375.

47Ibidem, p. 380-381.

internos, isto é, expressam o ponto de vista de um participante do sistema jurídico, que conhece e implicitamente emprega sua regra de reconhecimento para determinar que normas pertencem a ele. Acerca dessas questões, esclarece Hart:

Os enunciados de validade jurídica feitos por juízes, juristas ou cidadãos comuns [...] São enunciados jurídicos internos que expressam o ponto de vista daqueles que aceitam a norma de reconhecimento do sistema, e assim deixam implícitas muitas coisas [...] Em primeiro lugar, uma pessoa que afirma com segurança a validade de uma dada norma jurídica – uma determinada lei, por exemplo – utiliza, ela própria, uma norma de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar aquela lei. Em segundo lugar, ocorre que essa norma de reconhecimento [...] não é aceita apenas por aquela pessoa, mas consitui a norma de reconhecimento aceita e empregada de fato no funcionamento geral do sistema. Se a veracidade desse pressuposto [a existência da norma de reconhecimento e sua observância geral no sistema] estivesse em dúvida, poderia ser comprovada mediante referência à prática efetiva, isto é, à maneira como os tribunais identificam o direito, e à aceitação geral dessas identificações ou obediência a elas.⁴⁸

Ante os referidos esclarecimentos de Neil MacCormick, pode-se apontar uma ambiguidade no emprego do termo “aceitação” feito por Hart. Sob o ponto de vista interno “cognitivo”, o juiz ou o cidadão não precisam concordar com a regra de reconhecimento ou avaliá-la positivamente, desde que sejam capazes de empregá-la de acordo com a prática geral do sistema. Apenas da perspectiva interna “volitiva”, deve-se falar em acolhimento sincero do conteúdo dessa norma. Assim, no primeiro caso, “aceitação” quer dizer apenas emprego efetivo, ao passo que, somente na segunda acepção, significa concordância.

Como ressalta Hart, para que possa existir, a norma de reconhecimento deve ser compreendida e adotada pelos juízes e tribunais, do ponto de vista interno, como um “padrão público e comum para a decisão judicial correta”⁴⁹, e não como algo que as autoridades judiciárias observam de modo isolado e eventual, a seu talante.

Do ponto de vista externo, a norma de reconhecimento é encarada como a forma pela qual os participantes do sistema jurídico efetivamente identificam as normas que consideram juridicamente válidas. Sob esse prisma, a regra de reconhecimento nada mais é que um fato social, o qual serve para fazer previsões sobre como os juízes e tribunais decidirão e que normas considerarão válidas.

Sintetizando esse duplo aspecto interno/externo, conclui-se, com Hart, que “[...] a norma última de reconhecimento pode ser encarada de dois pontos de vista: um é expresso no enunciado factual externo de que a norma existe na prática [...]; o outro pode ser visto nos

⁴⁸HART, Herbert, op. cit, 2009, p. 139-140.

⁴⁹Ibidem, p. 149.

enunciados internos de validade feitos por aqueles que a usam para identificar o direito.”⁵⁰

A regra de reconhecimento, enquanto norma social, efetivamente existe, portanto, quando se conjugam dois elementos: a) a prática social convergente que lhe dá suporte; b) a adoção da atitude crítico-reflexiva própria do ponto de vista interno (fraco ou forte) pela maioria dos destinatários da norma.⁵¹

Tendo em vista que, embora apresente os parâmetros de validade jurídica, que podem e devem orientar todos os cidadãos, a norma de reconhecimento impõe o dever de correta aplicação desses critérios apenas às autoridades competentes para tanto, à luz das regras de julgamento do sistema, verifica-se que “somente a conduta das autoridades, e não a da população como um todo, determina se a norma de reconhecimento existe.”⁵²

Quanto ao papel que exerce na estruturação do sistema jurídico, deve-se destacar que a existência de uma norma de reconhecimento consolidada é condição necessária para a unidade, identidade e a continuidade de tal sistema normativo, pois, caso fossem aplicados distintos padrões de validade jurídica pelos juízes e tribunais, haveria conflitos normativos, decisões díspares e divergências de entendimento a tal ponto que, na prática, diversas ordens jurídicas conviveriam caoticamente, sobrepondo-se umas às outras.⁵³

Conquanto haja controvérsia nesse aspecto, pode-se concluir, com base em sua própria estrutura conceitual, que a norma de reconhecimento é uma, apesar de não necessariamente ser unívoca em todos os pontos relevantes.⁵⁴ Se houvesse uma pluralidade de regras de reconhecimento, a diferença entre os critérios de validade jurídica seria tamanha que as autoridades poderiam acabar aplicando normas bastante diferentes e os jurisdicionados receberiam tratamento bem distinto, de forma que a unidade do sistema jurídico seria corroída em uma questão de tempo.

Em vez disso, verifica-se que, para cada sistema jurídico, há uma e somente uma

50Ibidem, p. 144.

51Cf COLEMAN, Jules L, op. cit., 2001, p. 362; MACCORMICK, Neil, op. cit., 2006, p. 370; SHAPIRO, Scott J, op. cit., 2009, p. 4-5.

52RAZ, Joseph, op. cit., 2012, p. 266.

53HART, Herbert., op. cit., 2009, p. 149-150.

54Cf. KRAMER, Matthew, op. cit., 2005, p. 51-52: “Nós podemos corretamente manter que uma única Regra de Reconhecimento existe nesse ou naquele sistema jurídico mesmo que os oficiais nele não subscrevam exatamente o mesmo conjunto de critérios [...] a abertura de uma Regra de Reconhecimento em suas margens se deve tipicamente, ao menos, tanto a divergências entre oficiais sobre os critérios de validade jurídica quanto a desacordos sobre a aplicabilidade desses critérios a problemáticos fenômenos fronteiros. No original: “We can correctly maintain that a single Rule of Recognition exists in this or thar legal system even though the officials therein do not all subscribe to exactly the same set of criteria [...] the openness of a Rule of Recognition at its margins is typically due at least as much to divergences among officials about the law-validating criteria as to disagreements about the applicability of those criteria to problematic borderline phenomena.”

regra de reconhecimento, que contém um conjunto de parâmetros de validade, aos quais estão vinculados outros critérios em cadeia.

À luz da premissa do escalonamento da ordem jurídica, defendida por Kelsen,⁵⁵ pode-se afirmar que o critério fundamental de validade contido na regra de reconhecimento diz respeito à própria Constituição, norma positiva fundamental do sistema.⁵⁶ A partir dela, verifica-se diretamente a validade dos atos normativos primários⁵⁷, como as leis, que têm fundamento imediato de validade no próprio texto constitucional. Por meio de uma série encadeada de parâmetros de validade, com origem na regra de reconhecimento, chega-se aos critérios de validade dos atos normativos secundários⁵⁸, como os atos administrativos normativos, que têm fundamento de validade na lei e apenas indiretamente se reportam à Constituição.

Considerando o critério de validade fundamental (conformidade com a Constituição), a complexa cadeia de parâmetros de validade que subordina os diferentes atos normativos e o dever das autoridades de aplicar corretamente esses critérios, pode-se formular a regra de reconhecimento de um Estado Constitucional da seguinte forma: são válidas todas as normas da Constituição e todas aquelas que forem plenamente compatíveis com ela, seja diretamente (atos normativos primários), seja indiretamente (atos normativos secundários), observando-se, nesse último caso, todos os critérios de validade estabelecidos pelos atos normativos que lhe são superiores, devendo as autoridades competentes aplicar somente as normas jurídicas válidas.

Dessa forma, tendo sido esclarecida a estrutura e a função da regra de reconhecimento, bem como as das demais normas secundárias, pode-se concluir, à luz das reflexões teóricas de Hart, que o traço definidor de um sistema jurídico consiste no seu caráter institucional, caracterizado pela presença das normas secundárias de modificação e de

55Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 246-295. Ver especialmente p. 246-247: “Uma norma [jurídica] somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela [...] A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. **A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas** (destaque nosso).”

56Cf. *Ibidem*, p. 247: “[...] a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.”

57Acerca do conceito de ato normativo primário, ver interessante voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12& processo=12>>. Acesso em 14 de jul. 2013.

58Sobre o conceito de “atos normativos secundários”, ver BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 203.

juízo e pela regra de reconhecimento, sendo esta sua “norma última”, que contém os critérios de identificação do direito válido e que funciona como fundamento da unidade, identidade, coesão e continuidade do sistema, impondo às suas autoridades e órgãos competentes o dever de aplicar corretamente as normas jurídicas válidas segundo os critérios nela integrados ou a ela ligados em cadeia, tendo por base o critério fundamental de validade de cunho constitucional.

2.2 Os limites entre o direito e a moral

Estando caracterizado o sistema jurídico como um conjunto de normas primárias e secundárias ordenado e unificado sob a égide de uma norma de reconhecimento, empregada pelos cidadãos e sobretudo pelos juízes e tribunais na identificação do direito válido, resta apresentar os lineamentos definidores da moral para então apontar suas principais relações e diferenças em face da ordem jurídica.

Em primeiro lugar, impende fazer uma importante clivagem no seio da própria moralidade, distinguindo entre moralidade social ou positiva e moralidade ideal.⁵⁹ A primeira consiste no conjunto de normas morais que são efetivamente acolhidas como válidas e geralmente observadas em uma determinada sociedade. Sua existência pode ser constatada como mero fato sociológico a partir do ponto de vista do observador, que se afasta das convicções normativas partilhadas pelo grupo e examina suas práticas sem concordar com elas. A moralidade ideal, por sua vez, compreende princípios racionalmente construídos e fundamentados a partir de construções teóricas e procedimentos discursivos elaborados com esse fim.⁶⁰

59Acerca dessa diferença, ver NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 92-104. Sobre raciocínio análogo, ver também HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 195-197. Baseado na teoria do desenvolvimento moral do psicólogo americano Lawrence Kohlberg, que distinguia três estágios (pré-convencional, convencional e pós-convencional), Habermas se refere ao último estágio como um momento em que a pessoa adota uma visão crítica e distanciada dos hábitos e valores da comunidade no qual se insere e passa a orientar seus juízos morais por princípios racionais, que também devem ser fundamentados discursivamente: “Com a passagem ao estágio pós-convencional da interação o adulto escapa à ingenuidade da prática cotidiana. Ele abandona o mundo social nativo [...] o agente se orienta por pretensões de validade reflexivamente examinadas [...] A passagem ao juízo moral guiado por princípios é só um primeiro passo, que precisa ainda ser complementado, e com o qual o adulto se desprende do mundo tradicional das normas existentes. Pois os princípios em que se funda a avaliação das normas [...] apresentam-se no plural e carecem eles próprios de fundamentação.”

60A rigor, deve-se diferenciar a moralidade ideal (em sentido amplo) da moralidade racional (ideal em sentido estrito). A primeira pode ser compreendida como toda tentativa de questionamento das convicções morais positivadas na sociedade e de defesa de valores e princípios que, conquanto se julgem válidos, não são efetivamente observados no grupo social. Para que a moral ideal seja considerada uma moral da razão, no

Ao contrário do que ocorre com as normas da moral positiva, a validade das normas morais ideais não depende da sua aceitação nem de sua observância geral pela maior parte dos membros de uma certa comunidade, mas depende tão somente da sua justificação racional, cuja força repousa principalmente na plausibilidade das premissas adotadas e no rigor revelado na argumentação.⁶¹

Estando baseadas na razão, as normas morais ideais servem de parâmetro para avaliar, criticar e reformar o código da moral social, cuja validade é então problematizada e posta em dúvida, de modo que as normas morais faticamente aceitas na comunidade somente voltam a merecer reconhecimento e adesão caso satisfaçam os critérios estabelecidos pelos princípios racionais dessa moralidade crítica.⁶²

Caso o indivíduo se limite a observar as normas arraigadas na tradição de sua comunidade sem sobre elas refletir ou ponderar, limitando-se a reproduzir, de forma praticamente mecânica, os costumes do grupo social, então não se pode falar em moralidade crítica ou ideal, mas somente em moral positiva.

A distinção entre essas duas formas de moralidade apenas se apresenta, quando, a partir de um distanciamento em face dos valores e das convicções normativas imperantes na comunidade, o sujeito adota uma perspectiva externa (ponto de vista do observador)⁶³, de modo que as normas morais efetivamente acolhidas pelos demais já não lhe parecem mais aceitáveis ou devidamente justificadas e passam a ser vistas como meros fatos sociais. A partir de então, buscam-se critérios para determinar “o que realmente se deve fazer” (norma de validade ideal) em oposição ao que “usualmente se entende como correto fazer em determinada sociedade” (norma faticamente aceita).

Assim sendo, as diferenças entre as duas formas de moralidade podem-se

entanto, é preciso que a reflexão crítica acerca das concepções morais faticamente aceitas atinja alto nível de profundidade, coerência e sistematicidade, devendo ser formulados princípios e critérios de julgamento e ação moral claros e racionalmente fundamentados, podendo-se falar, portanto, em verdadeira filosofia moral. Por razões de simplicidade, neste trabalho, será feita referência à moral racional e à moral ideal (em sentido estrito) de forma indiscriminada, devendo-se, contudo, ter em mente essa observação terminológica.

61Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 1989, p. 94. Para o jusfilósofo argentino, o que caracteriza os juízos da moral ideal é a sua validade ideal (aceitabilidade racional), ao passo que os juízos da moral positiva se definem pela sua validade social (aceitação fática): “As únicas diferenças entre os juízos da moral ideal e os da moral positiva estão dadas pela validade que se atribui aos primeiros e pela aceitabilidade social dos últimos.” No original: “Las únicas diferencias entre los juicios de la moral ideal y los de la moral positiva están dadas por la validez que se asigna a los primeros y por la aceptabilidad social de los últimos.”

62Ilustrando esse ponto, eis as palavras de Habermas: “Diante do olhar reflexivo de um participante do Discurso, o mundo social decompõe-se em convenções carentes de justificação; o acervo factual de normas tradicionais divide-se em fatos sociais, por um lado, e normas, por outro lado – estas perderam o respaldo das evidências do mundo da vida e precisam ser justificadas à luz de princípios. Cf. HABERMAS, Jürgen, op. cit., 1989, p. 199.

63Nesse ponto, são válidas as considerações já feitas acerca do ponto de vista externo, formulado por Hart.

condensar na distinção entre a “norma que deve ser observada” (moral ideal) e a “norma que efetivamente é obedecida no grupo” (moral positiva).

Não obstante essa oposição, a moral racional tem por base a reflexão, a avaliação e o questionamento efetuados acerca das normas positivadas no seio da sociedade e normalmente parte de valores e crenças enraizados no grupo para construir seus próprios princípios, que, quando definidos, volverão seu potencial crítico para essas mesmas normas que lhe serviram de substrato, podendo então alterar seu conteúdo ou modificar as crenças que lhe deram origem. Tais ajustes mútuos – entre princípios racionais de julgamento e orientação e convicções normativas socialmente sedimentadas – ocorrem em um contínuo e gradual processo circular, que pode culminar em um estado análogo ao que o filósofo americano John Rawls denominou de “equilíbrio reflexivo”.⁶⁴

É geralmente no bojo da moralidade comumente aceita (senso comum), portanto, que se tomam juízos morais ponderados e convicções normativas arraigadas como pontos de partida – ainda que precários e provisórios – para o raciocínio reflexivo que servirá de base para a formulação e a compreensão de princípios que, um vez articulados, atuarão como parâmetros de validade para as crenças e os valores de que se partiu originalmente.

Acerca da interessante conexão entre moral racional e positiva, afirma o jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino:

[...] o critério de validade dos juízos morais está implícito na mesma moral positiva (embora os juízos que se formulem no contexto dessa moral não consigam satisfazer o critério) [...] Em síntese, uma compreensão adequada das funções e estrutura do fenômeno social que identificamos como a moral vigente em uma sociedade pode contribuir para esclarecer as condições que devem satisfazer os juízos e teorias

64Cf. RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Álvaro de Vita. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 23-25: “ Trata-se de verificar se os princípios [de justiça] [...] são compatíveis com nossas concepções ponderadas acerca da justiça ou as ampliam de maneira aceitável. Podemos observar se a aplicação desses princípios nos levaria a formular os mesmos juízos [...] que agora formulamos intuitivamente e nos quais depositamos a maior confiança; ou se, nos casos em que haja dúvidas em nossos juízos atuais e eles sejam expressos com hesitação, esses princípios apresentam uma solução que podemos aceitar após reflexão [...] se esses princípios forem compatíveis com nossas convicções ponderadas de justiça, então até esse ponto tudo vai bem. Mas é possível que haja discrepâncias. Nesse caso [...] Podemos modificar a caracterização da situação inicial [buscar novos princípios] ou reformular nosso juízos atuais, pois até os juízos que consideramos pontos fixos provisórios estão sujeitos à reformulação. Com esses avanços e recuos [...] suponho que acabamos por encontrar uma descrição da situação inicial que tanto expresse condições razoáveis como gerem princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. Denomino esse estado de coisas equilíbrio reflexivo. É equilíbrio porque finalmente nossos princípios e juízos coincidem; e é reflexivo porque sabemos a quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas que lhes deram origem [...] Mas esse equilíbrio não é obrigatoriamente estável.” Na situação aqui analisada, o equilíbrio reflexivo não é fruto da interação circular entre juízos ponderados de justiça e princípios ideais que se refletem na posição original (situação inicial), como em Rawls, mas entre as normas e valores faticamente aceitos em determinado grupo e inicialmente acolhidos pelo sujeito e princípios racionais que ele elabora para orientar sua conduta e julgar suas próprias convicções normativas, que recebeu da sociedade.

morais para serem considerados válidos (tradução nossa).⁶⁵

Destarte, para que se possa compreender melhor a função e os lineamentos conceituais de uma moral ideal, afigura-se necessário analisar os principais traços que definem um sistema normativo como moral (socialmente reconhecido).

Segundo Hart, a estrutura formal da “moral 'aceita' ou 'convencional' de um grupo social real”⁶⁶ se caracteriza pela existência de normas primárias de dever que apresentam diversas propriedades específicas que são capaz de distingui-las das demais esferas normativas da sociedade.

Em primeiro lugar, as normas morais protegem bens considerados muito importantes e valiosos pela comunidade, clamando frequentemente por forte pressão social para que sejam obedecidas e ensinadas, além de exigir sacrifícios do interesse pessoal e controle das paixões e instintos.⁶⁷

Os padrões morais também são imunes à modificação deliberada, isto é, as normas morais vigentes em um grupo não podem ser criadas, modificadas ou extintas por um mera decisão ou ato volitivo individual ou coletivo, como é o caso das normas jurídicas, haja vista que as convicções morais estão arraigadas no interior da sociedade, adquirindo ou perdendo força normativa apenas por meio de processos lentos e involuntários.⁶⁸

Ademais, as normas morais só podem ser violadas de modo voluntário, ou seja, se uma pessoa faz tudo o que está a seu alcance e adota as precauções devidas, ela não pode ser responsabilizada moralmente, ainda que se produza um resultado danoso, ao passo que, no âmbito do direito, admite-se a responsabilidade objetiva (que prescinde da análise de culpa e dolo), sobretudo no direito civil.⁶⁹

Por fim, a forma de pressão exercida em caso de descumprimento das normas não consiste primordialmente em ameaças de consequências danosas ao patrimônio e à liberdade do infrator, como é o caso das sanções jurídicas, mas de uma resposta difusa da sociedade,

65NINO, Carlos Santiago, op. cit., 1989, p. 94-96. No original: “[...] el criterio de validez de los juicios morales está implícito en la misma moral positiva (aunque los juicios que se formulan en el contexto de esa moral no consigan satisfacer el critério) [...] En síntesis, una comprensión adecuada de las funciones y estructura del fenómeno social que identificamos como la moral vigente en una sociedad, puede contribuir a esclarecer las condiciones que deben satisfacer los juicios y teorías morales para ser considerados válidos.”

66HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 219.

67Ibidem, p. 224-227.

68Ibidem, p. 227-229.

69Ibidem, p. 230-232. Conforme se verá adiante, a moral racional, tal qual formulada por Kant, não comporta esse tipo de característica, pois exige a adesão íntima e sincera do sujeito às suas prescrições, o que jamais pode ser plenamente confirmado. Assim, mesmo acreditando agir moralmente, pode o sujeito, em seu íntimo, ser movido por considerações estranhas à moralidade e assim violar os princípios morais. Para uma discussão mais detalhada desse ponto, ver o primeiro tópico do terceiro capítulo deste trabalho.

que, além de incluir reações hostis, também faz apelo à importância de observar as normas morais pelo seu valor intrínseco, o que normalmente acarreta sentimentos de vergonha, remorso e constrangimento, ainda que não se concorde com a norma violada.⁷⁰

No tocante à moral ideal, esta busca refletir acerca das intuições e dos conceitos morais enraizados no senso comum para que, em um processo de generalização e abstração, possa chegar a seus pressupostos mais profundos e então seja capaz de formular ideias e argumentos capazes de fundamentar racionalmente princípios éticos que possam servir de parâmetro para a crítica, o julgamento e eventualmente a mudança dos padrões morais faticamente aceitos.

Como exemplo de moral racional, pode-se apontar o sistema moral desenvolvido pelo filósofo alemão Immanuel Kant, que, em suas obras de filosofia prática, investigou o supremo princípio de todo agir correto e formulou um complexo de deveres e ideais éticos a partir de certas concepções de pessoa, racionalidade e julgamento moral. John Rawls descreveu essa concepção kantiana como “construtivismo moral”:

[...] A ideia principal do construtivismo kantiano [...] consiste em estabelecer uma relação entre os princípios primeiros de justiça e uma concepção da pessoa moral que a considera como livre e igual. Esses princípios primeiros são utilizados para estabelecer a interpretação da liberdade e da igualdade que convém a uma sociedade democrática moderna. A relação buscada é fornecida por um procedimento de construção pelo qual agentes racionalmente autônomos e submetidos a condições razoáveis chegam a um acordo sobre os princípios de justiça.⁷¹

Destarte, partindo de intuições e pressupostos morais arraigados no “uso da razão humana vulgar”⁷², como os conceitos de boa vontade, dever e motivação moral, Kant constrói um procedimento argumentativo que, valendo-se de determinadas ideias morais fundamentais, desenvolve princípios e deveres éticos baseados na razão, conforme será mais bem esclarecido no terceiro capítulo deste trabalho.

Estando definidos os contornos conceituais da moralidade (positiva e ideal), cabe ressaltar suas diferenças em face do direito, atentando para as influências recíprocas que ambas as esferas normativas exercem uma sobre a outra.

⁷⁰Ibidem, p. 232-233.

⁷¹RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 111.

⁷²Cf. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995, p. 30: “O método que adotei neste escrito é o que creio mais conveniente, uma vez que se queira percorrer o caminho analiticamente, do conhecimento vulgar para a determinação do princípio supremo desse conhecimento [princípio supremo da moralidade], e em seguida, em sentido inverso, sinteticamente, do exame deste princípio e das suas fontes para o conhecimento vulgar onde se encontra a sua aplicação.”

Primeiramente, impende destacar a independência da autoridade de um sistema jurídico complexo e institucionalizado em face das reivindicações morais vigentes na sociedade. O exercício juridicamente válido do poder coercitivo e sancionatório pelos órgãos estatais condiciona-se ao cumprimento dos requisitos estabelecidos pelas normas secundárias, que devem ser aceitas por, ao menos, uma boa parcela da sociedade, porquanto “[...] é condição necessária para a existência do poder coercitivo que pelo menos alguns homens colaborem voluntariamente com o sistema e aceitem suas normas.”⁷³

Nada obstante, não é preciso que haja razões morais para que as pessoas obedeçam ao direito.⁷⁴ As normas jurídicas podem ser observadas voluntariamente por diversos outros motivos: cálculo de interesses e preocupação egoísta com o próprio bem-estar ou mesmo com o bem-estar de pessoas próximas, sentimento de respeito ou deferência à tradição, vontade de agir conforme o padrão da maioria, dentre outros. Além dos que cumprem o direito espontaneamente, pode haver também muitos que apenas se sujeitam às prescrições jurídicas pelo temor das sanções instituídas.⁷⁵

Embora não seja necessário para a existência de um sistema jurídico, o reconhecimento de um dever moral de acatar as normas jurídicas justas e de promover o respeito a elas certamente contribui para a sua estabilidade e manutenção prolongada.

Destarte, deve-se fazer a distinção entre o juízo de reconhecimento da validade de uma norma jurídica e o juízo pelo qual se afirma a correção moral de seu conteúdo. Para que seja juridicamente válida, a autoridade das normas jurídicas e o emprego da coerção e das sanções por elas regulado não depende necessariamente da incorporação dos padrões morais vigentes, bastando que haja um número suficiente de pessoas que colabore voluntariamente para a subsistência do sistema jurídico, por quaisquer razões – morais ou não. Os princípios da moral imperante no grupo, contudo, são capazes de conferir ao ordenamento aceitação e apoio bem mais profundos e abrangentes, tornando-o mais resistente às mudanças e às ameaças de ruptura institucional.

Embora a existência de um sistema jurídico não dependa direta e necessariamente da moral, esta exerce muitas influências sobre aquele. De acordo com Hart, podem-se apontar

73HART, Herbert. op. cit., 2009, p. 262.

74Acerca de uma discussão mais aprofundada nesse ponto, ver o próximo tópico deste capítulo.

75Cf. Ibidem, p. 262-263. Hart cita ainda uma razão plausível para explicar a confusão frequente entre validade jurídica e moral: “Aqueles que aceitam a autoridade de um sistema jurídico o encaram segundo o ponto de vista interno e expressam sua compreensão das exigências do sistema em enunciados internos, vazados na linguagem normativa comum tanto ao direito como à moralidade [...] No entanto, nem por isso se comprometem com o juízo *moral* de que seja moralmente correto fazer o que a lei exige.”

as seguintes relações principais: a) o papel das convicções e princípios morais na interpretação do direito, haja vista a ambiguidade, a vagueza e a abertura semântica da linguagem jurídica, que conferem ao magistrado uma boa margem de escolha e flexibilidade na determinação do sentido das normas jurídicas, tornando-as permeáveis a valores morais⁷⁶; b) o emprego de parâmetros morais (positivos e ideais) na avaliação, crítica e julgamento das normas e institutos jurídicos; c) a existência de critérios morais básicos ínsitos à própria ideia de justiça, manifestados na aplicação imparcial das normas a todos aqueles a quem elas devem ser aplicadas, de modo independente dos caprichos e interesses pessoais do julgador, bem como na publicidade e na clareza das normas jurídicas, isto é, trata-se de uma forma mínima de moralidade contida na dimensão formal da justiça (imparcialidade, tratamento isonômico, correta aplicação das normas vigentes, aplicação de punições e exigência de deveres previstos somente em normas públicas que foram promulgadas com antecedência)⁷⁷; d) valores e princípios morais podem fundamentar a recusa em aplicar e observar normas que, embora se mostrem juridicamente válidas, sejam moralmente iníquas.⁷⁸

Foi o filósofo alemão Immanuel Kant, porém, que traçou uma das mais esclarecedoras e precisas distinções entre a estrutura conceitual e o âmbito de incidência do direito e da moral racional em sua obra *Metafísica dos Costumes*.

Em sua classificação dos deveres em jurídicos (de direito) e éticos (de virtude), Kant esclarece que o âmbito de validade do Direito se limita ao plano externo, abrangendo, portanto, somente a liberdade exterior, na medida em que as normas jurídicas não podem impor ao sujeito o dever de adotar certos fins ou de observar suas prescrições por respeito à sua validade normativa. Assim, embora determine a prática ou a abstenção de certas ações, as leis jurídicas não podem penetrar no foro íntimo do agente, obrigando-o a acolher uma finalidade específica ou a agir segundo uma certa motivação.⁷⁹ Para a ordem jurídica, portanto, basta a mera legalidade (conformidade externa da ação à lei), não sendo necessária nem possível a exigência de moralidade (prática da ação por respeito à lei). Com efeito,

⁷⁶Essa influência será mais bem analisada no segundo tópico do segundo capítulo do presente trabalho.

⁷⁷Sobre o conceito de justiça formal e as restrições formais decorrentes do conceito de justo (generalidade, aplicação universal, publicidade, ordenação de reivindicações conflitantes e possibilidade de apelação em última instância), ver também RAWLS, John. Op. cit., 2008, p. 70-73 e 158-165.

⁷⁸Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 263-273.

⁷⁹Acerca da diferença entre o direito e a moral, na teoria kantiana, a partir das dicotomias conceituais da legalidade (legislação jurídica)/moralidade (legislação moral), legislação externa/legislação interna, liberdade externa/liberdade interna, cf. BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 86-100. Ver também o terceiro tópico do último capítulo do presente trabalho.

esclarece o filósofo de Königsberg:

[...] A legislação que faz de uma acção um dever e simultaneamente desse dever um móbil é *ética*. Mas a que não inclui o último na lei e que, conseqüentemente, admite um móbil diferente da ideia do próprio dever é *jurídica* [...] A mera concordância ou discordância de uma acção com a lei, sem ter em conta seus móveis, chama-se legalidade (conformidade com a lei), mas aquela em que a ideia de dever decorrente da lei é ao mesmo tempo móbil da acção chama-se moralidade (eticidade) da mesma. Os deveres decorrentes da legislação jurídica só podem ser deveres externos, porque esta legislação não exige que a ideia de dever, que é interna, seja por si mesma o fundamento de determinação do arbítrio do agente [...] Ao invés, a legislação ética [...] inclui na sua lei o motivo interno da acção (ideia de dever).⁸⁰

Nesse particular, constata-se uma semelhança entre as visões de Hart e Kant sobre a relação entre o direito e a moral. Para ambos, a existência e a manutenção do direito não exigem que os sujeitos respeitem as normas jurídicas por razões morais, isto é, por “respeito à lei”, sendo necessário tão somente que façam ou deixem de fazer o que os preceitos jurídicos estabelecem (“conformidade externa à lei”), ainda que tenham outras motivações, por vezes, egoístas e moralmente questionáveis.⁸¹

Kant deixa claro, portanto, os limites das pretensões normativas feitas pelo direito. Este não pode reivindicar uma adesão íntima do sujeito às suas prescrições nem deles exigir que obedecem às normas respaldados por bons motivos ou intenções, bem como não pode impor-lhes a íntima adesão a fins e metas, exercendo comando somente sobre seus atos.

Prosseguindo na determinação conceitual do direito, o filósofo alemão enuncia que o “[...] Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade.”⁸² Assim, não

⁸⁰KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamego. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011b, p. 27-28.

⁸¹Ao discutir o problema da possibilidade do Estado ante as inclinações egoístas dos homens, Kant ilustra bem esse ponto: “[...] a constituição republicana é a única perfeitamente adequada ao direito dos homens, mas também é a mais difícil de estabelecer, e mais ainda de conservar e a tal ponto que muitos afirmam que deve ser um Estado de *anjos* porque os homens, com as suas tendências egoístas, não estão capacitados para uma constituição de tão sublime forma [...] o homem está obrigado a ser um bom cidadão, embora não esteja obrigado a ser moralmente um homem bom. O problema do estabelecimento do Estado, por mais áspero que soe, tem solução, inclusive para um povo de demónios (contanto que tenham entendimento), e formula-se assim: <<Ordenar uma multidão de seres racionais que, para sua conservação, exigem conjuntamente leis universais, às quais, porém, cada um é inclinado no seu interior a eximir-se, e estabelecer a sua constituição de um modo tal que estes, embora opondo-se uns aos outros nas suas disposições privadas, se contêm no entanto reciprocamente, de modo que o resultado de sua conduta pública é o mesmo que se não tivessem essas disposições más>> [...] Pois não se trata do aperfeiçoamento moral do homem, mas apenas do mecanismo da natureza; a tarefa consiste em saber como é que no homem tal mecanismo se pode utilizar a fim de coordenar o antagonismo das suas disposições pacíficas no seio de um povo e de um modo tal que se obriguem mutuamente a submeter-se a leis coactivas, suscitando assim o estado / de paz em que as leis têm força.” Cf. KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 158-159.

⁸²Idem, op. cit., 2011b, p. 43.

podendo penetrar na dimensão anímica dos sujeitos, o direito limita-se a regular a coexistência das esferas de liberdade exterior, de modo que as ações ou omissões de um não gerem lesão ou ameaça de lesão injustificada aos demais.⁸³

Além dos âmbitos de incidência (liberdade externa e interna), pode-se apontar outra distinção fundamental entre o direito e a moral racional na perspectiva de Kant. Enquanto a validade jurídica das normas tem base em uma autoridade externa ao sujeito que as observa, haja vista o caráter institucional do direito, a validade das normas morais (ideais) se funda na razão do sujeito que pauta sua conduta por elas. A fonte do caráter normativo do direito, portanto, é externa (autoridade oficial), ao passo que o alicerce da moralidade ideal é a razão do próprio sujeito, que, a um só tempo, é súdito e legislador, ou seja, legislador de si mesmo.

Destarte, quanto ao fundamento normativo e à sua origem, o direito se caracteriza pela “heteronomia” da vontade (a determinação se encontra fora do sujeito que obedece), ao passo que a moral racional se pauta pela “autonomia” da vontade (o sujeito obedece à regra prescrita pela sua razão).⁸⁴

À luz das considerações anteriores, chega-se à terceira diferença fundamental entre o direito e a moral: a possibilidade de emprego da coerção. Como o direito cuida da compatibilização das esferas de liberdade externa, o uso da coação não é apenas possível, mas legítimo desde que se dê nos limites necessários para que uma agressão, interferência ou dano indevido na liberdade alheia seja repellido ou cessado. Nas palavras do próprio Kant:

A resistência que se opõe à obstaculização de um efeito fomenta esse efeito e concorda com ele. Ora, tudo aquilo que é não conforme com o Direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais; mas a coerção é um impedimento ou resistência com que se defronta a liberdade. Conseqüentemente, se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme com o Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito [...] Assim como o Direito em geral só tem por objeto o que é exterior nas

83Cf. COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC Editora, 2006, p. 155: “O princípio jurídico, na perspectiva kantiana, exige não apenas o direito a liberdades subjetivas em geral, mas, também, a iguais liberdade subjetivas (a liberdade de cada um poder conviver com a igual liberdade de todos, segundo uma lei geral).”

84Embora essa distinção não seja expressamente formulada por Kant, é possível inferi-la das outras características do direito e da moral encontradas em sua obra. Cf. BOBBIO, Norberto, op. cit., 2000, p. 103: “[...] a distinção entre autonomia e heteronomia pode ser aplicada à distinção entre moral e direito? Uma vez reconhecido que a moral é a esfera da autonomia, é possível derivar a consequência de que o direito é a esfera da heteronomia? Kant não elaborou essa conclusão de maneira explícita [...] Que se considere o direito seja como legalidade, seja como liberdade externa [...] acreditamos que a vontade jurídica possa ser considerada somente como *vontade heterônoma*. Na condição de legalidade, a vontade jurídica se diferencia da vontade moral pelo fato de poder ser determinada por impulsos diversos do respeito à lei: e esta é de fato a própria definição da heteronomia.” Para uma discussão mais aprofundada desse ponto, ver o terceiro capítulo deste trabalho.

ações, o Direito estrito, quer dizer, aquele que não inclui uma dimensão ética, é o que não exige senão fundamentos externos de determinação do arbítrio [...] [o Direito estrito] apoia-se [...] no princípio da possibilidade de uma coerção exterior, que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo leis universais.⁸⁵

No âmbito da moralidade, a seu turno, haja vista que os motivos e os fins do agente são cruciais para a correção de sua conduta e que estes devem ser eleitos livremente por ele em seu foro interno, não se mostra possível o emprego da coação física por terceiros (ninguém pode obrigar, pela força, outra pessoa a acolher um fim, motivo ou razão de agir). Aqui, cabe tão somente a autocoerção do sujeito, que, resistindo às tentações e aos desejos egoístas, age moralmente de acordo com sua razão.⁸⁶

Dessa forma, ante o exposto, conclui-se que a moral e o direito, conquanto apresentem vários pontos de contato e estabeleçam diversas relações entre si, são esferas normativas autônomas e independentes, que apresentam suas próprias peculiaridades. No seio da própria moralidade, há também uma distinção crucial para compreender a relação desta com o sistema jurídico: a dicotomia entre a moral social e a moral ideal, sendo que ambas também possuem uma estreita conexão, haja vista a última ser fruto de uma reflexão crítica sobre as bases e os pressupostos normativos da primeira, ao passo que esta frequentemente é remodelada à luz daquela.

Enquanto a moral social, muitas vezes, influencia efetivamente a criação e a interpretação das normas jurídicas, a moral ideal, tendo submetido os padrões morais vigentes ao escrutínio racional, apresenta-se como parâmetro que *deve* exercer influência sobre o direito, embora não necessariamente o faça nem precise fazê-lo para que a ordem jurídica seja reconhecida como tal.

Assim sendo, o Imperativo Categórico, enquanto preceito central do sistema moral racional kantiano, não pode ser vinculado ao princípio jurídico da dignidade humana sem que sejam levados em conta as referidas diferenças entre os âmbitos normativos da moral e do direito, assim como a maneira pela qual as normas morais podem ingressar no ordenamento jurídico, o que será visto no próximo capítulo.

2.3 O positivismo moderado ou inclusivo como postura metodológica

⁸⁵KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 44-46.

⁸⁶Ibidem, p. 288: “O dever de virtude [moral] difere do dever jurídico essencialmente no seguinte: em que para este último é possível uma coerção externa, enquanto que aquele se baseia somente numa autocoerção livre.”

Tendo sido expostos os lineamentos conceituais basilares do sistema jurídico e da moralidade ideal e social, bem como suas distinções e relações fundamentais, concluindo-se pela independência do direito e da moral, faz-se necessário, por fim, um exame de alguns dos principais aspectos do contraste entre as visões positivista e não positivista do direito a fim de determinar e esclarecer o pano de fundo teórico em que se desenvolverão as discussões sobre o Imperativo Categórico e sua relação com a norma jurídica da dignidade humana.

Em razão da longa tradição das correntes positivista e jusnaturalista e das múltiplas concepções, muitas vezes, heterogêneas e bem diversas, que se reúnem sob essas designações, torna-se complexo caracterizar ambas as vertentes filosóficas. Não obstante as controvérsias, verifica-se certa convergência na determinação das teses centrais dessas doutrinas.

De acordo com o jusfilósofo argentino Carlos Santiago Nino, o jusnaturalismo se caracteriza por defender as seguintes teses: a) a “tese moral”, segundo a qual há princípios morais universais e cognoscíveis pela razão humana, cuja validade independe de uma regra de reconhecimento adotada pelas autoridades e órgãos estatais; b) a “tese conceitual”, de acordo com a qual uma norma ou sistema normativo não podem ser qualificados de “jurídicos” se estão em desacordo com esses princípios, ainda que sejam efetivamente reconhecidos como tal por uma norma secundária de reconhecimento. Segundo Nino, o que diferencia as diversas concepções de jusnaturalismo são a origem e o conteúdo desses princípios.⁸⁷

Quanto ao positivismo, Nino distingue, com base na classificação de Norberto Bobbio⁸⁸, três espécies, ou melhor, três sentidos em que o termo 'positivismo' é usualmente empregado⁸⁹: a) “positivismo ideológico”, segundo o qual o direito positivo tem de ser observado pelos juízes e pelos cidadãos independentemente de considerações morais, devendo o magistrado assumir postura moralmente neutra ante a ordem jurídica; b) “formalismo jurídico” (denominado por Bobbio de “positivismo teórico”), consoante o qual o ordenamento jurídico é completo (sem lacunas), coerente (sem contradições), preciso (sem vagueza ou ambiguidade) e composto exclusiva ou predominantemente de normas legislativas; c) “positivismo conceitual ou metodológico”, de acordo com o qual “o conceito de direito não deve ser caracterizado de acordo com propriedades valorativas, mas apenas de acordo com propriedades descritivas.”⁹⁰

87Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 2010, p. 32; Idem, op cit., 1989, p. 16. Ver também: CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 324-328.

88BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 2006, p. 233-238.

89Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 2010, p 36-50.

90Ibidem, 2010, p. 43.

O jusfilósofo argentino ressalta que o positivismo ideológico, embora seja normalmente imputado aos positivistas em geral pelos jusnaturalistas, não é adotado por nenhum grande positivista, como Bentham, Austin, Hart, Alf Ross ou Kelsen. Quanto ao formalismo, alguns de seus elementos estão presentes em certos positivistas renomados, como é o caso de Kelsen no que se refere à completude do ordenamento. Nada obstante, Hart e Ross, por exemplo, empreenderam grande esforço para mostrar as imperfeições dos ordenamentos jurídicos positivos, como as lacunas, imprecisões e ambiguidades.⁹¹

Assim sendo, o cerne do positivismo jurídico, tal qual desenvolvido pelos seus principais representantes, apesar de suas enormes diferenças, consiste na aludida tese conceitual. “Segundo essa postura [positivismo metodológico], é perfeitamente coerente dizer que certo sistema é uma ordem jurídica ou que certa regra é uma norma jurídica, mas que ambas são demasiadamente injustas para serem obedecidas ou aplicadas.”⁹²

A nota característica do positivismo conceitual, portanto, consiste na tese, exposta e defendida acima, segundo a qual o direito e a moral são esferas normativas independentes e autônomas, o que não exclui a possibilidade de que haja diversas influências recíprocas entre ambas. Essa tese é compatível tanto com o ceticismo ético apresentado por pensadores como Kelsen e Alf Ross, que acreditavam não haver princípios morais objetivos e universais, como também se ajusta a uma concepção que reconhece tais princípios.⁹³

No tocante especificamente às teses conceituais do positivismo e do jusnaturalismo, encontram-se fortes semelhanças entre a análise de Nino e a explanação de Robert Alexy em sua obra *Conceito e validade do direito*. Segundo o pensador alemão, apesar de suas diferenças, as teorias positivistas se caracterizam por defenderem a “tese da separação”, segundo a qual “[...] o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça

91Para uma análise mais aprofundada desse ponto, ver o primeiro e o segundo tópicos do próximo capítulo.

92Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 2010, p. 42-43.

93Cf. Ibidem, p. 43-44: “Essa proposição conceitual [tese do positivismo metodológico] se opõe à segunda tese do jusnaturalismo, segundo a qual a identificação de uma ordem ou norma jurídica pressupõe juízos valorativos sobre sua adequação a certos princípios morais ou de justiça. Em contrapartida, o positivismo metodológico ou conceitual, como tal, não se opõe à primeira tese do jusnaturalismo, que defende a existência de princípios morais e de justiça universalmente válidos e justificáveis de modo racional.” Ver também: Idem, op. cit., 1989, p. 16: “o positivismo conceitual [...] que está representado por autores como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, etc. não se opõe, como tal, à tese *a* [tese moral do jusnaturalismo] senão à tese *b* [tese conceitual do jusnaturalismo]. Com respeito à primeira [tese] os positivistas mantêm posições diversas independentemente de seu positivismo. No original: “*el positivismo conceitual* [...] que está representado por autores como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, etc., no se opone, como tal, a la tesis *a*, sino a la tesis *b*. Con respecto a la primera tesis los positivistas mantienen posiciones diversas independentemente de su positivismo.”

exige [...]”⁹⁴. Verifica-se, portanto, que essa tese da separação é o núcleo da vertente descrita por Nino como positivismo metodológico.

Para Alexy, o conceito positivista de direito, isto é, o critério definidor de validade jurídica próprio do positivismo leva em conta apenas a conformidade da norma com os aspectos formais de sua elaboração, tais como adequação ao procedimento previsto e elaboração pelos órgãos competentes (autorizados pelo sistema para editar normas) – o que ele denomina de “legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade” - e a “eficácia social”, isto é, a efetiva observância das normas do sistema pelos membros da sociedade.⁹⁵

Destaque-se, contudo, que a tese da separação não defende a inexistência de relações ou de influências recíprocas entre o direito e a moral. Como visto no tópico anterior, o próprio Hart – um dos ícones do positivismo do século XX – apresenta diversos pontos de contato entre o direito e a moral, sendo enfatizado principalmente o papel que os valores e as convicções morais dos julgadores exercem sobre a sua atividade de interpretação e aplicação do direito. Apenas se afirma que essas relações são contingentes, e não conceitualmente necessárias, de modo que os critérios de validade moral e jurídica podem ser diferentes em determinada sociedade ou época.

Para compreender a tese da separação, em sua versão mais geral, é relevante a análise de Hart sobre os pontos centrais da diferença entre o direito e a moral traçados pelos positivistas John Austin e Jeremy Bentham:

O que tanto Bentham como Austin estavam ansiosos em afirmar eram duas coisas simples: primeiro, que na ausência de um preceito constitucional ou legal expresso, o mero fato de uma norma violar os padrões da moral não implicava que ela deixasse de ser uma regra jurídica; e, inversamente, o mero fato de uma norma ser moralmente desejável não poderia implicar que fosse uma regra jurídica.⁹⁶

Em contraposição à tese da separação, Alexy define as teorias não positivistas com base na “tese da vinculação”, de acordo com a qual “[...] o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais.”⁹⁷ De acordo com o jusfilósofo alemão,

94Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2009, p. 3.

95Ibidem, 2009, p. 4. Alexy explica em uma nota de rodapé o que entende por tais expressões e como irá utilizá-las em seu raciocínio: “As expressões 'legalidade conforme o ordenamento' e 'legalidade dotada de autoridade' podem ser empregadas como sinônimas ou não. São empregadas como sinônimas quando se referem [...] a **normas que estatuem competência** para o estabelecimento de normas, ou seja **determinam quem está autorizado a estabelecer normas e de que forma**. [...] essas normas fundamentam a autoridade normativa [...] ambas as expressões serão empregadas [...] como sinônimas” (destaque nosso).

96HART, Herbert. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 59-60.

97ALEXY, Robert, op. cit., 2009, p. 4.

tais componentes morais na definição do critério de validade jurídica são especialmente relevantes para os casos em que há normas (aparentemente) jurídicas iníquas e para as situações em que o juiz interpreta e aplica o direito *contra legem*, isto é, em desconformidade com enunciados legais expressos.⁹⁸ Trata-se de saber, portanto, se uma norma injusta pode ser considerada juridicamente válida e se um juiz pode decidir em desconformidade com normas jurídicas expressas com base em critérios exclusivamente jurídicos.

Destarte, um conceito de direito não positivista, para Alexy, leva em conta, além dos elementos de legalidade conforme o ordenamento e de eficácia social, o da “correção material”, ou seja, para que uma norma seja juridicamente válida, faz-se necessário, em alguma medida, um juízo de valor positivo sobre o caráter moral de seu conteúdo. Ainda para o pensador alemão, uma concepção puramente jusnaturalista ou jusracionalista de direito é aquela que considera somente a correção moral das normas, fazendo-se abstração dos elementos de legalidade e eficácia, sendo, portanto, apenas uma espécie de concepção não positivista do direito.⁹⁹

Alexy ainda faz a distinção entre a tese da vinculação “forte”, consoante a qual toda injustiça, qualquer que seja seu grau, é suficiente para retirar a validade jurídica de uma norma do sistema e, de forma simétrica, conseqüentemente, toda norma identificada como jurídica é também moralmente válida, e a tese da vinculação “fraca”, acolhida por ele a partir da fórmula de Gustav Radbruch, segundo a qual somente uma injustiça qualificada (bastante grave) é capaz de subtrair a juridicidade de uma norma.¹⁰⁰

Em defesa da tese da separação, Hart afirma que a distinção conceitual entre o direito e a moral é uma questão de clareza e honestidade na formulação de um problema ético complexo e delicado, qual seja, o dilema moral de ater-se ao direito vigente, ainda que injusto, ou de não aplicar, observar e admitir que os outros utilizem em seu favor normas iníquas.

Segundo o jusfilósofo inglês, a escolha entre o conceito mais amplo de direito, que inclui normas injustas, e o conceito mais restrito, que as exclui, deve pautar-se “[...] na forma como [um desses conceitos] poderá favorecer nossas investigações teóricas, ou aprofundar e esclarecer nossas deliberações morais, ou ambos.”¹⁰¹

Para Hart, a separação entre direito e moral permite analisar, com maior clareza e rigor científico, o problema da existência de normas jurídicas injustas e a forma como a

98Ibidem, p. 6-12.

99Ibidem, p. 15.

100Ibidem, p. 57-58.

101HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 270

sociedade lida com elas, evidenciando assim as peculiaridades do controle social exercido pelo sistema jurídico, caracterizado pela união de normas primárias e secundárias, não havendo estas no ordenamento moral.¹⁰²

Ademais, não fica claro como a ideia de uma validade jurídica mais restrita poderia fazer as pessoas apresentarem maior resistência às normas injustas ou perversas. Em realidade, a confusão entre o que é posto e reconhecido pela autoridade como direito e os valores morais da sociedade ou parâmetros éticos ideais poderia obscurecer o fato de que, muitas vezes, o sistema jurídico é instrumentalizado por um grupo para dominar e explorar outros, confusão que pode ensejar uma visão excessivamente ingênua e romântica do direito e de sua atuação no corpo social.¹⁰³

O problema da obediência a normas imorais, como aponta Hart, não pode ser solucionado meramente por uma questão conceitual ou verbal (validade jurídica das normas iníquas), mas depende da compreensão de que não se deduz da juridicidade de uma norma a obrigação moral de respeitá-la e de aplicá-la, como apregoa o positivismo ideológico.¹⁰⁴ De fato, há diversas razões para observar uma norma, e o fato de ela apresentar validade jurídica certamente é uma razão bastante relevante, mas não se trata de uma razão absoluta. Em última instância, mesmo as normas jurídicas podem não ser observadas em casos excepcionais de extrema injustiça, por razões morais e não jurídicas.¹⁰⁵

Ao defender uma conexão conceitual necessária entre direito e moral, o não positivismo obscurece a questão da resistência à injustiça legal e confunde o que realmente se sacrifica e o que se ganha com a inobservância uma norma jurídica iníqua: abalam-se a ordem e a segurança do sistema jurídico para evitar iniquidades de grandes proporções, cujos danos seriam maiores que os causados pela instabilidade institucional decorrente da própria desobediência. Nas palavras de Hart:

102Ibidem, p. 271.

103Ibidem, p. 271-272.

104Cf. Ibidem, 2009, p. 272-273.

105Joseph Raz vai ainda mais longe ao afirmar que não há nenhum dever de obediência ao direito, nem mesmo um dever *prima facie* (passível de superação por deveres contrapostos mais fortes), no que se refere ao direito justo. Cf. RAZ, Joseph. **The authority of Law: essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 227: “Eu sustentarei que não há obrigação de obedecer ao direito. Geralmente se concorda em que não há obrigação conclusiva ou absoluta de obedecer ao direito. Eu sugirirei que não há nem mesmo uma obrigação *prima facie* de obedecer-lhe [...] Eu sustentarei que não há obrigação de obedecer ao direito nem mesmo em uma boa sociedade cujo sistema jurídico é justo.” No original: “I shall argue that there is no obligation to obey the law. It is generally agreed that there is no absolute or conclusive obligation to obey the law. I shall suggest that there is not even a *prima facie* obligation to obey it [...] I shall argue that there is no obligation to obey the law even in a good society whose legal system is just.”

O vício desse uso do princípio de que, em certos pontos-limite, o que é absolutamente imoral não pode ser lei ou legal é que ele servirá para encobrir a verdadeira natureza dos problemas que nos desafiam e encorajará o otimismo romântico de que todos os valores que prezamos irão [...] se fundir em um sistema único, que nenhum deles terá que ser sacrificado ou comprometido para que possamos acomodar outro.¹⁰⁶

Em defesa do positivismo metodológico, Carlos Santiago Nino também chama a atenção para um fato importante: a insistência na distinção conceitual entre o direito posto (“direito que é”) e os ideais morais (“direito que deve ser”) é crucial tanto para compreender e descrever a realidade fática de modo adequado, sem mesclar valores éticos à análise empírica, como também para discernir claramente quais são os padrões morais empregados para criticar e transformar essa realidade.¹⁰⁷

Nessa mesma linha, pode-se levantar outra objeção à tese da vinculação: o problema da insegurança jurídica. Embora não sejam incomuns divergências no emprego da regra de reconhecimento de um sistema para determinar as normas jurídicas válidas, certamente há desacordo muito maior na definição e na aplicação de parâmetros morais, ainda mais se estes não estiverem positivados ou não tiverem amparo dogmático em construções doutrinárias ou jurisprudenciais consistentes.

Se a validade jurídica de uma norma fosse absolutamente condicionada à sua validade moral, sem balizas no sistema jurídico, as decisões judiciais dependeriam tão somente das intuições morais e preconceitos dos julgadores, gerando forte subjetivismo e enormes arbitrariedades, de forma que o ordenamento jurídico falharia drasticamente em zelar pela segurança e pela estabilidade nas relações sociais – alguns de seus objetivos mais caros. Como afirma Carrió, “[...] só um juiz que haja adotado a atitude positivista, isto é, um funcionário [...] que haja jurado cumprir suas funções aplicando regras públicas de direito positivo e não as pautas que possa extrair de *seus* princípios morais [...] pode atuar corretamente como juiz [...]” (tradução nossa).¹⁰⁸

Não obstante os esforços de Alexy em demonstrar que “[...] quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua reconhecimento”¹⁰⁹, verifica-se que a crítica da insegurança jurídica se aplica tanto à versão forte da tese da vinculação, como à versão fraca, pois a fixação de um

106HART, Herbert, op. cit., 2010, p. 83-84.

107Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 2010, p. 47.

108CARRIÓ, Genaro, op. cit., 1994, p. 392-393. No original: “[...] sólo un juez que há adoptado la actitud positivista, esto es, un funcionario [...] que há jurado cumplir sus funciones aplicando las reglas públicas que ha jurado cumplir sus funciones aplicando las reglas públicas del derecho positivo y no las pautas que pueda extraer de *sus* principios morales [...] puede actuar correctamente como juez [...]”

109ALEXY, Robert, op. cit., 2009, p. 63.

limiar de injustiça a partir do qual a norma perde sua juridicidade é uma noção extremamente vaga e imprecisa, que, se não for cuidadosamente traçada e regulada no seio do direito posto, na forma de um controle de constitucionalidade por exemplo, pode ensejar grandes arbitrariedades por parte dos aplicadores do direito, que estariam livres para subtrair a juridicidade das normas a partir de critérios bastante genéricos, subjetivos e potencialmente arbitrários.

Não se nega, contudo, que a moralidade, positiva e ideal, desempenhe um papel importante na atividade hermenêutica dos juízes e tribunais e que estes tenham grande espaço de liberdade criadora na definição da norma aplicável ao caso. Apenas se defende que tal esfera de discricionariedade deve ficar adstrita aos contornos e limites traçados pelo direito positivo, integrando-se a ele a partir das diretrizes do próprio sistema jurídico, como se verá melhor no segundo capítulo deste trabalho.

Com base no acima exposto, pode-se concluir, portanto, que, caso não se definam, com clareza, os limites conceituais entre os âmbitos jurídico e moral, abre-se espaço para que as pessoas, sobretudo, os juízes confundam suas próprias convicções morais com o que é juridicamente devido, ignorem ou mal interpretem as difíceis e delicadas questões envolvidas no dilema moral de desobediência a normas jurídicas iníquas, formulando o problema de modo enganoso, bem como mesclam seus valores e princípios éticos com a análise imparcial da realidade institucional do Estado, prejudicando sua capacidade de crítica das normas do ordenamento jurídico.

Na precisa síntese de Carrió:

A atitude positivista [...] procura assegurar as vantagens teóricas e práticas que derivam de não confundir o direito que existe em uma comunidade e o que deveria existir nela. As vantagens teóricas se vinculam a um bom conhecimento do direito vigente e uma boa base para criticá-lo e melhorá-lo. As vantagens práticas consistem em obter um grau aceitável de clareza no tratamento e solução dos conflitos éticos que pode e costuma apresentar a existência de normas jurídicas que exigem realizar atos que julgamos reprováveis [tradução nossa].¹¹⁰

No seio do próprio positivismo, porém, há duas grandes interpretações da tese da separação, isto é, duas visões de como se dá a distinção e a relação entre o direito e a moral. De um lado, há o positivismo brando, moderado ou inclusivo (*soft positivism*), defendido por

110CARRIÓ, Genaro, op. cit., 1994, p. 398. No original: “La actitud positivista [...] procura asegurar las ventajas teóricas y prácticas que derivan de no confundir el derecho que existe en una comunidad y el que debería existir en ella. Las ventajas teóricas se vinculan con la conveniencia de lograr un buen conocimiento del derecho vigente y una buena base para criticarlo y mejorarlo. Las ventajas prácticas consisten en obtener un grado aceptable de claridad en el tratamiento y solución de los conflictos éticos que puede y suele plantear la existencia de normas jurídicas que exigen realizar actos que juzgamos reprochables.”

autores como Herbert Hart¹¹¹, Wilfred Waluchow¹¹², Jules Coleman e Matthew Kramer¹¹³, segundo os quais é possível incorporar critérios morais ao direito positivo e empregá-los na identificação de normas jurídicas válidas. De outra ponta, há o positivismo rígido ou exclusivo (*hard positivism*), sustentado por pensadores como Joseph Raz¹¹⁴ e Andrei Marmor¹¹⁵, consoante os quais há uma separação absoluta entre a moral e o direito, sendo este necessariamente definido e identificado somente a partir de fatos sociais institucionalizados e não de valores ou princípios morais.

A ideia central do positivismo brando foi inicialmente formulada por Hart no pós-escrito de sua obra *O conceito de direito*, como resposta às críticas de Ronald Dworkin à regra de reconhecimento. Esclarece Hart que, conquanto a existência e a autoridade da norma de reconhecimento efetivamente dependam de seu emprego pelos juízes e tribunais do sistema, os critérios de validade jurídica que ela contém não se limitam necessariamente a fatos sociais simples, tais como questões de competência e de procedimento legislativo, mas também podem referir-se a valores e a padrões morais.¹¹⁶

Assim, em vez de um “positivismo dos 'simples fatos’”¹¹⁷ atribuído por Dworkin a Hart, cujos critérios de validade seriam apenas formais, isto é, baseariam-se somente em fatos atinentes aos processos de elaboração e modificação de leis, competência e autoridade, questões relacionadas à origem das normas, sendo, por isso, denominadas de *pedigree* por Dworkin¹¹⁸, Hart apresenta uma versão moderada do positivismo conceitual, na qual os padrões de identificação do direito vigente podem levar em conta critérios éticos substanciais, desde que estejam previstos no ordenamento ou nas práticas judiciais do sistema.

O positivismo inclusivo adota, portanto, uma versão “fraca” da tese da separação – denominada “tese da separabilidade” (*separability thesis*) –, segundo a qual “[...] é conceitualmente possível, mas não necessário que determinações do direito [existência e conteúdo das normas jurídicas] possam ser uma função de considerações morais”¹¹⁹ (tradução

111Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 323-328.

112Cf. WALUCHOW, Wilfred J. **Inclusive legal positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p.80-141.

113Cf. KRAMER, Matthew H. Moral Principles and Legal Validity. **Ratio Juris**, v. 22, n. 1, p. 44-61, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1395161>. Acesso em: 12 jul. 2013.

114Cf. RAZ, Joseph, op. cit., 1979, p. 40-55.

115Cf. MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. New York: Oxford University Press, 2001, p.49-88.

116Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 323-328.

117Cf. Ibidem, p. 323. A expressão “positivismo dos 'simples fatos’” foi cunhada pelo próprio Hart para referir-se ao modo reducionista como Dworkin concebeu sua teoria.

118Cf. DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p. 69.

119WALUCHOW, Wilfred J. The many faces of legal positivism. **University of Toronto Law Journal**, v. 48, n.

e destaque nossos). Verifica-se, portanto, que a tese da separabilidade nada mais é que um desenvolvimento abrandado da tese da separação: enquanto esta nega que direito e moral apresentem um nexos conceitual necessário, aquela afirma que direito e moral podem estar ligados de modo contingente.

O positivismo exclusivo, por sua vez, pode ser definido pela adoção de uma versão “forte” da tese da separação – chamada de “tese das fontes sociais” (*source thesis*) ou “tese social forte” (*strong social thesis*) –, que estabelece o seguinte:

[...] teoria do direito é aceitável somente se os testes para identificar o conteúdo do direito e determinar sua existência dependerem exclusivamente de fatos do comportamento humano capazes de ser descritos em termos valorativamente neutros e aplicados sem recurso à argumentação moral¹²⁰ (tradução nossa).

Fica claro, pois, que essa tese vai além do que é sustentado pela tese da separação, em sua formulação canônica, pois não apenas afirma que o direito e a moral não estão necessariamente vinculados, como defende que ambos estão necessariamente separados, isto é, não se podem aceitar critérios morais na determinação da validade ou do conteúdo de normas jurídicas, sendo estas definidas apenas com base em fatos sociais institucionais.¹²¹

A vertente rígida do positivismo, porém, não nega à moralidade o exercício de influência sobre o direito. O que essa corrente defende é a necessária ausência de elementos morais no bojo do sistema jurídico, sendo estes sempre entidades extrajurídicas.

Nesse particular, Raz afirma que o direito é um sistema normativo “aberto”, isto é, contém normas que, embora sejam reconhecidas como vinculantes e gozem da proteção institucional do sistema, não lhe pertencem. Como exemplo, cita ele regras estabelecidas por indivíduos e associações privadas (estatutos, contratos, testamentos) e normas estrangeiras cuja aplicação é autorizada pelo direito internacional privado¹²². Fazendo uma analogia com

3, p. 394, 1998. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/826047?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21102891574847>>. Acesso em: 13 de jun. 2013. No original: “[...] is conceptually possible, but not necessary, that determinations of law can be a function of moral considerations.”

120RAZ, Joseph. Op. cit., 1979, p. 42-43. No original: “[...] jurisprudential theory is acceptable only if its tests for identifying the content of the law and determining its existence depend exclusively on facts of human behavior capable of being described in value-neutral terms, and applied without resort to moral argument.” Ao apresentar essa tese, Raz a denomina “tese social forte” (*strong social thesis*). Na página 50 da referida obra, no entanto, ele a renomeia como “tese das fontes” (*source thesis*).

121Cf. Ibidem, p. 50-51: “Uma lei tem uma fonte se seu conteúdo e existência puderem ser determinados sem uso de argumentos morais (mas permitindo argumentos sobre as visões morais e intenções das pessoas, que são necessários para interpretação por exemplo). As fontes de uma lei são aqueles fatos em virtude dos quais ela é válida e que identificam seu conteúdo.” No original: “A law has a source if its contents and existence can be determined without using moral arguments (but allowing for arguments about people's moral views and intentions, which are necessary for interpretation, for example). The sources of a law are those facts by virtue of which it is valid and which identify its content.”

122Ibidem, p. 122-123. Ver também: RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi.

esses casos, Raz sustenta que, quando o direito não oferece uma resposta a um determinada questão a partir de suas fontes sociais, então o julgador se vê obrigado a criar o direito aplicável ao caso, e ele o faz a partir de considerações extrajurídicas, como argumentos morais. Esclarece Raz:

[...] enquanto a regra referindo-se à moralidade é [...] direito (é determinada pelas suas fontes) a moralidade a que ela se refere não é [...] incorporada ao direito. A regra é análoga à regra do 'conflito de leis' impondo o dever de aplicar um sistema estrangeiro que permanece independente do direito local e fora dele¹²³ (tradução nossa).

Em defesa da tese das fontes sociais, destacam-se dois argumentos aduzidos por Raz em *Authority of Law*¹²⁴. O primeiro – conhecido como “argumento do poder explicativo”¹²⁵ – sustenta que o positivismo exclusivo seria capaz de explicar e sistematizar distinções conceituais intuitivas, como a diferença existente entre o julgador “aplicar o direito” e “julgar conforme a consciência moral” e a distinção análoga entre “aplicar o direito” nas questões jurídicas pacíficas ou sedimentadas (*settled law*) e “criar, inovar e desenvolver o direito” em questões controversas ou disputadas (*unsettled law*)¹²⁶, de modo que “[...] o uso de julgamento moral é considerado não um caso especial de aplicação do direito ou de argumentos jurídicos, mas é contrastado com eles¹²⁷.”

Assim, para Raz, a tese das fontes sociais explica claramente o que, a seu juízo, é distinção bastante aceita: o emprego de habilidades e conhecimentos técnico-jurídicos pelo juiz na aplicação do direito, sobretudo quando as normas jurídicas são claras, e a realização de juízos de valor moral na criação do direito, quando as normas aplicáveis ao caso são obscuras ou incompletas.

O segundo argumento – denominado de “argumento da função”¹²⁸ – afirma que, sendo uma das precípuas funções do direito proporcionar “[...] meios publicamente determináveis de guiar o comportamento e regular aspectos da vida social”¹²⁹, a coordenação e cooperação sociais exigidas pelo sistema jurídico só serão realmente efetivadas se as normas e os modelos de conduta impostos forem claros e não dependerem de discussões sobre

Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 151-152.

123RAZ, Joseph, op. cit., 1979, p. 52-53.

124Ibidem, p. 51-55.

125Para uma avaliação crítica, cf. WALUCHOW, Wilfred. J., op. cit., 1994, p. 113-117.

126RAZ, Joseph, op. cit., 1979, p. 52-53.

127Ibidem, p. 52.

128Para uma avaliação crítica, cf. WALUCHOW, Wilfred. J., op. cit., 1994, p. 117-123.

129RAZ, Joseph, op. cit., 1979, p. 54. No original: “[...] publicly ascertainable ways of guiding behaviour and regulating aspects of social life.”

justificação ou mérito moral, que são assuntos bastante controversos. Nessa visão, o apelo a considerações morais poderia gerar muitos conflitos e incerteza, prejudicando ou até mesmo inviabilizando o papel de controle social exercido pelo direito, haja vista as enormes divergências dos indivíduos quanto a valores e princípios morais.

Como observa Waluchow, o argumento do poder explicativo se mostra inadequado, porquanto as distinções apontadas por Raz, em vez de fatos objetivos descritos e explicados pela tese das fontes sociais, são antes construções dessa mesma teoria.¹³⁰ Em realidade, a tese da separabilidade pode explicar os casos em que o juiz se afasta do direito positivo para julgar conforme sua consciência moral contra seus ditames, bem como as situações em que o julgador usa elementos morais positivados no próprio ordenamento para decidir em conformidade com ele.

O uso de critérios morais positivados no direito para identificar o conteúdo e a violação de normas jurídicas fica especialmente evidente em dois contextos: no emprego de certas cláusulas gerais¹³¹ – como o princípio da boa-fé – e no controle jurídico de constitucionalidade das normas.

No primeiro caso, especialmente importante no Direito privado, o julgador utiliza padrões de teor moral como base para aferir a validade de certas normas jurídicas (como cláusulas de contratos e testamentos analisadas à luz da boa-fé objetiva), para delinear seu conteúdo (interpretação dos negócios segundo a boa-fé) e para determinar a existência de determinados deveres jurídicos (os denominados deveres acessórios decorrentes da boa-fé, como lealdade, cuidado, honestidade e cooperação).¹³²

É no controle de constitucionalidade, entretanto, que se apresenta mais nítida a possibilidade de emprego de elementos morais na identificação e determinação das normas jurídicas dentro dos contornos institucionais da jurisdição constitucional. Segundo a regra de reconhecimento dos Estados constitucionais, como é o caso da República Federativa do Brasil, todas as normas precisam se adequar à Constituição para ter validade jurídica. Essa conformidade não é meramente formal ou procedimental, isto é, não basta que a norma tenha

¹³⁰WALUCHOW, Wilfred J., op. cit., 1994, p.114.

¹³¹Por “cláusulas gerais” entedem-se normas cujo antecedente e conseqüente são preenchidos valorativamente e constituídos pelo julgador ante um caso concreto. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 142: “É característico para a cláusula geral o ela está carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar *apenas* com a consideração do caso concreto.”

¹³²Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 129-138.

sido elaborada segundo as regras de competência e processo legislativo previstas na Lei Maior. Faz-se necessária também a compatibilização material ou substancial da norma com os princípios e valores constitucionais.¹³³

Dessa forma, uma norma pode perder sua validade jurídica e ser extirpada do direito não apenas porque os fatos sociais que lhe deram origem apresentaram alguma desconformidade com as prescrições constitucionais (vício formal), mas também devido à incompatibilidade entre o conteúdo da norma e o teor dos preceitos da Constituição (vício substancial).¹³⁴

Para que se possa formular um juízo de adequação material entre a norma infraconstitucional e eventuais princípios e valores da Constituição violados, mostra-se, ao menos *possível*, a utilização de argumentos de cunho moral e a realização de juízos de valor moral sobre a correção substancial do preceito normativo impugnado a partir das balizas traçadas pelos parâmetros positivados na própria Carta Magna, sobretudo quando entra em jogo o princípio da dignidade humana ou outros princípios de direitos fundamentais, haja vista sua indeterminação estrutural e amplitude hermenêutica.¹³⁵

Além de poder interferir na determinação da validade de normas jurídicas, por meio dos princípios constitucionais, atuando como parâmetro do controle de constitucionalidade, a moral também pode influir na compreensão das demais normas do ordenamento por uma via específica: a técnica da interpretação conforme à Constituição.

Em razão da supremacia da Constituição e da necessidade de manter a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas sistematicamente à luz das disposições normativas da Lei Maior. Ademais, como as normas editadas pelo legislador gozam de presunção de constitucionalidade, deve-se dar preferência,

133Sobre a inconstitucionalidade por vício material e formal, ver BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2011, p. 48-53; BULOS, Uadi Lammêgo, op. cit., 2011, p. 136-140.

134Tomando como base a Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), parte da Constituição do Canadá que versa sobre os direitos fundamentais, e as afrontas a seu texto (*Charter challenges*), Waluchow afirma que “[...] os padrões morais empregados nos casos envolvendo a Carta, às vezes, funcionam como testes para a existência e o conteúdo de leis válidas [...] No original: “[...] the moral standards employed in charter cases sometimes function as tests for the existence or content of valid laws.” Cf. WALUCHOW, op. cit., 1994, p.155.

135Sobre a peculiar indeterminação das normas constitucionais, esclarece Luís Roberto Barroso: “A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas e esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente menor densidade jurídica. Conceitos como o de igualdade, moralidade, função social da propriedade, justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, dentre outros, conferem ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009b, p. 111-112. Sobre o assunto, ver primeiro e segundo tópicos do próximo capítulo.

caso seja possível, à interpretação de uma norma que a torna compatível com a Carta Magna¹³⁶.

Para alcançar esses objetivos, emprega-se a técnica hermenêutica de “interpretação conforme a Constituição”, que “[...] exige dar preferência, nos casos de várias interpretações possíveis segundo o sentido literal e o contexto, àquela interpretação em que a norma, medida pelos princípios constitucionais, possa ter subsistência.”¹³⁷

Figurando tanto como preceito hermenêutico, por meio do qual as normas infraconstitucionais devem ser lidas à luz do texto constitucional, quanto técnica específica de controle de constitucionalidade, pela qual, dentre os diversos sentidos possíveis de uma norma, um é declarado constitucional, ao passo que os outros são rechaçados¹³⁸, a interpretação conforme à Constituição se mostra outra importante forma de entrada da moralidade para o direito.

Verifica-se, portanto, que os elementos morais não se adstringem necessariamente ao campo extrajurídico, mas podem ser incorporados pelo direito posto nos limites do próprio ordenamento e da atividade hermenêutica dos juízes e tribunais à luz da regra de reconhecimento do sistema, configurando parâmetro de validade e de interpretação das normas jurídicas, conforme será mais bem desenvolvido no próximo capítulo deste trabalho.

Nos limites do sistema jurídico, portanto, tais critérios éticos são assimilados pelo direito e se juridicizam. Aqui, mostra-se útil a metáfora de Kelsen: “[...] o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico.”¹³⁹

Quanto ao argumento da função, deve-se observar que, não obstante frequentemente sejam polêmicos, argumentos morais também são passíveis de amplo consenso, pelo menos, entre os autoridades judiciárias, responsáveis pela aplicação da regra de reconhecimento. A estrutura hierárquica do Judiciário também contribui para reduzir e controlar, ainda que de modo imperfeito, as divergências hermenêuticas dos aplicadores do direito, havendo órgãos

136Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 517-524; BULOS, Uadi Lammêg, op. cit., 2011, p. 363 e 460-465; BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009b, p. 193-201.

137LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 487.

138Sobre esse caráter dúplici da interpretação conforme à Constituição, afirma Bulos: “[...] a *interpretação conforme à constituição* é um princípio de exegese constitucional e, ao mesmo tempo, uma técnica de controle de normas”. Barroso, a seu turno, esclarece que “[...] a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.” Cf. BULOS, Uadi Lammêg. Op. cit., 2011, p. 363; BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2009b, p. 194.

139KELSEN, Hans., op. cit., 2006, p. 308.

superiores que uniformizam a interpretação das normas.

Além de não supervalorizar o caráter indeterminado e controverso dos argumentos morais, é preciso observar que as questões de *pedigree* (fatos sociais referentes à origem das normas) podem ensejar entendimentos bem diversos, como ocorre com os casos de conflito de competência e de dúvida atinente a vícios procedimentais. “Questões de moralidade política têm consideráveis penumbras de incerteza, mas esse fato não deve ser exagerado. Também não devemos ignorar o fato de que questões circundando a existência e a interpretação de fontes de *pedigree* têm penumbras similares.”¹⁴⁰

Também não se deve perder de vista que a função de controle social exercida pelo direito, embora reclame um nível elevado de objetividade e precisão, requer certo grau de indeterminação, pois o legislador não pode prever todas as circunstâncias relevantes da vida social que necessitarão de regulamentação nem pode discipliná-las de modo completo e exaustivo. Sempre haverá espaço para que os juízes interpretem e complementem o sentido das disposições normativas. Isso se aplica tanto aos fatos sociais quanto aos valores morais. “Todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões normativos inicialmente vagos.”¹⁴¹

Conquanto a clareza desempenhe papel fundamental na função de direção das condutas levada a cabo pelo direito, deve-se atentar para outras finalidades essenciais do sistema jurídico, como a regulamentação adequada e socialmente aceitável dos conflitos sociais e uma preocupação substancial com a implementação da justiça (a partir dos parâmetros do ordenamento)¹⁴². Conclui-se, portanto, com Hart, que somente se “[...] a função de conferir certeza for considerada suprema em relação a todas as outras funções da norma de reconhecimento é que a forma de positivismo brando que inclui [...] a obediência a princípios ou valores morais discutíveis poderia ser considerada incoerente.”

Sem incorrer na extrema insegurança do não positivismo, por reiterar a importância de que a moralidade seja incorporada dentro dos limites e contornos institucionais do próprio direito, mas sem absolutizar a busca excessiva pela certeza – típica do positivismo rígido – a ponto de desprezar o relevante papel que a moralidade pode desempenhar na ordem jurídica,

140WALUCHOW, Wilfred J., op. cit., 1994, p. 122.

141HART, Herbert., op. cit., 2009, p. 176.

142Marcelo Neves faz um paralelo similar entre a “justiça interna” (consistência jurídica), que enfatiza a clareza, a coerência e o rigor das regras, e “justiça externa” (adequação social do direito), que confere maior flexibilidade ao direito, tornando-o permeável e sensível às demandas e mudanças sociais. Cf. NEVES, Marcelo, op. cit., p. 221-228.

além de evitar a indeterminação conceitual e teórica que paira sobre o pós-positivismo, cujas características, além de vagas, frequentemente se confundem com o neoconstitucionalismo¹⁴³, o positivismo moderado se apresenta como uma ferramenta metodológica adequada para a compreensão das diferenças conceituais e das relações entre as esferas normativas do direito e da moralidade.

Estabelecidas essas premissas, pode-se agora analisar, de modo mais específico e pormenorizado, como os princípios morais se relacionam com o direito e são por ele integrados.

¹⁴³Vide a introdução do presente trabalho.

3 AS VIAS DE ACESSO DOS PRINCÍPIOS MORAIS À ORDEM JURÍDICA

3.1 A estrutura semântica e a textura aberta das normas

A fim de determinar o modo como o Imperativo Categórico se relaciona com a norma jurídica da dignidade, é importante fazer considerações preliminares sobre as maneiras pelas quais os preceitos morais interagem com o ordenamento jurídico e, em que medida, integram-se a ele. Para tanto, incia-se essa análise com algumas considerações sobre a natureza das normas e sua linguagem.

Primeiramente, deve-se diferenciar a norma propriamente dita de seu suporte textual, isto é, cabe ressaltar a distinção entre norma (significado) e texto (significante).¹⁴⁴ Enquanto este é composto de orações grafadas em um suporte material, define-se aquela, seguindo Robert Alexy, como uma constructo de sentido que apresenta, ao menos, um operador deôntico (expressão de dever, proibição ou permissão): “[...] aquilo que é identificado [como norma] é uma entidade semântica, isto é, um conteúdo de significado que inclui uma modalidade deôntica.”¹⁴⁵

Para evitar confusões linguísticas, adotar-se-á como ponto de partida a proposta de Alexy, denominando-se os significantes textuais de “enunciados normativos” ou “disposições normativas”¹⁴⁶, bem como de “dispositivos normativos”¹⁴⁷, ao passo que o sentido extraído e criado a partir deles será compreendido como a norma propriamente dita.

Conquanto essa distinção terminológica seja útil e importante, ela se mostra contraintuitiva por sugerir que as normas só existem efetivamente após serem interpretadas, de modo que o intérprete não parte da norma para compreendê-la ou complementá-la, mas a cria e formula a partir de um material pré-normativo. No limite, esse tipo de impressão pode

144Acerca da diferença entre “significante” e “significado”, cf. SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 79-84. Sobre a distinção entre “texto” e “norma” e distinções correlatas, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14 ed. Malheiros: São Paulo, 2013, p. 33-38; BOBBIO, Norberto, op. cit., 2001, p. 72-75; NEVES, Marcelo, op. cit., 2013, p. 1-11, STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2004, p. 27.

145ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 56

146Cf. Ibidem, 2008, p. 53 e 66.

147Embora Alexy utilize o termo “disposição”, o termo “dispositivo” também será utilizado como sinônimo por refletir uma prática linguística corrente no meio jurídico. Acerca do uso do termo “dispositivo” nesse sentido, cf. ÁVILA, Humberto. Op. cit., 2013, p. 33-34; NEVES, Marcelo. Op. cit., 2013, p. 1-2; STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2010, p. 27.

levar ao que Hart denominou de “ceticismo em relação às normas”¹⁴⁸, definido pela tese de que “[...] o discurso sobre estas [normas] é um mito, ocultando a verdade de que o direito consiste apenas nas decisões dos tribunais e nas previsões a respeito dessas decisões.”¹⁴⁹

Segundo demonstrou Hart, o ceticismo não procede, porquanto a própria existência dos tribunais e dos juízos monocráticos já pressupõe a validade de normas secundárias de julgamento, que lhes outorgam poder jurisdicional. Ademais, muitas pessoas, dentro de um sistema jurídico, observam as normas de um ponto de vista interno, adotando-as como padrões de guia da própria conduta, e não como previsões de como os juízes e tribunais vão decidir. A existência de normas jurídicas que precedem a interpretação e a decisão judicial é, portanto, ponto de referência pressuposto pelas pessoas que adotam tal perspectiva.¹⁵⁰

Levando-se em conta essas questões e atentando-se às práticas linguísticas correntes no meio jurídico, entendem-se os enunciados, disposições ou dispositivos normativos já como normas. Não obstante, antes de passar por um processo de interpretação, o dispositivo não se apresenta como norma completa, mas como uma estrutura passível de alteração e suplementação de sentido, razão pela qual se pode denominá-lo “norma insaturada” (incompleta). Somente depois da interpretação, a norma se perfaz, apresentando-se como “norma saturada” (completa) ou norma propriamente dita.

Como afirmam Alexy e Ávila, uma das principais razões pelas quais se deve diferenciar o elemento textual do sentido normativo consiste em que a mesma norma pode ser expressa por meio de diversas construções gramaticais.¹⁵¹ Mesmo enunciados aparentemente descritivos, que não apresentam expressamente modalidades deônticas, tais como os incisos III, V e VI do art. 5º da Constituição Federal¹⁵², expressam normas que, em forma canônica, podem ser formuladas com um dos operadores deônticos básicos (dever, proibição, permissão).¹⁵³

Ademais, o contraste entre norma saturada (sentido) e norma insaturada (dispositivo textual) fica bastante claro nos casos de interpretação extensiva e restritiva, bem como na

148Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 176-183.

149Ibidem, 2009, p. 177.

150Cf. Ibidem, p. 176-179.

151Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 54; ÁVILA, Humberto, op. cit., 2013, p. 33-34.

152Os incisos III, V e VI do art. 5º da Constituição Federal rezam respectivamente o seguinte: “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

153Sobre as modalidades deônticas básicas, cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 204-208.

mutação constitucional e na interpretação conforme a Constituição.

No tocante à interpretação extensiva ou ampliativa, a norma tem sentido mais amplo que o texto que lhe serve de substrato, ao passo que, na interpretação restritiva ou estrita, a norma tem âmbito de aplicação menor que o dispositivo correspondente, evidenciando-se, portanto, a distinção entre a dimensão puramente textual, literal ou gramatical e o nível de sentido, articulado pelo intérprete.¹⁵⁴

A mutação constitucional, por sua vez, consiste em “[...] uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto.”¹⁵⁵ Assim, enquanto o texto constitucional permanece estanque, sem alteração formal por meio de emenda, as normas expressas por ele se modificam em razão da mudança de interpretação do hermeneuta.

A técnica de interpretação conforme a Constituição, por sua vez, seja como preceito hermenêutico das normas infraconstitucionais, seja como espécie de mecanismo de controle de constitucionalidade, evidencia a referida distinção traçada entre texto e norma: com base em um mesmo enunciado normativo a partir do qual se extraem múltiplas normas, é possível acolher a norma que seja compatível com a Lei Maior, ao passo que as normas (sentidos) inconstitucionais são invalidados, mesmo que não haja nenhuma modificação na redação textual do dispositivo: “[...] o texto legal permanece íntegro, mas sua aplicação fica restrita ao sentido declarado pelo tribunal.”¹⁵⁶

Tendo sido estabelecida, portanto, a distinção entre a norma insaturada (significante textual) e a norma saturada (significado deôntico), deve-se destacar que, enquanto entidade semântica, a norma propriamente dita classifica-se, do ponto de vista estrutural, em duas espécies: os princípios, que são “mandamentos de otimização”¹⁵⁷, exigindo que algo seja

154Acerca dessas formas de interpretação, cf. LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 500-503.

155BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009a, p. 125.

156BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009b, p. 195.

157Há dois sentidos principais em que o termo 'princípio' é utilizado enquanto espécie normativa: a) sentido lógico-estrutural (baseado no critério da estrutura normativa), proposto por Alexy, a partir de elaborações teóricas de Ronald Dworkin, segundo o qual princípio é “mandamento de otimização”, aqui adotado; b) sentido axiológico (baseado no critério da importância sistêmica), sintetizado na célebre definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual princípio é “mandamento nuclear do sistema”. Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 85-116; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44-45. Para outras compreensões do conceito de princípio, ver ÁVILA Humberto, op. cit., 2013 p.33-104; BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009b, p. 355-358; NEVES, Marcelo, op. cit., 2013, p. 12-41.

realizado ou que deixe de sê-lo na máxima medida dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, aceitando satisfação em diversos graus (*mais ou menos*), e as regras, que se apresentam como “mandamentos definitivos”, reivindicando que algo seja realizado ou que deixe de sê-lo na exata medida de sua prescrição (*nem mais nem menos*).¹⁵⁸

O princípio se caracteriza por estabelecer direitos e deveres *prima facie* (preliminares ou precários), que podem ser superados por direitos ou deveres contrapostos mais fortes a depender das circunstâncias fáticas e normativas do caso concreto.¹⁵⁹ Eles apresentam, além da validade, a dimensão do *peso* (importância), de modo que, em uma colisão de princípios, nenhum deles precisa perder sua validade, tendo um deles mais peso que o outro à luz das peculiaridades da situação.¹⁶⁰ Em razão disso, o modo de aplicação dessa espécie normativa é a *ponderação*, por meio da qual um princípio é confrontado com aqueles contra os quais colide a fim de determinar qual deles prevalecerá na situação, resolvendo-se a colisão por meio do estabelecimento de uma relação condicionada de precedência entre os princípios em jogo.¹⁶¹

A regra, a seu turno, é definida como norma que outorga direitos e deveres *definitivos*, isto é, não passíveis de relativização uma vez que estejam perfeitamente presentes os pressupostos fáticos de aplicação da regra.¹⁶² Assim, ou a regra é válida e, quando aplicável

158Deixando claro que a distinção entre princípio e regra se dá no campo semântico, ver SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., 2010, p. 57: “É ponto pacífico que a distinção entre *regras* e *princípios* não é uma distinção entre textos, mas entre normas. Nesse sentido, não há grandes problemas no fato de que o texto e seus operadores deonticos não dêem indicações precisas sobre o tipo de norma que surgirá de sua interpretação [...] A distinção entre *regras* e *princípios* só se efetiva ao fim da interpretação”.

159Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 90; SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., 2010, p. 45: “No caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido ou imposto definitivamente.”

160O primeiro teórico que chamou atenção para a dimensão do peso que os princípios apresentam é Ronald Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald, op. cit., 2002, p. 42-43: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância.” Ver também ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p.93-94: “Se dois princípios colidem [...] um dos princípios terá que ceder [...] Isto não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorrer é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições [...] Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios [...] ocorrem [...] na dimensão do peso.”

161Não se adentrará no complexo debate em torno da ponderação dos princípios, já que isso exigiria longas considerações que fogem ao escopo do presente trabalho. Acerca do tema, ver STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2004, p. p. 203-216. Particularmente esclarecedora é a lei de colisão formulada por Alexy para definir a relação condicionada de precedência que se estabelece entre os princípios, decidindo-se qual dos princípios colidentes têm primazia no caso concreto: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que têm precedência”. Cf. ALEXY, Robert, op. cit., p.99.

162Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 91: “[...] as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível.” Cf. também SILVA, Virgílio Afonso da, op. cit., 2010, p. 45: “se um direito é garantido por uma norma com estrutura de

ao caso, desencadeia a consequência jurídica nela prevista, ou não é válida e deve ser extirpada do ordenamento (*tudo ou nada*).¹⁶³ Os conflitos entre regras se resolvem, portanto, apenas na dimensão da validade. Quanto ao modo de aplicação, a regra incide em determinado caso mediante *subsunção*, procedimento lógico em que o intérprete verifica se as circunstâncias fáticas do caso se amoldam à hipótese abstrata da norma e então aplica a consequência jurídica nela prevista.¹⁶⁴

Sintetizando a distinção entre princípios e regras a partir da teoria estrutural de Alexy, Marcelo Guerra propõe o seguinte o seguinte critério diferenciador:

Numa reconstrução pessoal da teoria de Alexy, ainda em elaboração, é possível considerar que a distinção entre regras e princípios está situada no campo do operador deontico das normas, tratando-se, na realidade, de uma distinção entre dois modelos de interpretação do referido operador: regras seriam normas interpretadas como possuindo um operador deontico rígido, formalizado [...] (o que explica a aplicação “tudo-ou-nada” de tais normas), na qual a realização de uma conduta é comandada inflexivelmente, enquanto princípios seriam normas interpretadas como possuindo um operador deontico flexível [...], nas quais se comanda a realização da conduta de maneira “flexível”, ou seja, 'na melhor maneira possível, dentro de limites práticos e jurídicos'.¹⁶⁵

Esclarecida a estrutura das normas, verifica-se que, à luz da distinção entre texto (norma insaturada) e norma propriamente dita (saturada), tem-se uma nova visão da regra de reconhecimento, que, enquanto portadora dos parâmetros de identificação e validade das normas jurídicas, não apenas se refere a dispositivos normativos, mas também aos sentidos e às interpretações desses enunciados.

Essa faceta da regra de reconhecimento fica mais nítida quando se consideram o fenômeno da mutação constitucional e a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, haja vista que, em tais casos, a discussão em torno da validade não repousa no enunciado normativo, mas em seu significado.

regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto.”

163Deve-se ressaltar, porém, que ante, a possibilidade de inserção de cláusulas de exceção textualmente não previstas nas regras, estas também acabam adquirindo um caráter *prima facie*, o qual é bem superior ao dos princípios. Ver ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 104-106: “[...] a necessidade de um modelo diferenciado [entre o caráter definitivo e o *prima facie* das regras] decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo [...] Contudo, o caráter *prima facie* que elas [regras] adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios [...] o caráter *prima facie* das regras [...] continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte [que o caráter *prima facie* dos princípios].”

164Acerca da subsunção e suas diferenças em face da ponderação, cf. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, dezembro 2003, p. 433-449.

165GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 36, n. 65, p. 26, jan./jul. 2007.

A norma de reconhecimento, portanto, adquire uma dimensão hermenêutica: fica claro que os critérios de validade jurídica se aplicam não somente aos textos, mas também às proposições (significados) deles decorrentes. Destarte, ao definir as interpretações admissíveis das normas, a regra de reconhecimento, manejada pelos juízes e tribunais, opera na dimensão da validade (de sentidos, isto é, de normas saturadas).

Fixado o caráter semântico das normas, sua diferença estrutural entre regras e princípios, bem como a distinção entre texto normativo (norma insaturada) e norma propriamente dita (saturada), deve-se ressaltar um traço característico da linguagem que exerce forte influência na interpretação e determinação das normas pelos aplicadores do direito: o que Hart denominou de “textura aberta.”¹⁶⁶

Inicialmente, cabe destacar que a linguagem, de um ponto de vista lógico, apresenta duas espécies de termos: os termos singulares e os termos gerais.¹⁶⁷ Enquanto os primeiros se referem a um objeto específico (coisa, pessoa, ação ou estado), os segundos designam uma classe de objetos em razão de determinadas características comuns que eles possuem. O conjunto de entidades designado por um termo geral corresponde à sua *extensão*, ao passo que as qualidades ou propriedades em razão das quais o termo geral designa essa conjunto é a *intensão* desse termo.¹⁶⁸

Os principais termos gerais são os substantivos comuns e adjetivos, e os termos singulares se resumem aos substantivos próprios, pronomes pessoais e demonstrativos e descrições definidas (expressões formadas a partir de um artigo definido e um termo geral, que se referem a um objeto único, como “a montanha mais alta do mundo”).¹⁶⁹

166Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 161-176.

167Sobre a diferença entre termos gerais e singulares, cf. TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula. **Propedêutica lógico-semântica**. Tradução de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 101-130. Ver também: QUINE, Willard Van Orman. Two dogmas of empiricism. In: _____ **From a logical point of view**: logico-philosophical essays. 2 ed. New York: Harper & Row, 1963, p.21: “Enquanto um termo singular pretende nomear uma entidade, abstrata ou concreta, um termo geral é *verdadeiro de* uma entidade, ou de cada uma de muitas, ou de nenhuma. A classe de todas as entidades das quais um termo geral é verdadeiro é chamada a *extensão* do termo” (tradução nossa). No original: “Whereas a singular term purports to name an entity, abstract or concrete, a general term is *true of* an entity, or of each of many, or of none. The class of all entities of which a general term is true is called the *extension* of the term.”

168O que se entende por “termo geral” corresponde, grosso modo, ao que Kant se referia por “conceito”. A intensão e a extensão do termo geral são noções correlatas respectivamente às de conteúdo e extensão (esfera) do conceito. Cf. KANT, Immanuel. **Lógica**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992, p. 109 e 113-114: “O conceito [...] é uma representação universal ou uma representação daquilo que é comum a diversos objetos [...] Todo conceito, enquanto *conceito parcial*, está contido na representação das coisas; enquanto *razão de conhecimento*, isto é, enquanto *nota caracteística*, estas coisas estão contidas *sob* ele. Sob o primeiro aspecto, todo conceito tem um *conteúdo*; sob o segundo, uma *extensão* [...] A extensão ou esfera de um conceito é tanto maior, quanto mais coisas possam se encontrar sob ele e por ele serem pensadas.”

169Cf. TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula, op. cit., 2005, p. 116.

De acordo com Hart, é próprio da linguagem normativa em geral e da linguagem jurídica em particular a transmissão de “padrões gerais de conduta”¹⁷⁰ a um grande número de pessoas, isto é, o direito preferencialmente estabelece normas que, valendo-se de termos gerais, referem-se a classes de pessoas, objetos, situações e condutas, exigindo dos intérpretes que sejam capazes de incluir, nas diversas situações concretas da vida, determinado ente particular em uma das categorias, classificações ou tipos abstratamente previstos no plano normativo.¹⁷¹

Não obstante seja fácil, muitas vezes, determinar se um determinado objeto (ação, pessoa, coisa, estado ou circunstância) se enquadra em certo termo geral ou conceito, verifica-se que isso frequentemente não ocorre. Mesmo termos aparentemente simples podem ensejar sérias dúvidas quanto à sua aplicação quando confrontados com certos objetos em dados contextos. A título ilustrativo, pode-se citar a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da inclusão das aeronaves na extensão do conceito 'veículo automotor' para fins de cobrança do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).¹⁷²

Destarte, apesar de haver casos incontroversos de aplicação dos termos gerais, existem muitas situações em que não será claro se um objeto pertence ou não à extensão do conceito. Os termos gerais, apresentam, portanto, um caráter irremediavelmente indeterminado e contornos mais ou menos imprecisos, ou seja, eles têm uma *textura aberta*.

Embora todos os termos gerais apresentem algum grau de textura aberta, este irá variar consideravelmente: termos cuja intensão contenha predicados claramente definidos ou menos vagos, tais como 'juiz', 'sentença' e 'tributo' tem textura menos aberta, ao passo que conceitos muito abstratos, como 'dignidade', 'igualdade', 'privacidade' possuem textura extremamente aberta.

Assim como Hart, Alf Ross reconhece que a aplicação dos termos têm uma zona central de clareza (em que se tem certeza de que o termo deve ser aplicado ou não) e uma zona periférica ou limítrofe de penumbra (em que não está claro se as condições de aplicação do termo foram preenchidas e que este deve ser aplicado a um objeto) e que o seu sentido só pode ser determinado plenamente à luz do contexto de aplicação. Nas palavras do jurista dinamarquês:

Deve-se recordar, em especial, que a maioria das palavras são ambíguas, e que todas

170HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 161.

171Cf. Ibidem, p. 161.

172Cf. SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.1085-1086.

as palavras são vagas, isto é, que seu campo de referência [extensão] é indefinido, pois consistem num núcleo ou zona central e um nebuloso círculo exterior de incerteza; e que o significado preciso de uma palavra numa situação específica é sempre em função da unidade total ou entidade: a *expressão como tal*, o *contexto* e a *situação* [...] Logo que fazemos a transição do mundo das palavras ao mundo das coisas, nos defrontamos com uma incerteza fundamentalmente insuperável ainda que em situações típicas a aplicação do texto não ofereça nenhuma dúvida.¹⁷³

Dependendo do seu grau de textura aberta, os enunciados normativos podem admitir somente um leque bem restrito de significados ou comportar múltiplos sentidos e interpretações bem variadas.

No primeiro caso – que corresponde à zona de clareza dos termos que compõem o enunciado –, não há muitas diferenças entre a base textual e a norma dele resultante. Diz-se que a tarefa do intérprete consiste apenas em “descobrir” ou “extrair” o sentido do dispositivo e que tal sentido é “objetivo”, isto é, o sentido que “[...] efetivamente quis pôr, na norma, a autoridade que a sancionou: ou [...] o significado que, em contextos e situações semelhantes que lhe confere hoje o uso linguístico preponderante.”¹⁷⁴ Trata-se de um caso típico ou fácil de aplicação da norma.¹⁷⁵

Quando, porém, o hermeneuta se depara com a zona de penumbra dos termos relevantes do dispositivo normativo, então se lhe apresenta um feixe de possibilidades interpretativas e, a partir de um mesmo enunciado, pode-se chegar a diversas normas. Nessa situação, não se afirma que o sentido foi puramente descoberto, mas que ele foi, ao menos em parte, constituído pelo intérprete, ou seja, este tem a responsabilidade de “adjudicar”¹⁷⁶ um sentido à norma com base em determinados critérios, jurídicos e extrajurídicos, o que se dá por meio da atividade hermenêutica. Trata-se dos casos difíceis (*hard cases*) ou atípicos¹⁷⁷, nos quais o julgador exerce uma certa discricionariedade a fim de escolher um sentido dentre vários possíveis e razoáveis, o que se mostra um campo bastante permeável à influência dos princípios morais, como se verá a seguir.

3.2 A interpretação jurídica e a discricionariedade limitada do julgador

173ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 164-165.

174CARRIÓ, Genaro, op. cit., 1994, p. 57. No original: “[...] efectivamente quiso poner en la norma la autoridad que la sancionó: o [...] el significado que em contextos y situaciones semejantes le acuerda hoy el uso linguístico preponderante.”

175Cf. Ibidem, p. 55-56.

176Sobre o uso do termo “adjudicar” nesse sentido, cf. Ibidem, p. 56.

177Cf. Ibidem, p. 55-56.

Conforme exposto, a norma, em sentido próprio, apenas surge após o processo de interpretação do seu suporte textual, podendo tal atividade ser compreendida não apenas como uma descoberta do sentido objetivo previamente contido no enunciado normativo (nos casos da zona de certeza dos termos componentes), mas também como uma forma de criação de sentido a partir dos parâmetros do dispositivo (nas hipóteses de zona de penumbra).

Além dessa indeterminação estrutural do direito, decorrente de sua textura aberta, também se deve levar em conta que a ordem jurídica é incompleta, apresentando lacunas de diversas ordens.¹⁷⁸ Para resolvê-las, os juízes também gozam de um leque de opções teóricas e escolhas práticas, que não são inteiramente determinadas pelo direito posto.

É justamente nessa esfera de liberdade que tem o julgador para decidir, presente, sobretudo, nos casos difíceis, em que os enunciados envolvidos apresentam grande textura aberta, que princípios morais racionalmente construídos podem exercer papel importante, razão pela qual se mostra relevante compreender como e em que medida a atividade criadora dos juízes se liga à interpretação e à aplicação das normas jurídicas.

Segundo Hans Kelsen, o julgador, ao interpretar uma norma jurídica para decidir um caso, procede dos escalões superiores aos inferiores da ordem jurídica, culminando na norma de decisão judicial, que é individual e concreta. Para o jurista austríaco, a relação entre os diferentes níveis da pirâmide jurídica é de determinação ou vinculação, isto é, “[...] a norma de escalão superior [...] determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar.”¹⁷⁹

Assim, enquanto a Constituição limita o legislador ordinário na edição de leis, este impõe restrições ao poder normativo da administração, e todo esse arcabouço jurídico restringe a celebração de negócios jurídicos pelos particulares. É ante esse edifício normativo e as circunstâncias do caso que o julgador formula sua norma de decisão.

Como ressalta Kelsen, porém, esse vínculo de determinação entre os níveis normativos do sistema jurídico (Constituição, atos legais, atos administrativos, atos negociais, atos judiciais) não é completo, de modo que, embora as normas de escalão superior

178Cf. LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 519-574; NINO, Carlos Santiago, op. cit., 2010, p. 332-342. Larenz distingue fundamentalmente as seguintes espécies de lacunas: a) “lacuna normativa”, quando um preceito específico se afigura incompleto, carecendo de determinações ou elementos normativos, o que torna inviável sua aplicação sem ulterior complementação; b) “lacuna de regulação”, hipótese em que o legislador se absteve de disciplinar todo um segmento relevante da vida social, que demanda regulamentação; c) “lacuna oculta”, caso no qual, por força de considerações sistemáticas e teleológicas, impõe-se a contenção do sentido de uma norma por uma cláusula de restrição não contida em seu texto.

179KELSEN, Hans, op. cit., 2006, p.388.

imponham diretrizes e restrições ao juiz, também lhe deixam uma margem de escolha entre sentidos possíveis, que, poder-se-ia afirmar, com Hart, varia de acordo com o grau de textura aberta dos enunciados normativos pertinentes. As normas de nível superior funcionam, portanto, como uma “moldura” ou “quadro” mais ou menos rígido dentro do qual o julgador pode exercer certa discricionariedade na definição da norma aplicável ao caso.¹⁸⁰

De acordo com o jurista austríaco, há, portanto, uma indeterminação estrutural no ato de aplicação do direito, seja intencional, isto é, deliberadamente forjado pelo órgão criador da norma a fim de permitir maior flexibilidade em sua aplicação, seja não intencional, em razão de ambiguidades e contradições normativas, podendo tal indeterminação alcançar tanto a hipótese de incidência da norma (antecedente que prevê abstratamente os fatos que geram a incidência do preceito) quanto a sua consequência jurídica¹⁸¹ (que contém uma modalidade deôntica de dever, permissão ou proibição, caso seja norma primária ou que outorga poder se for secundária de julgamento ou modificação).¹⁸²

Fica visível, portanto, a semelhança entre a indeterminação apontada por Kelsen e a textura aberta para a qual Hart chamou atenção. “Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica [...] O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação.”¹⁸³

Como consequência dessas premissas, pode-se concluir, com Kelsen, que a interpretação judicial têm uma caráter dúplice: apresenta tanto uma dimensão cognitiva, por meio da qual se conhecem as limitações e as exigências estabelecidas pelos diferentes níveis normativos do direito positivo, fixando-se a “moldura jurídica”, bem como possui uma dimensão volitiva, na qual o julgador escolhe uma alternativa dentre várias possíveis, razoáveis e compatíveis com a moldura jurídica definida.

Nas palavras do jurista austríaco:

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior [norma de decisão], ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.¹⁸⁴

180Cf. *Ibidem*, p. 388.

181Cf. *Ibidem*, p. 389-390.

182Cf. o primeiro tópico do capítulo precedente do presente trabalho.

183KELSEN, Hans, *op. cit.*, 2006, p. 390.

184*Ibidem*, 2006, p. 394.

Destarte, em razão da indeterminação estrutural do direito, goza o julgador de uma certa esfera de liberdade, na qual pode adotar diversas interpretações compatíveis com o ordenamento jurídico. Nos casos fáceis, em que a textura aberta dos enunciados normativos é pequena e a interpretação se dá na zona de certeza dos termos, não há, em regra, diferenças significativas entre o dispositivo (norma insaturada) e a norma propriamente dita (norma saturada), de modo que a margem de escolha do intérprete é bastante estreita.

Quando a textura aberta é ampla e o caso se situa na zona de penumbra dos termos, porém, fica clara a margem de discricionariedade de que dispõe o julgador para definir a norma a partir de uma escolha efetuada entre as possíveis interpretações do enunciado normativo. Na primeira situação, pode-se falar em moldura jurídica mais rígida e espessa, ao passo que, na segunda, tem-se uma moldura mais flexível e delgada.

Na definição dessa moldura interpretativa, seja rígida, seja flexível, levam-se em conta diversos elementos, consubstanciados principalmente nos conhecidos “cânones de interpretação”:¹⁸⁵ a) interpretação gramatical (sentido literal); b) sistemática (contexto normativo); c) teleológica (finalidade racional da norma); d) histórica (intenção reguladora do legislador).

Subjacente aos cânones hermenêuticos, que estruturam e conformam a moldura jurídica, está a pressuposição implícita e geralmente não tematizada de um legislador racional, ente que apresenta diversos predicados ideais e que dá sustentação à atividade hermenêutica.

Em síntese, a adoção da figura do legislador racional consiste em atribuir, no discurso jurídico corrente, diversas qualidades e propriedades ideais ao legislador, tratando-o aparentemente como um ente real, mas implicitamente como uma entidade ideal, sendo este construído argumentativamente, a partir de determinados parâmetros de racionalidade.¹⁸⁶

A título ilustrativo, Carlos Santiago Nino enumera algumas das propriedades geralmente imputadas, direta ou indiretamente, ao legislador racional: a) unicidade (o legislador é tratado como um único ente, não obstante haja diversos parlamentares diferentes nas Casas legislativas); b) imortalidade (o legislador é referido como se fosse o mesmo ao

¹⁸⁵Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 227-235; BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009a, p. 287-295; LARENZ, Karl, op. cit., p. 450-479.

¹⁸⁶Ao analisar o papel do legislador racional, Carlos Santiago Nino conclui que essa figura dogmática cumpre suas funções “mediante a formulação de certas regras que servem de guia para a interpretação da lei e que seriam inferidas das propriedades que deveriam constar de um direito originado em um legislador racional.” Cf. *Ibidem*, p. 390.

longo das gerações); c) consciência das normas que elabora (embora, muitas vezes, boa parte dos parlamentares nem sequer conheça a matéria do projeto de lei que acabou de aprovar); d) onisciência (conhecimento de todas as circunstâncias fáticas e de todas as consequências minimamente previsíveis segundo os parâmetros científicos em vigor); e) eficiência (o legislador sempre elabora normas úteis e eficazes); f) coerência (o legislador não tolera antinomias); g) onicompreensibilidade (o legislador regula, direta ou indiretamente, todos os setores relevantes da vida social); h) precisão (o legislador não tolera imprecisões ou ambiguidades, de modo que sua vontade sempre é clara e unívoca); i) justiça (o legislador é justo).¹⁸⁷

Como afirma Nino¹⁸⁸, os juristas empregam largamente, ainda que de modo geralmente inconsciente, diversas técnicas que lhes permitem adequar o direito positivo a valores e ideais, operando de modo a parecer que tais diretrizes já se encontravam no seio da ordem jurídica, sendo uma dessas técnicas principais a adoção desse modelo do legislador ideal.

Com essa construção dogmática, os juristas podem, mesmo sem perceber, remodelar diversos aspectos do ordenamento jurídico, de modo a remediar suas imperfeições e ajustá-lo a valores e princípios técnicos e morais relevantes, emprestando a essa reforma gradual uma aparência de análise descritiva e de investigação profunda do sentido que já estava, desde sempre, “oculto” ou “encoberto” na tessitura normativa do sistema.

Assim sendo, aperfeiçoa-se o sistema jurídico, corrigindo falhas e ampliando sua efetividade, ao passo que se preserva o sentimento de estabilidade e segurança ligado à conservação do ordenamento posto. Nesse sentido, sintetizando a função e a importância do modelo do legislador racional, afirma Nino:

[...] pressupondo a racionalidade do legislador, os juristas dogmáticos podem atribuir-lhe as soluções propostas por eles para adequar o direito a certos *standards* axiológicos vigentes, preencher suas lacunas, eliminar suas contradições, tornar precisos seus termos vagos, prescindir das normas superfluas etc., sem que apareçam como uma modificação da ordem jurídica positiva, mas como se fossem uma descrição da ordem vigente, tal como genuinamente deve ter sido pensado pelo legislador.¹⁸⁹

Na constituição da moldura jurídica, à luz do legislador racional, o primeiro e mais forte limite cognitivo à volição do intérprete consiste na constatação do significado literal do

187Cf. *Ibidem*, p. 386-387.

188Cf. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 2010, p. 386-392.

189Ibidem, p. 387.

dispositivo, que restringe o leque de sentidos e, portanto, de normas possíveis que podem ser estabelecidos a partir dele. Trata-se do núcleo duro de certeza do termo, em relação ao qual há forte consenso, que pode ser mais ou menos abrangente a depender do seu grau de textura aberta.

A interpretação literal fundamenta argumentos de cunho semântico, que, conforme explica Alexy¹⁹⁰, podem exigir determinadas interpretações para o dispositivo, rejeitar outras ou simplesmente tornar algumas admissíveis, de acordo com as regras gramaticais – sintáticas e semânticas – e as convenções linguísticas vigentes.

Segundo Larenz, o legislador, ao elaborar as normas jurídicas, emprega tanto a linguagem geral (de uso comum), quanto a linguagem técnico-jurídica (de uso especializado)¹⁹¹, de modo que a literalidade do termo pode caracterizar-se por um acordo de sentido existente no senso comum, no caso de termos de uso ordinário, ou por um consenso sedimentado especificamente entre os juristas no tocante aos conceitos jurídicos.

Não obstante esse acordo de fundo, verifica-se que mesmo o sentido literal de um termo não é inequívoco, podendo sofrer certas variações e apresentando fronteiras fluidas e imprecisas. Em razão disso, afigura-se mais adequado falar, com Larenz, em “sentido literal possível”¹⁹², que, segundo o jurista alemão, consiste em “tudo aquilo que nos termos do uso linguístico que seja de considerar como determinante em concreto – mesmo que, porventura, em circunstâncias especiais –, pode ainda ser entendido como o que com esse termo se quer dizer.”¹⁹³

No caso da técnica de interpretação literal, o modelo dogmático do legislador racional fundamenta o que se pode denominar o “argumento da precisão ou da clareza”¹⁹⁴, que, assumindo ser o legislador hábil e preciso no manejo das palavras, afirma que o texto normativo expressa exatamente o que ele pretende em sua atividade legiferante. Tal pressuposição, no entanto, não raras vezes, é afastada devido à aplicação dos outros cânones de interpretação, ensejando casos de interpretação extensiva ou restritiva, nos quais se admite que o legislador disse respectivamente menos e mais do que almejava.

Além do elemento literal, o contexto normativo (elemento sistemático) também

190Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 228-229.

191Cf. LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 450-453.

192Cf. Ibidem, p. 454.

193Ibidem, p. 454.

194Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 2010, p. 390: “Por trás da asserção de que as normas que integram a ordem jurídica são sempre precisas, encontra-se a regra que veda concluir uma interpretação com a afirmação de que a linguagem da lei é vaga ou sofre de ambiguidades semânticas ou sintáticas.”

exerce importante papel na determinação da moldura hermenêutica, pois aclara e determina o sentido da norma jurídica, eliminando sentidos literais possíveis ou mesmo dispositivos que estejam em contradição com o restante do bloco normativo a que pertence o preceito jurídico interpretado (*função aclaradora negativa*), bem como contribui para a escolha de significados normativos específicos que tenham conexão mais forte com as demais normas do sistema (*função aclaradora positiva*): “[...] o sentido de cada proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulamentação a que pertence [...]”¹⁹⁵

No tocante à função aclaradora negativa, a interpretação sistemática justifica o uso do “argumento a *coherentia*”¹⁹⁶, cuja principal finalidade é zelar pela coerência e consistência da ordem jurídica, extirpando antinomias, seja por meio da atribuição de sentidos específicos a normas de modo a compatibilizá-las com o restante do sistema, seja afastando determinados preceitos absolutamente incongruentes com o bloco normativo a que pertencem. Assim, parte-se da premissa de que o legislador é coerente e não admite contradições para manter a unidade do ordenamento.

Em relação à função aclaradora positiva, destaca-se o emprego do “argumento econômico”¹⁹⁷, o qual, partindo da premissa de que o legislador é prudente e parcimonioso no emprego das palavras, não tolera a redundância e a verbosidade vazia, de modo a se concluir pelo célebre brocardo “as leis não têm palavras inúteis” (*Verba cum effectu sunt accipienda*).¹⁹⁸ Desse modo, a partir do emprego reiterado de certo vocábulo, expressão ou de sinônimos em diversos pontos do texto normativo, pode-se conferir-lhes significados específicos que evitem seu uso supérfluo e redundante.

A interpretação sistemática não apenas esclarece o conteúdo semântico do dispositivo, mas também o complementa, agregando-lhe significados normativos hauridos de outras partes do ordenamento jurídico (*função supletiva*), o que pode incluir desde a

195LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 458.

196Cf. PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 78-79: “O argumento a *coherentia* é o que, partindo da ideia de que um legislador sensato [racional] – e que se supõe também prefeitamente providente – não pode regulamentar uma mesma situação de duas maneiras incompatíveis, supõe a existência de uma das duas disposições que provocam a antinomia.” Embora Perelman se refira apenas à possibilidade de negar vigência a uma das normas em conflito, entendemos que o mesmo raciocínio se aplica aos casos em que uma determinada interpretação é conferida a uma delas para compatibilizá-las.

197Cf. Ibidem, p. 80: “O argumento *econômico* [...] Afirma essencialmente que uma interpretação deve ser descartada, porque, se fosse admitida, o texto se limitaria a repetir o que resulta de um texto legal anterior e se tornaria, por esta razão, supérfluo.”

198Cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 204.

introdução de cláusulas de exceção em regras¹⁹⁹ até a ampliação de seu alcance normativo, o que pode ocorrer mesmo com certo sacrifício da técnica de interpretação literal.²⁰⁰

No tocante aos importantes papéis que o contexto normativo exerce no processo de compreensão e interpretação da norma, esclarece Larenz o seguinte:

O contexto significativo da lei determina, em primeiro lugar, da mesma maneira, a compreensão de cada uma das frases e palavras, tal como também, aliás, a compreensão de uma passagem do texto é codeterminada pelo contexto [...] Para além desta função geral do contexto, proporcionadora da compreensão, o contexto significativo da lei desempenha, ainda, um amplo papel em ordem à sua interpretação, ao poder admitir-se uma *concordância objectiva* entre as disposições legais singulares. Entre várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material com outra disposição.²⁰¹

Embora seja mais fluido e indeterminado, de maior abertura hermenêutica, o elemento teleológico é também bastante relevante na argumentação em torno da fixação da moldura do preceito jurídico interpretado. Trata-se do objetivo racional da norma, isto é, de um fim ou de um plexo de finalidades que o intérprete ou a comunidade de intérpretes imputam à prescrição normativa como sendo sua *ratio essendi* (razão de ser) ou *ratio legis* (razão da lei): o motivo pelo qual foi introduzida na ordem jurídica ou ainda a “intenção do legislador”.

Aqui, contudo, não se cuida da vontade subjetiva do legislador histórico (*voluntas legislatoris*), isto é, não se trata de perquirir o que realmente pensou o legislador, ou de modo mais preciso, o que efetivamente discutiram os parlamentares responsáveis pela lei.

O que está em jogo é uma finalidade objetiva (*voluntas legis*), articulada pelos aplicadores do direito no discurso jurídico e atribuída ao legislador como ente ideal e racional, utilizando-se um raciocínio implícito que pode ser sucintamente reconstruído da seguinte forma: “O legislador é racional e, por isso, apenas cria normas com fins racionalmente justificáveis; a norma X foi criada pelo legislador, logo tem uma finalidade racional Y, que lhe pode ser imputada.”

¹⁹⁹Sobre a introdução de cláusulas de exceção em regras a partir de outras normas do sistema, ver ALEXYS, Robert, op. cit., 2008, p. 103-106; SILVA, Virgílio Afonso da., op. cit. 2010, p. 47-56.

²⁰⁰Dois relevantes exemplos de interpretação sistemática que ampliam o alcance normativo de um dispositivo, mitigando-se a importância de sua redação literal são os seguintes: a) a extensão da titularidade dos direitos fundamentais do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil aos estrangeiros não residentes no País, sobretudo com base na dignidade humana, que é universal; b) a inclusão dos direitos fundamentais sociais na cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, da CRFB/88, sob o argumento de que são condição imprescindível para a tutela da dignidade e para o exercício dos direitos individuais. Sobre a primeira posição, cf. MARMELSTEIN, George, op. cit., 2009, p. 248-249. Em relação à segunda, ver BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2009a, p. 177-182.

²⁰¹LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 454-458.

Além da *dimensão positiva* da interpretação teleológica, consubstanciada no “argumento teleológico-objetivo”²⁰², pela qual se irroga um propósito a determinado preceito normativo como sendo a *mens legis* (mente, alma, espírito da lei), almejada pelo legislador (racional) – ainda que o legislador real não a tenha previsto –, essa técnica hermenêutica também apresenta uma *dimensão negativa*, por meio da qual se rejeitam sentidos normativos que acarretem resultados havidos como absurdos, arbitrários ou infundados.

Quanto à interpretação teleológica positiva, destacam-se as técnicas hermenêuticas da “redução teleológica”, por meio da qual se restringe o sentido de um dispositivo para adequá-lo à sua *ratio legis* (interpretação restritiva), sanando o que Larenz denomina de “lacunas ocultas”, e a “extensão teleológica”, mediante a qual se dá o inverso, isto é, o sentido da norma é ampliado para que se coadune à sua *mens legis* (interpretação extensiva).²⁰³

No que concerne à dimensão negativa, emprega-se o “argumento apagógico (*ad absurdum*)”²⁰⁴ – redução ao absurdo –, para defender que, sendo o legislador racional, certamente um fim ou resultado injusto ou teratológico decorrente de determinada interpretação não poderia ser por ele desejado, devendo essa interpretação, portanto, ser rechaçada.

A interpretação teleológica parte implicitamente do conceito de legislador racional para então imputar a ele e às suas normas jurídicas fins objetivos racionais ou rejeitar determinados propósitos ou resultados considerados desarrazoados ou absurdos, que não necessariamente foram efetivamente previstos, pensados ou discutidos pelos legisladores reais e históricos.

Quando há forte consenso sobre os fins e as intenções do legislador em relação à determinada norma, ou seja, quando há um acordo sedimentado em torno dos objetivos que o legislador (ideal) buscou alcançar com um certo preceito, então o elemento teleológico incorpora-se plenamente à moldura jurídica que condiciona a interpretação dessa norma. Trata-se, no entanto, de uma parte mais flexível da moldura, porquanto mais suscetível de alteração que os elementos literal e sistemático e altamente permeável a considerações de ordem moral.

Frequentemente, as técnicas de interpretação teleológica e sistemática são

202Cf. *Ibidem*, p. 479-480.

203Cf. *Ibidem*, p. 555-569.

204Sobre o argumento apagógico e a redução ao absurdo, cf. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, 2001, p. 262-265; PERELMAN, Chaim. *Op. cit.*, 2000, p. 79-80. Nas palavras de Perelman: “O argumento *apagógico*, ou de redução ao absurdo, segundo o qual se supõe que o legislador é sensato [racional] e que jamais poderia ter admitido uma interpretação da lei que conduzisse a consequências ilógicas ou iníquas.”

diretamente conjugadas, seja na determinação da *mens legis* de uma norma em razão de sua posição no sistema jurídico e de suas relações com os demais preceitos (v.g. a identificação do bem jurídico tutelado por uma norma penal em função do Título em que ela se encontra no diploma normativo), seja na forma de argumentos específicos que, à luz da *ratio legis* de uma norma, estabelecem conexões com outras partes do ordenamento, destacando-se os seguintes: a) “argumento analógico (*a simili*)”; b) “argumento *a contrario sensu*”; c) “argumento *a fortiori*”.²⁰⁵

A analogia²⁰⁶, um dos principais meios de integração das lacunas normativas do direito²⁰⁷, consiste essencialmente em aplicar a um caso não regulado uma norma que disciplina situação que lhe é semelhante nos pontos relevantes. Assim, formulando-se a *ratio legis* do dispositivo e verificando-se que ela se coaduna com o caso não regulamentado, aplica-se-lhe o preceito no que couber.²⁰⁸ Aqui, emprega-se raciocínio condensado no famoso brocardo “Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito” (*Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*)²⁰⁹, partindo-se da premissa de que o legislador é justo e, portanto, não trataria desigualmente situações fundamentalmente iguais.

Ao desenvolver o raciocínio analógico, o intérprete se depara com casos que não são idênticos, mas semelhantes em alguma medida. O grande problema, na analogia, consiste justamente em determinar se esse nexo de similitude entre as diferentes situações analisadas – a regulada e a carente de regulamentação – é suficiente para aplicação do dispositivo em ambos os casos. Essa análise requer do hermenuta juízos de valor tanto acerca da finalidade do preceito normativo, como do cotejo das circunstâncias fáticas sob apreciação. “Na analogia jurídica trata-se sempre [...] de um processo valorativo [...] Para conhecer que elementos da

205Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., 2001, p. 262-265; LARENZ, Karl. Op. cit., 1997, p. 540-555; PERELMAN, Chaim, op. cit., 2000, p. 74-78.

206Perelman assim explica o emprego do raciocínio analógico: “[...] dada uma proposição jurídica que afirma uma obrigação jurídica relativa a um sujeito ou a uma classe de sujeitos, existe a mesma obrigação a respeito de qualquer outro sujeito, ou classe de sujeitos, que tem com o primeiro sujeito (ou classe de sujeitos) uma analogia suficiente para que a razão [*ratio legis*] que determinou a regra em relação ao primeiro sujeito (ou classe de sujeitos) seja válida em relação ao segundo sujeito (ou classe de sujeitos).” Cf. PERELMAN, Chaim, op. cit., 2000, p.76. Carlos Maximiliano define a analogia em breves palavras: “A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante.” Cf. MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., 2003, p. 169.

207Na ordem jurídica brasileira, o art. 4º do Decreto-lei n.º 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) estabelece que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

208Cf. MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., 2003, p. 171: “Descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o processo analógico transporta-lhe o efeito e a sanção a hipóteses não previstas, se nas mesmas se encontram *elementos idênticos* aos que condicionam a regra positiva. Há, portanto, semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica.”

209Cf. Ibidem, 2003, p. 200.

hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal [...] é preciso recorrer aos fins e ideias fundamentais da regulação legal, à *ratio legis*.²¹⁰

No tocante ao argumento *a contrario sensu* (pelo sentido inverso)²¹¹, assume-se que determinado preceito regula integralmente sua matéria, não havendo espaço para ampliar seu alcance a hipótese não previstas expressamente. Assim, se o antecedente de uma norma dispõe de certa maneira a respeito de uma classe de sujeitos ou objetos, então seu consequente apenas incide sobre eles e somente eles, excluindo-se todos os demais, ainda que estes guardem alguma semelhança com as classes normatizadas.²¹²

Tanto no argumento *a contrario* quanto no analógico, desempenha um papel fundamental a análise valorativa da finalidade normativa (*ratio legis*) e dos nexos de semelhança e diferença entre a hipótese legalmente regulada e a hipótese que se pretende regular.²¹³ No raciocínio *a contrario*, o intérprete conclui que o propósito legal não se coaduna com os casos não previstos, devendo a norma ser aplicada apenas ao que é textualmente expresso, ao passo que, na analogia, ocorre exatamente o inverso: a *mens legis* do preceito alberga as situações não reguladas, e o dispositivo se lhes aplica.

Na argumentação jurídica *a contrario sensu*, portanto, o silêncio da lei é eloquente e, em vez de significar omissão ou lacuna, como no caso da analogia, representa uma opção política deliberadamente adotada pelo legislador, que deve ser respeitada pelo hermenêuta.

Quanto ao argumento *a fortiori*²¹⁴, o raciocínio se desenvolve da forma seguinte: formula-se a *ratio legis* de um preceito e verifica-se que tal razão se aplica a situações não reguladas com intensidade maior que a verificada em sua incidência à hipótese da própria norma, ou seja, “o argumento procura mostrar que aquilo que é reconhecido num caso deve ser aceito e reconhecido com mais razão ainda num segundo.”²¹⁵

210 LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 541-542.

211 Cf. PERELMAN, Chaim, op. cit., 2000, p. 75.

212 Cf. LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 554: “Este [argumento *a contrario*] diz: precisamente porque a lei ligou a consequência jurídica C (só) à previsão A, aquela não vale para outras previsões, mesmo quando estas devessem ser semelhantes a A.”

213 Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit., 2003, p. 339: “Assim como o argumento *per analogiam* [...], também o argumento *a contrario* funda-se num princípio não lógico, qual seja o princípio da diferença, que exige um critério para dizer quando um caso é diferente do outro. Este, como o princípio da semelhança, na analogia [...] tem um estatuto axiológico, isto é, não se trata de um juízo analítico, mas sintético que depende de uma avaliação pelo intérprete, conforme um juízo de valor.”

214 Cf. PERELMAN, Chaim, op. cit., 2000, p. 76.

215 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, op. cit., 2003, p. 341. Embora Tércio Sampaio esteja se referindo especificamente a uma modalidade de argumento *a fortiori*, sua definição pode aplicar-se perfeitamente a todo o gênero. Na mesma linha de Tércio, Larenz também define o argumento *a fortiori* como se fosse uma de suas espécies: “Este [*argumentum a maiore ad minus*] diz: se, segundo uma disposição legal, para a previsão A vale a consequência jurídica C, então esta tem que valer <<por maioria de razão>> para a previsão B, semelhante àquela, pois a *ratio legis* da regra legal atende à previsão B ainda em maior medida.” Cf. LARENZ, Karl, op.

Como afirma Perelman, distinguem-se duas modalidades de argumento *a fortiori*: a) o argumento *a maiori ad minus* (“quem pode o mais pode o menos”), que se aplica aos preceitos afirmativos (obrigações e permissões positivas); b) o argumento *a minori ad maius* (“quem não pode o menos não pode o mais”), que incide sobre as normas de caráter negativo (proibições e permissões negativas).²¹⁶

Assim como ocorre com os raciocínios *a simili* e *a contrario*, a argumentação *a fortiori* demanda do intérprete enunciados valorativos que versam sobre os propósitos da norma e sobre as distinções e similitudes fáticas verificadas entre os casos analisados. Na interpretação *a fortiori*, porém, ainda há um requisito especial: a formulação de um juízo hierárquico acerca da justificação de aplicação do preceito normativo aos objetos ou classes de objetos sobre os quais deve incidir, ou seja, deve-se definir o que é mais e o que é menos no tocante à *ratio legis* da norma em face das suas hipóteses de incidência.

Por fim, também pode exercer influência ponderável na construção da moldura jurídica, a técnica de interpretação histórica, que consiste em levar em conta os fins, os valores e as opções políticas efetivamente acolhidos pelo legislador histórico (*voluntas legislatoris*), bem como ponderar as causas, razões e circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais que o levaram a editar ou alterar o preceito normativo à época (*occasio legis*).²¹⁷

Por interpretação histórica, aqui se compreende tanto a interpretação genética, isto é, a análise dos motivos e das razões pelos quais o legislador histórico efetivamente elaborou, modificou ou revogou uma norma, bem como de sua finalidade real e concreta (argumento genético ou teleológico-subjetivo)²¹⁸, o que pode ser vislumbrado em atas das sessões parlamentares que debateram o projeto de lei, na exposição de motivos e meios afins²¹⁹, como

cit., 1997, p. 552.

216Cf. PERELMAN, Chaim, op. cit., 2000, p. 76-77.

217Cf. MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., 2003, p.121-123.

218Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 229-231. Um exemplo interessante de argumento de cunho histórico-genético pode ser visto no voto do Ministro Celso de Mello sobre a admissibilidade dos embargos infringentes na Ação Penal nº 470, que tramita no Supremo Tribunal Federal (a qual trata do caso vulgarmente denominado de “mensalão”). Em síntese, o referido Ministro apresentou como um de seus argumentos em defesa da tese da não revogação dos embargos infringentes previstos no art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) o seguinte fato histórico: em 1998, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso encaminhou, pela Mensagem nº 43/98, projeto de lei ao Congresso Nacional que, dentre outras alterações legislativas, previa expressamente a revogação desses embargos. Nada obstante, essa previsão específica foi rejeitada pela Câmara dos Deputados, tendo o então deputado federal Jarbas Lima feito voto em que defendia, com afinco, a manutenção dos embargos no sistema jurídico. O argumento pode ser encontrado no voto do Ministro, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

219Cf. LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 465-466.

também a interpretação histórica em sentido estrito, na qual “[...] os fatos relativos à história dos problemas jurídicos em discussão são oferecidos como razões a favor ou contra alguma decisão interpretativa.”²²⁰

Tendo em vista que o legislador histórico não é uno, mas composto por uma pluralidade bastante heterogênea de agentes legislativos individuais (parlamentares), Larenz identifica a “intenção reguladora do legislador” (*voluntas legislatoris*), que diz respeito aos fins, valores e opções fundamentais em relação aos quais os parlamentares efetivamente se manifestaram no processo legislativo, diferenciando-a das “ideias normativas concretas”, isto é, “ideias claras sobre o significado e alcance precisos de uma disposição particular ou de um termo particular”²²¹, que se podem imputar principalmente aos autores do texto da lei e aos membros das comissões parlamentares que travaram contato direto com ele. Para Larenz, somente a intenção reguladora do legislador seria efetivamente um parâmetro vinculante para o intérprete.

Como afirma Alexy²²², os diversos cânones de interpretação têm diferentes funções, e não há hierarquia entre eles. A interpretação literal, além de seu claro papel de possibilitar a compreensão, também exerce, juntamente com a interpretação histórica, a função de manter o intérprete vinculado, ao menos em certa medida, às decisões do legislador, o que é fundamental para a manutenção da separação dos poderes e para a sustentação do Estado Democrático de Direito, compreendido como “governo das leis” em vez do “governo dos homens”²²³. A interpretação sistemática, a seu turno, contribui para extirpar ou remediar as contradições da ordem jurídica e fortalecer os nexos de coesão entre as diferentes partes do sistema, ao passo que a interpretação teleológica se mostra capaz de abrir as normas jurídicas à argumentação racional, inclusive a de cunho moral. Todos eles, portanto, podem ser empregados a fim de orientar o magistrado e reduzir seu leque de escolhas interpretativas ao decidir um caso concreto.

Destarte, pelo exposto, conclui-se que, embora o julgador tenha certo poder discricionário, por meio do qual seja capaz de criar direito, fica claro que esse poder é limitado e sofre diversas restrições de ordem jurídico-hermenêutica (elementos literal, sistemático, teleológico e histórico), afigurando-se como um “poder intersticial”, que age nos

220ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 231.

221Cf. LARENZ, Karl, op. cit., 1997, p. 464.

222ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 237-239.

223Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 151-171.

espaços delimitados pela moldura jurídica, em que o direito se mostra lacunoso ou impreciso.

Nas palavras de Hart:

[...] em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se [...] parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz [...] terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso [...] Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido [...] É importante observar que [...] não só os poderes do juiz estão sujeitos a muitas limitações que restringem sua escolha [...] mas também o juiz não pode utilizá-los para introduzir reformas amplas [...] Assim, seus poderes são *intersticiais*, além de sujeitos a muitas restrições substantivas.²²⁴

Em face desse poder discricionário intersticial, a moralidade pode exercer diversas influências. Em primeiro lugar, ante a pluralidade de papéis e funções dos cânones de interpretação, que delimitam o material cognitivo com o qual trabalha o intérprete (moldura jurídica), a ausência de hierarquia entre eles, bem como o grande espaço que eles oferecem para os juízos de valor do hermenauta (como é especialmente o caso da interpretação teleológica e dos argumentos *a simili*, *a contrario* e *a fortiori*), vislumbra-se enorme campo aberto à penetração de valores e princípios éticos, sejam oriundos do código moral particular do próprio intérprete, sejam provenientes da moral positivada no grupo social, sejam ainda ligados a um conjunto de preceitos universais da moral racional.

A ação da moralidade pode ter lugar tanto na relação entre os diversos cânones, como na determinação do conteúdo de alguns deles, como é o caso da interpretação sistemática, em que as diversas partes do sistema podem ter peso diferente na determinação semântica da norma interpretada e especialmente da interpretação teleológica, havendo aqui espaço razoável para a fixação do alcance e do sentido do preceito interpretado à luz dos fins que lhe são irrogados pelo intérprete na condição de “intenção do legislador”.

Tendo em vista que os elementos fundamentalmente responsáveis pela fixação da moldura – os cânones hermenêuticos – baseiam-se, em larga medida, no modelo dogmático do legislador racional, cuja utilização está profundamente arraigada no seio da comunidade jurídica e cujo conteúdo é construído pelos intérpretes do direito, não sendo simplesmente “revelado” ou “descoberto” nos textos normativos, vislumbra-se também aqui uma abertura estrutural profunda e importante do sistema jurídico à argumentação racional em geral e à argumentação moral em particular.²²⁵

²²⁴HART, Herbert. Op. cit., 2009, p. 351-352.

²²⁵Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 2010, p. 387: “Essa técnica [do legislador racional] [...] não é

Além de influir na própria determinação da moldura, a moralidade pode ter especial significado no seu interior, isto é, no espaço hermenêutico delimitado pela moldura jurídica: este se apresenta como fértil campo de abertura do direito aos efeitos da moral, em todos os seus matizes. Embora o conteúdo dessa esfera interpretativa não seja definido pelas normas jurídicas positivadas, mas pela realização de um ato de vontade (escolha) do julgador com base em considerações extrajurídicas (morais, políticas, ideológicas, pragmáticas), enraizadas em sua concepção abrangente,²²⁶ o raciocínio desenvolvido na interpretação não precisa nem deve ser arbitrário, isto é, dependente apenas do arbítrio do hermeneuta.

Como se mostrará melhor no terceiro capítulo deste trabalho, caso se parta de determinadas premissas razoáveis acerca da pessoa humana e da estrutura conceitual do agir eticamente correto e se articulem devidamente os componentes de um ponto de vista moral imparcial, que permita formular expressamente e aglutinar as intuições morais cotidianas, bem como refletir sobre elas, julgá-las criticamente e buscar seus fundamentos, podem-se construir princípios morais racionais de cunho objetivo, na medida em que podem ser aceitos por todos os seres racionais dispostos a encontrar a solução moralmente adequada para os dilemas éticos.

Caso sejam possíveis princípios morais com esse caráter, então tem o intérprete o dever ético de encontrar, dentre as alternativas jurídicas permissíveis de interpretação, aquela que melhor se coaduna com os princípios morais da razão, não devendo haver lugar, portanto, para a arbitrariedade ou o voluntarismo irracionais.

Os preceitos morais, contudo, não exercem influência apenas no modo como os juízes interpretam as normas jurídicas em particular, fixando-lhe a moldura dentro da qual exercem seu poder discricionário intersticial, nem somente no modo com tal poder é

empregada de forma cínica ou especulativa pelos juristas, mas sim na maioria dos casos, com honestidade científica, obedecendo a hábitos teóricos herdados por tradição e cujos resultados soam como satisfatórios ao permitir compatibilizar o desejo de segurança jurídica com o de adequação da ordem jurídica a padrões de racionalidade e de justiça.”

226Por “concepção abrangente” ou “doutrina abrangente”, entende-se uma cosmovisão mais ou menos extensa e elaborada, constituída por crenças, convicções, valores e princípios arraigados no sujeito, por meio dos quais ele compreende a si mesmo, os outros e o mundo a seu redor, bem como determina seus fins e suas expectativas. Pode haver doutrinas abrangentes religiosas, morais, filosóficas ou metafísicas. Cf. RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 15: “Uma concepção moral é geral caso se aplique a um leque amplo de objetos – no limite, a todos os objetos, de uma forma geral. É abrangente quando inclui concepções sobre o que tem valor na vida humana e ideais de caráter pessoal, bem como ideais de amizade e de relações familiares e associativas e tudo o mais que deve orientar nossa conduta no limite em nossa vida como um todo. Uma concepção é inteiramente abrangente quando abarca todos os valores e virtudes reconhecidos dentro de um sistema articulado de forma precisa, ao passo que é parcialmente abrangente quando compreende determinados valores e virtudes não políticos, mas de modo algum todos, e quando é articulada de forma menos rígida. Muitas doutrinas religiosas e filosóficas aspiram a ser tanto gerais como abrangentes.”

manejado. Há também uma ação mais profunda: a moralidade também penetra no direito, por meio da regra de reconhecimento, como parte dos critérios de validade de suas normas.

3.3 Dignidade e moralidade na regra de reconhecimento

De acordo com o que já fora exposto, a regra de reconhecimento é uma das normas secundárias (normas que versam sobre normas – metanormas) que define um sistema normativo como jurídico. Trata-se de uma norma de caráter convencional, que contém os critérios de validade jurídica, à luz dos quais uma norma é considerada válida ou inválida em face de determinado ordenamento jurídico positivo.²²⁷

Segundo Hart, uma das condições necessárias de existência de um determinado sistema jurídico é a de que as normas secundárias (reconhecimento, modificação, julgamento) sejam efetivamente observadas e empregadas pelas autoridades. Em especial, a regra de reconhecimento, como “norma última” do sistema (*ultimate rule*), que define a unidade e a coesão da ordem jurídica vigente, precisa ser bem aplicada, notadamente, pelas autoridades judiciárias do aparato estatal, sob pena de o sistema jurídico padecer de grave patologia institucional e se desconfigurar, perdendo sua identidade.²²⁸

Em um Estado Constitucional, marcado pela supremacia da Constituição sobre as demais normas, como é o caso da República Federativa do Brasil, a regra de reconhecimento, em sua formulação fundamental, enuncia como critério de validade supremo a plena conformidade das normas primárias (normas básicas de conduta) com os ditames constitucionais.

Essa adequação não é apenas formal ou procedimental – versando sobre questões de competência normativa, iniciativa no processo legislativo, quórum de votação e aprovação, trâmite no parlamento e afins –, mas também material ou substancial, referindo-se à compatibilidade entre o teor da norma primária objeto de análise e o conteúdo das normas primárias constantes da Constituição, especialmente seus princípios, que, em razão de sua ampla textura aberta e sua moldura jurídica flexível, apresentam enorme abertura à

²²⁷Ver o primeiro tópico do capítulo precedente.

²²⁸Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 151-153: “[...] o fato é que as normas reconhecidas como oficialmente válidas são geralmente obedecidas. Às vezes, entretanto, o setor oficial pode se afastar do setor privado, no sentido de que não há mais obediência geral às normas consideradas válidas segundo os critérios de validade em uso nos tribunais. A variedade das formas pelas quais isso pode ocorrer se insere na **patologia dos sistemas jurídicos**, pois representa uma interrupção na complexa prática congruente [subjacente à regra de reconhecimento] à qual nos referimos quando emitimos o enunciado factual externo de que um sistema jurídico existe (destaque nosso).”

argumentação racional e moral.²²⁹

Como afirma Hart, no pós-escrito de sua obra *O conceito de direito*, a regra de reconhecimento não apenas é compatível com um certo grau de abertura do direito à moralidade, mas também se mostra capaz de incluir, em seu escopo, os princípios jurídicos²³⁰.

Com efeito, embora geralmente tenham elevado grau de generalidade e abstração²³¹, aplicando-se a vasto espectro de tipos de condutas e situações e apresentando baixa densidade normativa (conteúdo semântico pouco definido), verifica-se que os princípios jurídicos podem ser acolhidos pelos juízes e aplicados a partir da norma de reconhecimento do sistema: “[...] a inclusão deles [princípios] não apenas é coerente com essa doutrina [da regra de reconhecimento], mas, de fato, exige que ela seja aceita.”²³²

Somente merecem a qualificação de “jurídicos” aqueles princípios que observarem os parâmetros de validade incorporados na norma de reconhecimento e que estejam positivados no texto normativo ou que sejam efetivamente acolhidos como tais e empregados pelos juízes e tribunais.

Tendo em vista o critério de validade constitucional incorporado à regra de reconhecimento, conclui-se que, para possuírem validade jurídica, os princípios precisam estar de acordo com as normas constitucionais, segundo o entendimento manifestado pelos os órgãos aplicadores do direito do sistema, que, pelas suas regras secundárias de julgamento, têm competência para determinar o sentido e o alcance das normas jurídicas.²³³

Além dessa adequação constitucional, os princípios jurídicos precisam ter base

229Ver o terceiro tópico do capítulo precedente.

230Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 323-328 e 340-346.

231O predicado da generalidade se refere à classe de destinatários da norma, ao passo que a abstração se refere à classe de ações reguladas pelo preceito normativo. Cf. BOBBIO, Norberto, op. cit., 2001, p.181: “[...] aconselhamos falar em *normas gerais* quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em *normas abstratas* quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). Às normas gerais se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular [...] às normas abstratas se contrapõem as que regulam uma ação singular.” No mesmo sentido, ver NEVES, Marcelo, op. cit., 2013, p.22. Embora se reconheça, na trilha de Alexy, que generalidade e abstração não são propriedades exclusivas dos princípios, aptas a diferenciá-los das regras, admite-se que aqueles tendem a apresentar essas propriedades em grau mais elevado que estas. Cf. NEVES, Marcelo, op. cit., 2013, p. 22-25: “Tanto os princípios quanto as regras são normas gerais e abstratas [...] Pode-se, sim, afirmar que os princípios tendem a ser mais gerais e imprecisos que as regras.” Ver também ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 108-109: “Normalmente, princípios são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo [...] A existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade [para distinguir princípios de regras] é apenas parcialmente correto.”

232Cf. HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 342.

233Sobre a importância do reconhecimento judicial dos princípios jurídicos, afirma Hart: “Alguns princípios jurídicos [...] são também identificados como partes do direito pelo teste do ‘pedigree’, na medida em que têm sido constantemente invocados pelos tribunais em inúmeros casos diferentes como fundamentação para suas decisões, e devem ser levados em consideração ainda que, em certos casos, possam ser sobrepujados por razões que sinalizem em sentido oposto.” Cf. *Ibidem*, p. 341-342.

normativa positivada (princípios expressos) ou, ao menos, devem ser dogmaticamente construídos ou reconduzidos a partir de um alicerce positivado (princípios implícitos ou subprincípios decorrentes de princípios), carecendo, nesse último caso, do efetivo reconhecimento e aplicação pelos juízes e tribunais para adquirir real existência dentro do sistema jurídico.

Em razão de sua grande abstração e de seu caráter não conclusivo²³⁴, os princípios apresentam textura bastante aberta, de modo que a moldura jurídica que baliza sua aplicação costuma ser bem flexível, conferindo ao julgador largo espaço para o exercício do seu poder discricionário intersticial.

Nesse quadro, o princípio jurídico da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB/88), apresenta-se problemático sob duplo aspecto: a) trata-se de norma de textura muito aberta, apresentando vasta zona de penumbra (incerteza quanto à aplicação em diversos casos) e apenas um pequeno núcleo de certeza²³⁵; b) o princípio é considerado por boa parte da doutrina pátria como o alicerce normativo dos direitos fundamentais, sendo estas concretizações daquele²³⁶, de modo que, em razão dessa enorme abrangência e ascendência axiológica (importância central no sistema), a noção de dignidade, caso não seja empregada com alguns cuidados teóricos, corre o risco de se descaracterizar e se esvaziar, prejudicando-se sua força normativa.²³⁷

Na condição de preceito constitucional fundamental, o princípio da dignidade constitui critério de validade da regra de reconhecimento do direito brasileiro. Não se cuida, porém, de um critério qualquer, mas, dentre os critérios materiais, afigura-se o mais

234Sobre o caráter não conclusivo dos princípios jurídicos, cf. *Ibidem*, 2009, p. 336-337. Em sentido similar, cf. ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, 2013, p. 83-85.

235Cf. STEINMETZ, Wilson, *op. cit.*, 2004, p. 113: “A expressão 'dignidade da pessoa' – ou 'dignidade humana' é vaga. Em razão dessa vagueza, ante os diferentes casos concretos de interpretação e aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa, nas quais se investiga se houve ou há a violação ao princípio, nem sempre o campo de referência [...] está bem definido. Há casos em que é evidente a violação da dignidade da pessoa; em outros, a não-violação. Contudo, há casos-limítrofes [...] em que há dúvidas sobre a violação ou não da dignidade da pessoa, isto é, se o princípio aplica-se ou não.”

236Cf. BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, 2011, p. 132-137; SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, 2004, p. 84-98; STEINMETZ, Wilson, *op. cit.*, 2004, p. 112: “[...] na CF [Constituição Federal de 1988], a dignidade humana pode ser visualizada de dois ângulos. De um, é um princípio fundamental objetivo autônomo (art. 1º, III). De outro, os direitos fundamentais, considerados individualmente e em conjunto, são concretizações ou manifestações específicas da dignidade da pessoa.”

237Cf. WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 110-112: “É forçoso reconhecer, ademais, que o conteúdo da expressão 'dignidade humana' tem sido, e continua a ser, frequentemente empregado de uma maneira bastante vaga e incerta, o que dá margem ao seu uso desarrazoado. Assim, essa expressão, tem servido para justificar soluções ou interesses diametralmente opostos, notadamente nas discussões éticas e jurídicas envolvendo assuntos bioéticos [...] Isso tem trazido sérios problemas para a práxis e para o discurso jurídicos [...] já se falando, inclusive, de uma *banalização* ou de um *inflacionário* uso do princípio da dignidade humana.”

importante – o supremo critério substancial de validade –, haja vista seu *status* como pedra angular e elemento unificador dos direitos fundamentais e base de legitimação da própria Constituição.²³⁸

Em razão de sua forte indeterminação estrutural, a ideia de dignidade humana se mostra permeável a diversas concepções abrangentes de cunho moral, político, filosófico ou religioso²³⁹, encontrando-se a moldura jurídica que delimita sua interpretação ainda mais fragilizada por se tratar de um preceito constitucional, não havendo normas de escalão superior que possam influir imediatamente sobre sua compreensão nem outros enunciados normativos que estejam em direta conexão com ela.²⁴⁰

O caráter especial da norma da dignidade humana se reflete em sua peculiar conformação estrutural: a rigor, não se trata apenas de um princípio, pois integra também uma regra.²⁴¹ Em sua dimensão principiológica, a dignidade é sopesada com outros princípios, de modo que eventualmente poderá ser superada por determinados princípios ante circunstâncias fáticas específicas.²⁴² Enquanto regra, porém, a dignidade tem caráter absoluto, outorgando direitos e deveres definitivos.²⁴³

Ocorre, porém, que, seja como princípio, seja como regra, a dignidade é uma ideia jurídico-filosófica extremamente imprecisa²⁴⁴, de modo que seu conteúdo, em qualquer dessas

238De acordo com Sarlet, a dignidade humana é base da “unidade axiológica e legitimidade da ordem jurídico-constitucional e do sistema de direitos fundamentais”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2004, p. 77. Para Steinmetz, “a dignidade da pessoa é princípio jurídico-constitucional e valor ético fundante e fundamental da República Federativa do Brasil.” Cf. STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2004, p. 23.

239O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos destaca o caráter plural e multifário da dignidade ao ressaltar que “[...] todas as culturas têm versões diferentes da dignidade humana, algumas mais amplas do que outras, algumas com um círculo de reciprocidade mais largo do que outras, algumas mais abertas a outras culturas do que outras.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.º 48, p.22, 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 10 out. 2013.

240Embora se afirme que a dignidade humana é o alicerce dos demais direitos fundamentais, estando, portanto, conectada a eles, é necessário que se esclareça inicialmente o conteúdo do próprio princípio da dignidade para que então se possa determinar, com maior precisão, a natureza e a extensão dessas conexões com os outros direitos fundamentais. A interpretação sistemática, portanto, mostra-se, nesse sentido, de pouca relevância para a determinação do conteúdo da dignidade.

241Por razões de simplicidade linguística, continuar-se-á fazendo referência à norma da dignidade somente como princípio.

242A previsão constitucional da pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”, da CRFB/88) pode ser apontada como caso em que o princípio da dignidade humana foi preterido.

243Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 113: “[...] é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face dos outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.”

244A imprecisão é comum tanto a regras como a princípios, pois não depende da estrutura do operador deontico (rigidez ou flexibilidade), mas da textura aberta da linguagem, que é comum às normas em geral. Cf. NEVES,

espécies normativas, continua bastante maleável ao exercício do poder discricionário intersticial dos aplicadores do direito.

Tendo em vista essa abertura hermenêutica, aliada à importância do princípio da dignidade e ao seu papel como critério de validade substancial supremo da regra de reconhecimento, verifica-se não apenas que a dignidade humana constitui uma ponderável via de acesso à argumentação moral (e também de outras naturezas) ao interior da própria norma de reconhecimento do sistema jurídico, como também se afigura importante parâmetro de controle da validade de outras normas do sistema por meio do controle de constitucionalidade, razão pela qual se mostra imperioso formular critérios racionais que possam precisar os direitos e deveres conferidos por esse preceito e determinar em que circunstâncias ele é violado.

O ingresso de normas morais por meio da dignidade humana e de outros princípios se mostra possível, porquanto, embora uma das principais funções da regra de reconhecimento seja a de reduzir e controlar a incerteza na identificação e aplicação do direito, os seus critérios de validade não apenas fazem referência a fatos objetivamente aferíveis, como os procedimentos de criação e alteração de leis (questões de *pedigree*), mas também podem incorporar “a obediência a princípios morais ou valores substantivos”²⁴⁵, ainda que estes geralmente estejam sujeitos a controvérsias e discussões.

Como visto, a possibilidade – não a necessidade – de a moralidade figurar como requisito de validade de uma norma jurídica é a tese central do positivismo moderado ou inclusivo (*tese da separabilidade*).²⁴⁶ Nas precisas palavras de Matthew Kramer:

Positivismo jurídico inclusivo [...] consiste na seguinte tese: **Pode ser o caso, embora não precise ser o caso, que a consistência de uma norma com alguns ou todos os requerimentos da moralidade seja pré-condição para o status da norma como uma lei nesta ou naquela jurisdição.** Enquanto tal pré-condição para validade jurídica não é inerente ao conceito de direito, **ele pode ser imposto como teste de entrada sob a Regra de Reconhecimento em qualquer regime jurídico particular** [...] Este teste [...] é um dos critérios que os oficiais usam para identificar o direito [...] Positivismo Jurídico Inclusivo [...] é inclusivo porque permite que preceitos morais possam figurar entre os critérios que a identificação do direito pelos oficiais. Ao mesmo tempo, os inclusivistas são positivistas porque também rejeitam a visão de que todo possível sistema jurídico inclui testes morais entre seus critérios de identificação do direito. Um positivista jurídico inclusivo

Marcelo, op. cit., 2013, p. 19: “[...] um critério [...] referente à imprecisão semântica de disposições normativas não pode ser tomado como decisivo para a distinção entre princípios e regras constitucionais. É claro que se pode observar uma tendência maior à imprecisão entre os princípios, mas não procede a definição dos princípios como normas mais imprecisas do que as regras.”

²⁴⁵HART, Herbert, op. cit., 2009, p. 323.

²⁴⁶Ver o terceiro tópico do primeiro capítulo do presente trabalho.

insistem em que tais testes são características contingentes, em vez de características essenciais do sistema de direito no qual eles são aplicados (tradução e destaque nossos).²⁴⁷

O ingresso de considerações morais na ordem jurídica, portanto, não é conceitualmente necessário, mas uma questão contingente: é possível conceber sistemas jurídicos que não incorporem valores ou princípios morais como parte de seus parâmetros de validade, sem que, em razão disso, percam sua juridicidade, a qual depende essencialmente do seu caráter institucional (complexo sistemático de normas secundárias em união com as normas primárias).

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, bem como no de todos aqueles que alçam o princípio da dignidade humana a uma condição de destaque, a moralidade se mostra capaz de penetrar no direito por meio dele, embora o faça dentro dos seus limites institucionais.

À luz do enfoque positivista inclusivo, pode-se afirmar que a integração da moralidade ao direito por intermédio da dignidade humana e da norma de reconhecimento, que a incorpora, se dá nos limites impostos pela próprio caráter institucional da ordem jurídica, haja vista que a regra de reconhecimento, por meio da qual se dá essa integração, é manejada principalmente pelas autoridades e órgãos do sistema.

De modo paralelo à estrutura escalonada do ordenamento jurídico, também os órgãos de aplicação do direito, que recebem sua competência a partir das regras secundárias de julgamento, apresentam estrutura hierárquica. Assim sendo, a interpretação das normas jurídicas por um tribunal superior não apenas resulta na formulação de uma norma individual e concreta (decisão) para o caso submetido à apreciação, mas também cria direito em um sentido mais amplo, haja vista que a decisão constitui precedente judicial, que pode ter maior ou menor poder vinculante para as instâncias inferiores ou, pelo menos, uma força orientadora

247KRAMER, Matthew. Throwing light on the role of moral principles in the law: further reflections. **Legal Theory**, v.8, p. 115, 2002. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=115736>>. Acesso em 06 out. 2013. No original: “Inclusive Legal Positivism [...] consists in the following thesis: It can be the case, though it need not be the case, that a norm’s consistency with some or all of the requirements of morality is a precondition for the norm’s status as a law in this or that jurisdiction. While such a precondition for legal validity is not inherent in the concept of law, it can be imposed as a threshold test under the Rule of Recognition in any particular legal regime. That test [...] is one of the criteria that the officials use for ascertaining the law [...] Inclusive Legal Positivism [...] is inclusive because it allows that moral precepts can figure among the criteria that guide officials’ ascertainment of the law [...] At the same time, the Inclusivists are positivists because they also reject the view that every possible legal system includes moral tests among its law-ascertaining criteria. An Inclusive Legal Positivist insists that such tests are contingent features, rather than essential features, of the systems of law wherein they are applied.”

relevante.²⁴⁸

As opções interpretativas dos tribunais superiores e o exercício de seu poder discricionário intersticial, ao serem levados em conta pelos juízes de instância inferior, terminam, portanto, por preencher parcela da moldura jurídica a que se submete a atividade hermenêutica destes, tornando-a mais rígida e espessa. Dito de outro modo: os atos de vontade levados a cabo pelos juízes de graduação superior na interpretação das normas e no emprego da regra de reconhecimento, ao orientarem a atuação judicante dos magistrados de hierarquia mais baixa, limitam seu leque de escolhas interpretativas e reduzem sua esfera de discricionariedade.

Esse poder criador de direito fica mais evidente quando se trata da Corte Suprema do Estado, que zela pela sua Constituição e maneja a regra de reconhecimento do sistema em sua forma mais explícita (critério fundamental de validade constitucional) e em última instância. As decisões do órgão de cúpula, por não encontrarem restrições senão nos próprios textos normativos, são fruto de uma esfera de liberdade criadora bem maior, sendo a moldura jurídica que as baliza, em regra, sensivelmente mais flexível do que aquela com a qual se deparam juízes e tribunais de menor graduação.

Ressalte-se que, embora a moldura jurídica seja o limite cognitivo da interpretação, mesmo ela pode ser rompida, em casos excepcionais, o que é mais provável de ocorrer com a jurisdição de hierarquia superior ante os limites mais tênues e rarefeitos a que está submetida.

Kelsen assim sintetizou esse poder normativo decorrente da interpretação jurídica dos órgãos aplicadores do direito (*interpretação autêntica*):

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria

248Embora seja costumeiro diferenciar duas tradições jurídicas – a romanística continental (*civil law*) e a anglo-saxônica (*common law*), tendo o precedente judicial força realmente vinculante apenas na segunda, ao passo que, na primeira, a fonte do direito precípua é a lei, verifica-se que, também no direito romanístico, as decisões judiciais e o entendimento dos Tribunais superiores ganham importância crescente e assumem papel cada vez mais relevante. Ainda que, em muitas circunstâncias, não seja considerado vinculante, mas meramente persuasivo, o precedente judicial, ao menos, cria um ônus argumentativo em favor das teses nele contidas que contribuíram para a decisão (*ratio decidendi*). Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2001, p. 258-262. No sistema jurídico brasileiro, de caráter romanístico, podem ser apontados os seguintes exemplos da força das decisões judiciais e do entendimento jurisprudencial: a) a possibilidade de o STF editar súmulas com efeito vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta em todos os níveis da federação (art. 103-A da CRFB/88 e Lei 11.417/2006); b) o efeito vinculante e *erga omnes* das decisões do STF no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade – ADI, ADC e ADPF (art. 28, parágrafo único, da Lei 9868/99 e art. 10, § 3º, da Lei 9882/99); c) a previsão constitucional de reclamação para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STF, STJ e STM, bem como para combater violação à súmula vinculante do STF (arts. 102, I, “I”; 103-A, § 3º e 105, I, “F” da CRFB/88 e art. 6º, I, “F” da Lei 8.457/1992); Sobre a estrutura e os efeitos do precedente judicial, bem como sua análise no direito brasileiro, cf. DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 381-398.

Direito [...] pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa [...] pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância.²⁴⁹

Desta sorte, a moralidade, ao ingressar na ordem jurídica positiva, o faz dentro dos limites hermenêuticos traçados pela regra de reconhecimento e pelo seu uso efetivo no âmbito dos órgãos de aplicação do direito, notadamente pelo órgão de cúpula do sistema. Os valores e princípios morais ingressam no sistema jurídico, portanto, por meio de sua construção dogmática e aceitação pela jurisprudência (princípios implícitos) ou pela posituação nos textos normativos, na forma de princípios expressos, como é especialmente o caso do princípio da dignidade humana, adquirindo conteúdo por meio do entendimento manifestado e consolidado pelos juízos e tribunais.

Ademais, deve-se destacar que a ideia de dignidade humana e a regra de reconhecimento podem permitir não apenas a inclusão da moralidade ideal – crítica e reflexiva –, mas também de vasto leque de concepções morais positivadas no seio social em boa parte de seus distintos tons e matizes, muitos dos quais poderiam inclusive ser qualificados de imorais a partir de uma análise imparcial, fundada em uma moral racionalmente construída e fundamentada.

Desse modo, restando caracterizada a abertura estrutural do direito à moralidade por meio do princípio da dignidade humana – requisito de validade substancial máximo da regra de reconhecimento –, dentro dos contornos institucionais do próprio sistema jurídico, verifica-se a *possibilidade* de recorrer a princípios morais racionalmente construídos para articular e delinear o conteúdo semântico da dignidade.

Tendo em vista a ampla textura aberta desse princípio ético-jurídico, a sua importância no ordenamento e a possibilidade de seu emprego arbitrário e vazio, pode-se concluir a *necessidade* de fornecer parâmetros racionais que possam concretizá-lo, orientar a sua aplicação e fundamentar racionalmente seu sentido e alcance, o que se buscará fazer por meio do recurso à filosofia moral de Immanuel Kant e, especialmente, ao princípio supremo da moralidade por ele formulado: o Imperativo Categórico.

249KELSEN, Hans, op. cit., 2006, p. 394-395.

4 A DIGNIDADE HUMANA À LUZ DO IMPERATIVO CATEGÓRICO

4.1 O Imperativo Categórico como supremo princípio moral e os deveres dele decorrentes

De modo geral, devido à textura aberta de suas normas, à configuração da moldura jurídico-hermenêutica e ao poder discricionário intersticial dos juízes, e, de modo específico, por meio da regra de reconhecimento, o sistema jurídico se abre para uma vasta gama de influências, dentre as quais figura a de valores e princípios morais.

Como visto, a moralidade pode penetrar no direito em seus mais variados tons e matizes, sendo capaz de apresentar-se sob inúmeras formas, o que ocorre, sobretudo, em sociedades pluralistas, com diversas concepções abrangentes.²⁵⁰ Por sua profunda indeterminação estrutural, a dignidade humana é especialmente permeável a compreensões morais, filosóficas e culturais bastante díspares.²⁵¹

Ante a necessidade, acima referida, de buscar parâmetros racionais que possam conferir contornos mais precisos à dignidade humana, recorre-se ao sistema filosófico moral edificado por Kant como base para a justificação e a interpretação desse importante princípio jurídico, buscando fornecer contribuições para a resposta das seguintes questões: por que o ser humano tem dignidade? Quais ações e abstenções são exigidas pelo princípio da dignidade e, conseqüentemente, quando a dignidade de uma pessoa é violada? Pode a dignidade ser compreendida como pedra de toque de outros importantes direitos fundamentais garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

A teoria moral kantiana foi escolhida para esse fim²⁵², tendo em vista algumas de

250 Sobre o conceito de concepções abrangentes, ver o segundo tópico do capítulo precedente.

251 Em meio a diversidade de compreensões da dignidade, Bruno Weyne chama atenção para quatro concepções: a) a kantiana, racionalmente fundamentada à luz da filosofia moral de Kant; b) a ontológica, segundo a qual a dignidade é qualidade inerente à natureza humana e dela indissociável; c) a teológica, baseada na revelação bíblica de acordo com a qual o homem é digno por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus; d) a intuicionista, que afirma ser a dignidade atributo humano evidente, dispensando fundamentação e apenas requerendo confirmação. Cf. WEYNE, Bruno Cunha, op. cit., 2013, p. 152-200.

252 Vale destacar que a ética kantiana é empregada ou, ao menos, apontada por muitos autores como teoria relevante para uma melhor compreensão e justificação da dignidade humana. A esse respeito, cf. BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., 2011, p. 128: “[...] não se pode deixar de mencionar o pensamento de Immanuel Kant [acerca da dignidade humana]. É ele quem vai apresentar a formulação mais consistente [...] da natureza do homem e de suas relações consigo próprio, com o próximo e com as suas criações e da natureza [...] a concepção kantiana de homem continua a valer como axioma no mundo ocidental.” Cf. também SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 2004, p. 34: “É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.” Ver, sobretudo, WEYNE, Bruno Cunha, op. cit., 2013, p. 202: “[...] tem-se como desígnio sustentar que, pelo menos entre as quatro concepções apresentadas neste

suas peculiaridades: a) sua profundidade reflexiva, ao se propor investigar, em todas as suas dimensões, a estrutura conceitual do dever moral e da ação correta, culminando na formulação do princípio último da moralidade; b) seu caráter sistemático, articulando, de modo coerente e consequente, diversos elementos que compõem os parâmetros de avaliação ética, como as múltiplas facetas do princípio da moralidade e os deveres morais definidos e justificados à sua luz; c) seu amplo alcance, já que o objeto precípua de sua investigação não são preceitos morais *materiais*, mas um parâmetro de julgamento e ação moral *formal* (universal).²⁵³

Dessa sorte, visando enfrentar as questões acima formuladas, buscar-se-á determinar, com Kant, o supremo princípio da moralidade – o Imperativo Categórico –, que servirá de base para a adequada compreensão do sentido e do alcance da dignidade humana.

Na primeira seção da obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (doravante apenas *Fundamentação*) – “Transição do conhecimento moral da razão vulgar para o conhecimento filosófico” –, Kant inicia sua argumentação em busca do primeiro princípio de todo o agir moral, partindo da premissa segundo a somente uma boa vontade tem valor absoluto²⁵⁴, isto é, independente de qualquer condição: não se trata de mero desejo, mas sim de uma querer plenamente forte, em que se empregam todos os meios à disposição do agente.²⁵⁵

Ora, talentos, qualidades do temperamento (coragem, perseverança, fortaleza), dons trabalho [kantiana, ontológica, teológica, intuicionista], a kantiana é a mais sólida metodologicamente e, por isso, a mais razoável para servir aos referidos fins, podendo ser profícuo o seu uso no campo do Direito.”

253Normas materiais são aqui entendidas como preceitos os quais estabelecem deveres que regulam ações diretamente e que apresentam conteúdo relativamente bem definido (a despeito da textura aberta comum a todas as normas), tais como os dez mandamentos cristãos e as normas de direito penal. O supremo princípio moral kantiano, por sua vez, como melhor se demonstrará, não é material nesse sentido, pois constitui não uma prescrição que incide sobre ações, mas um parâmetro ou critério que determina a correção de outras normas, disciplinando condutas específicas apenas de modo indireto, afigurando-se, portanto, como princípio *formal* (metanorma). Sobre o termo 'formal' nesse sentido, cf. HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 15: “Embora Kant escolha a forma imperativa [...] o imperativo categórico assume o papel de um princípio de justificação, assinalando como válidas as normas de conduta suscetíveis de generalização [...] É nessa perspectiva que falamos de uma ética *formalista*.” Ademais, enquanto normas morais materiais se fundam sobre fins concretos e específicos, que são contingentes e variam de sujeito para sujeito, jamais podendo clamar plena adesão universal, um preceito moral de caráter formal, enquanto apresenta os critérios de correção moral das normas materiais, pode apresentar validade moral, conforme mais adiante se esclarecerá. Cf. WEYNE, Bruno Cunha, op. cit., 2013, p. 217: “[...] a ética kantiana não é formalista no sentido de ser vazia, abstrata, fechada em si e sem compromisso com a realidade. Ela é formalista na medida em que Kant busca uma lei moral que obriga incondicionalmente, fato esse que exige que ela tenha caráter *necessário e universal*.”

254Entendemos que a argumentação filosófica kantiana parte de algumas intuições morais fundamentais, que estão arraigadas no senso comum (“razão humana vulgar”) – dentre as quais se destaca a ideia de que a boa vontade tem valor em si –, para esclarecer e formular sistematicamente o princípio último que subjaz a essas intuições e que pode ser utilizado para corrigi-las ou melhor defini-las. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 35: “[...] o conceito de boa vontade altamente estimável em si mesma e sem qualquer intenção ulterior, conceito que reside já no bom senso natural e que mais precisa de ser esclarecido do que ensinado [...]”.

255Cf. Ibidem, p. 31.

da fortuna (riqueza, saúde, poder, honra) e mesmo o bem-estar e a felicidade, não obstante sejam bons e desejáveis em muitos aspectos, não podem ser considerados bons em si mesmos, pois podem tornar-se bastante prejudiciais e nocivos se não for boa a vontade do agente que possua tais atributos ou dons, visto que ele poderia utilizá-los imoralmente e causaria muito mais dano do que se não os tivesse, ou seja, essas qualidades e dons só aumentariam o seu potencial ofensivo. Além disso, sem uma boa vontade, tais talentos e condições favoráveis podem produzir uma série de vícios naquele que os possui, como arrogância, presunção e até desprezo por aqueles que não dispõem de tais qualidades.²⁵⁶

Dessa forma, só a boa vontade pode ser concebida como sendo boa em todas as circunstâncias e em todos os aspectos, de modo que seu valor é absoluto, isto é, não depende de mais nada além dela mesma e não está condicionada por nenhum fator que lhe seja externo. Ainda que nada seja efetivamente realizado ou produzido por meio dela (em razão de circunstâncias fortuitas), a boa vontade mantém intacto o seu valor. Segundo Kant:

A boa vontade não é boa por aquilo que se promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer, isto é, em si mesma, e, considerada em si mesma, deve ser avaliada em grau muito mais alto do que tudo o que por seu intermédio possa ser alcançado em proveito de qualquer inclinação, ou mesmo [...] da soma de todas as inclinações. Ainda mesmo que por um desfavor especial do destino, ou pelo apetrechamento avaro de uma natureza madrastra, faltasse totalmente a esta boa vontade o poder de fazer vencer as suas intenções, mesmo que nada pudesse alcançar [...] e só afinal restasse a boa vontade [...] ela ficaria brilhando, por si mesma como uma jóia, como alguma coisa que em si mesma tem o seu plano valor. A utilidade ou a inutilidade nada podem acrescentar ou tirar a este valor.²⁵⁷

Uma vez estabelecido o valor incondicional de uma boa vontade, Kant prossegue na determinação dessa ideia e chega ao conceito de dever, porquanto a vontade de um agente é boa se ele acolhe o princípio de agir em conformidade com o dever pelo próprio dever, e não por inclinação²⁵⁸ (influência da sensibilidade sobre a vontade, desejo, impulso). Fica claro, portanto, que o valor de uma boa vontade não repousa nos efeitos que ela pode produzir no mundo empírico, mas no princípio que a orienta, isto é, na sua máxima.²⁵⁹ “Uma ação praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina (...) só pode ser objeto de respeito aquilo que está ligado à minha

²⁵⁶Cf. Ibidem, p. 31-32.

²⁵⁷Ibidem, p. 32.

²⁵⁸Cf. Ibidem., p. 52: “Chama-se *inclinação* à dependência em que a faculdade de desejar está em face das sensações; a inclinação prova sempre portanto uma *necessidade*”.

²⁵⁹Segundo Kant, **máxima** é um princípio subjetivo da vontade, isto é, um princípio que tem validade para o sujeito que a acolhe em suas ações, mas não necessariamente para os demais. Cf. Ibidem, p. 38: “Máxima é o princípio subjetivo do querer”.

vontade somente como princípio e nunca como efeito.”²⁶⁰

Impende ressaltar que, embora o respeito pelo dever (lei moral) seja o único motivo que tenha autêntico valor moral²⁶¹ e que ele deva ser condição necessária e suficiente da ação virtuosa, não é preciso que ele seja sua condição exclusiva, isto é, mesmo que um sujeito aja sob influência das inclinações, sua conduta pode ter genuíno valor moral caso ele tenha agido por dever e não por inclinação.

Assim, a inclinação pode favorecer a ação do dever, porém jamais poderá substituí-lo em sua pureza. O ponto que é relevante esclarecer consiste em que, para Kant, uma ação não tem valor moral apenas se é realizada *contra a inclinação* (nesse caso, o mérito moral será maior e o dever reluz com maior intensidade em face dos obstáculos que tem de superar)²⁶², mas pode tê-lo também quando é realizada *a favor da inclinação*, desde que o dever tenha sido motivo suficiente para ação, ou seja, ainda que a inclinação não fosse favorável, a ação teria sido praticada por dever.²⁶³ Sobre esse comum mal-entendido, esclarece Henry Allison:

De fato, Kant nunca afirma que um ato que, de outro modo, seria digno de aprovação moral perde sua significação moral se um agente tem uma inclinação para praticá-lo. Sua afirmação é, na verdade, que tal ato carece de significação moral se o agente o realiza somente devido à inclinação. Destarte, a distinção entre um ato sendo acompanhado de inclinação [...] e sendo motivado pela ou da inclinação [...] é um componente essencial da psicologia moral de Kant²⁶⁴.

²⁶⁰Ibidem, p. 38-39.

²⁶¹Cf. Ibidem, p. 38: “[...] *Dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei* [...] nada senão a *representação da lei* em si mesma [...] enquanto é ela [...] que determina vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral.”

²⁶²O próprio Kant é ambíguo nesse ponto, haja vista os exemplos que apresenta na *Fundamentação*: cf. Ibidem, p. 36: “quando o infeliz deseja a morte [...], e conserva contudo a vida sem a amar, não por inclinação ou medo, mas por dever, então a sua máxima tem um conteúdo moral [...] Admitindo pois que o ânimo desse filantropo estivesse velado pelo desgosto pessoal que apaga toda compaixão pela sorte alheia [...] se agora, que nenhuma inclinação o estimula já, ele se arrancasse a essa mortal insensibilidade e praticasse a ação sem qualquer inclinação, simplesmente por dever, só então é que ela teria o seu autêntico valor moral.” Entendemos que tais exemplos buscam apenas ressaltar o fato de que é o dever que confere valor moral à ação e não a inclinação. Nada obstante, pensamos que não se coaduna com a teoria moral kantiana uma postura masoquista, na qual o valor moral da ação implica necessariamente dor, sofrimento e combate às inclinações. O intuito desses exemplos, portanto, é mostrar que o dever precisa sempre estar presente e prevalecer na determinação da vontade, concordando ou não com as inclinações.

²⁶³Cf. RAWLS, John. **História da filosofia moral**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 256-257: “Kant sustenta, então, que outros interesses e inclinações, quando também nos impelem a fazer o que o dever exige, não prejudicam o valor moral de nossa ação ou a pureza de nosso caráter, contanto que se satisfaçam duas condições. São elas: (i) que quando uma questão de dever estiver envolvida, decidamos o caso inteiramente por considerações de dever, deixando de lado todas as razões de interesse e inclinação; (ii) que nosso interesse prático puro em agir segundo considerações de dever seja por si mesmo forte o suficiente para assegurar que façamos o que temos o dever de fazer [...]”

²⁶⁴ALLISON, Henry E. **Kant's Theory of Freedom**. New York: Cambridge University Press, 1990, p. 111. No original: “In fact, Kant never claims that an otherwise morally praiseworthy act loses its moral significance if an agent has an inclination to perform it. His claim is rather that such an act lacks moral significance if the agent performs it only because of the inclination. Thus, the distinction between an act being accompanied by inclination [...] and being motivated by or from inclination [...] is an essential component of Kant's moral

Se o valor supremo da boa vontade não repousa nos resultados que se esperam de suas ações, então não pode ser encontrado nos princípios que vinculam a vontade com vistas a fins ou objetos específicos, pois, também nesse caso, o valor das ações e da própria vontade estaria condicionado à consecução de tais desideratos. Assim, permanece a importante questão: “Mas que lei pode ser essa, cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que dela se espera, tem de determinar a vontade para que esta se possa chamar boa, absolutamente e sem restrição?”²⁶⁵

Com essa indagação, a investigação em torno do supremo princípio da moralidade toma rumo mais definido: trata-se de encontrar um princípio que determine a vontade de modo que esta possa ser considerada boa, o que não pode estar condicionado a fins ou objetivos particulares e contingentes.

Abstraindo da matéria da vontade (finalidades concretas) que reside nas inclinações e nos impulsos da sensibilidade, então nada mais resta senão a forma universal do princípio, que se encontra na razão, ou seja, “a conformidade a uma lei universal das ações em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que *eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal*”²⁶⁶. Dessa forma, Kant chega ao primeiro enunciado do princípio moral que determina uma vontade boa.

Segundo o filósofo de Königsberg, portanto, o fundamento do dever moral deve ser buscado na razão e não nos móveis sensíveis (inclinações, carências, necessidades) cuja total satisfação chama-se felicidade. Desde logo, traça-se uma linha bem definida entre o primado da razão pura (independente de condicionantes empíricos) e a influência tirânica dos impulsos da sensibilidade: “O homem sente em si mesmo um forte contrapeso contra todos os mandamentos do dever que a razão lhe representa como tão digno de respeito: são as suas necessidades e inclinações”²⁶⁷

Ao vislumbrar a fórmula do dever ético, Kant inicia a segunda seção da *Fundamentação* – “Transição da filosofia moral popular para a metafísica dos costumes” –, visando determinar plenamente a natureza e o conteúdo do mandamento supremo da razão moral.

Em primeiro lugar, destaca o filósofo alemão que o conceito de ação moral é

psychology.”

265KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 39.

266Ibidem, p. 39.

267Ibidem, p. 42

racional, e não empírico, pois, como exige o respeito pelo dever como motivo, não se podem apontar exemplos seguros, na experiência, de nenhuma conduta com genuíno valor moral. É difícil até mesmo para o próprio agente saber, com certeza, se sua ação foi praticada por um autêntico motivo moral, ou se não incluiu sub-repticiamente móveis sensíveis²⁶⁸. “Na realidade, é absolutamente impossível encontrar na experiência, com perfeita certeza, um único caso em que a máxima de uma ação, de resto conforme ao dever, se tenha baseado puramente em motivos morais e na representação do dever.”²⁶⁹

Depois de destacar a validade contrafática (que se mantém contra os fatos) da moralidade, Kant enfatiza que os conceitos morais devem ser buscados na razão, de modo que as leis morais são objetivamente necessárias e devem valer para todo ser racional independentemente de suas peculiaridades e aspirações particulares.²⁷⁰ Com efeito, “só um ser racional tem a capacidade de agir *segundo a representação* das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade”.²⁷¹

Enquanto uma *máxima* (princípio subjetivo) tem validade apenas para o sujeito que o adotou, um *preceito prático* tem validade objetiva, vinculando todos os seres racionais que almejam determinado fim. Somente uma *lei prática*, porém, tem validade perante todos os seres racionais. Um princípio objetivo, enquanto obriga uma vontade e lhe impõe um dever, chama-se *Imperativo*.²⁷² “Todos os imperativos [...] mostram assim a relação de uma lei objetiva da razão para uma vontade, que segundo sua constituição subjetiva, não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação).”²⁷³

A lei prática se converte em imperativo apenas em face de uma vontade que não é perfeita, isto é, que está sujeita a inclinações e a tentações de toda ordem, como é o caso da vontade humana. Uma vontade santa ou divina não seriam obrigadas a agir moralmente, ou seja, não estariam sujeitas a imperativos, mas acolheriam a lei moral naturalmente como

268Cf. KANT, Immanuel. **A religião nos limites da simples razão**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008b, p. 68: “a experiência interna do homem em si mesmo não lhe permite perscrutar as profundidades do seu coração de modo a conseguir alcançar por auto-observação um conhecimento inteiramente seguro acerca do fundamento das suas máximas, que reconhece como suas, e a propósito da sua respectiva pureza e firmeza.” Ver também: Idem, op. cit. 2011b, p. 387: “As profundezas do coração humano são insondáveis. Quem é que se conhece suficientemente para saber, quando sente o móbil de observância do dever, se procede integralmente com base na representação da lei ou se não concorrem para isso muitos impulsos sensíveis, que almejam a um benefício (ou a evitar um prejuízo) e que, numa ocasião distinta, poderiam estar também a serviço do vício?”

269Idem, op. cit., 1995, p. 46

270Cf. Ibidem, p. 50.

271Ibidem, p. 51.

272 Cf. Idem. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011a, p. 31-34 e 106.

273Idem, op. cit., 1995, p. 51.

máxima de suas ações.²⁷⁴

De acordo com Kant, há duas espécies de imperativo: o *hipotético*, que comanda com vista a um fim determinado, e o *categórico*, que obriga de modo incondicional, independentemente do fim específico a que se vise.²⁷⁵

O imperativo hipotético, que tem a estrutura “Se X quer Z, então deve fazer Y”, vincula apenas os seres racionais que desejam certo fim, declarando a ação necessária para realizá-lo como devida (meio) em face do objetivo almejado. Nesse caso, a ação não tem valor em si, mas um significado puramente instrumental, pois está condicionada a uma finalidade que o agente pode ou não perseguir. O imperativo hipotético pode também chamar-se *preceito (técnico) de habilidade ou de destreza* quando se dá com vista a toda sorte de fins possíveis, porém há um tipo bastante especial desse imperativo, que ordena um fim que todos os seres racionais desejam: a felicidade. Tal imperativo chama-se *pragmático* (conselho de *prudência*). Embora todos os seres dotados de vontade e razão tendam à busca da felicidade, trata-se de um conceito bastante vago e indeterminado, cujas condições de realização se mostram muito obscuras e cambiantes, variando de pessoa para pessoa e mesmo numa única pessoa, dependendo da época, do humor e de outras circunstâncias.²⁷⁶

O imperativo categórico, cuja estrutura é “X deve fazer Y”, ordena uma conduta independentemente dos fins particulares do sujeito, obrigando assim todos os seres racionais. A ação prescrita pelo imperativo categórico é boa em si, não dependendo de nenhuma inclinação particular para ter validade. Por seu caráter universal e sua validade incondicional, o imperativo categórico é o único apto a operar como lei moral. Trata-se, pois, do *imperativo da moralidade*: “[...] só o imperativo categórico tem o caráter de uma **lei** prática, ao passo que todos os outros se podem chamar, em verdade, *princípios* da vontade, mas não leis; porque o que é somente necessário para alcançar qualquer fim pode ser considerado como contingente.”²⁷⁷

A investigação em torno do supremo princípio moral agora torna-se bem mais clara: deve-se analisar o conteúdo e a possibilidade de um imperativo categórico (lei prático-moral). Buscando determinar o conteúdo semântico de tal comando moral, Kant então empreende o seguinte raciocínio, cujo resultado é a primeira fórmula do Imperativo Categórico:

274Cf. Ibidem, p. 52.

275Cf. Ibidem, p. 52: “No caso de a ação ser apenas boa como meio para *qualquer outra coisa*, o imperativo é *hipotético*; se a ação é representada como boa *em si*, por conseguinte, como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico.”

276Cf. Ibidem, p. 53.

277Ibidem, p. 58.

[...] não contendo o imperativo, além da lei, senão a necessidade da máxima que manda conformar-se com esta lei, e não contendo a lei nenhuma condição que a limite, nada mais resta senão a universalidade de uma lei geral, a qual a máxima da lei deve ser conforme [...] O imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*²⁷⁸

Trata-se, pois, da *Fórmula da Lei Universal*, cujo enunciado alternativo se apresenta logo em seguida: “*Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza*”²⁷⁹” (*Fórmula da Lei da Natureza*).²⁸⁰

Por meio dessa primeira fórmula, o agente deve testar a coerência de sua vontade, submetendo-a ao seguinte procedimento: deve refletir sobre sua ação, identificando a máxima que lhe é subjacente e então precisa converter tal máxima, que, por definição é princípio subjetivo, em lei objetiva (universal) a ser observada por todos os seres racionais. Depois de conceber um mundo em que sua máxima seja preceito de observância universal, o agente deve verificar se *pode conceber*, sem contradição, um mundo assim configurado e, em caso afirmativo, precisa analisar se *pode querer*, sem contradição consigo mesmo, tal estado de coisas.²⁸¹

Ao concluir que não quer sua máxima convertida em lei universal, o sujeito reconhece a incorreção moral de seu princípio volitivo e verifica que apenas deseja – injustificadamente – uma exceção para si. Desse modo, evidencia-se a restrição que suas inclinações e desejos particulares opõem à prescrição legítima da razão.

A contradição, contudo, dissolve-se quando se percebe que, em realidade, há duas perspectivas diversas: um juízo imparcial de uma vontade conforme a razão (perspectiva moral imparcial e universal) que avalia a máxima como lei universal e um juízo pessoal de uma vontade afetada por inclinações (perspectiva particular).

Nas palavras do próprio Kant:

Algumas ações são de tal ordem que a sua máxima nem sequer se pode *pensar* sem contradição como lei universal da natureza, muito menos ainda se pode *querer* que *devam* ser tal. Em outras, não se encontra, na verdade, essa impossibilidade interna,

278Ibidem,p. 59.

279Ibidem, p. 59.

280A fórmula da lei da natureza é um modo de tornar mais fácil a aplicação da fórmula da lei universal às ações humanas, aproximando-a da intuição e tornando-a mais concreta e palpável. Cf. WOOD, Allen W. **Kant's Ethical Thought**. Cambridge: Cambridge university press, 1999, p. 79-80.

281Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 61. Ver também WOOD, Allen W., op. cit., 1999, p. 84. Wood se refere ao teste de “poder pensar ou conceber” como busca pela “contradição na concepção” (*contradiction in conception* – CC) e ao teste de “poder querer” como busca pela “contradição na volição” ou “contradição na vontade” (*contradiction in the will* – CW).

mas [...] é impossível *querer* que a sua máxima se erga à universalidade de uma lei da natureza, pois que uma tal vontade contraria a si mesma. Facilmente se vê que as do primeiro gênero contrariam o dever estrito ou estreito (iniludível), e as do segundo o dever mais largo (meritório) [...] Se prestarmos atenção ao que se passa em nós mesmos sempre que transgredimos qualquer dever, descobriremos que, na realidade, não queremos que a nossa máxima se torne lei universal, porque isso nos é impossível [...] nós tomamos apenas a liberdade de abrir nela uma exceção para nós, ou [...] em favor da nossa inclinação.²⁸²

Prosseguindo em direção à completa determinação do mandamento da moralidade, Kant se afasta da forma da legislação universal e tematiza a matéria (objeto) da vontade determinada pelo Imperativo Categórico.

De acordo com Kant, somente os seres racionais têm vontade, e esta é a “faculdade de determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis.”²⁸³ O conceito de “fim” é o de um “objeto do livre arbítrio, cuja representação determina o livre arbítrio a uma ação.”²⁸⁴ Toda ação apresenta um fim, e este pode ser objetivo (válido para todos os seres racionais) ou subjetivo (válido apenas para o sujeito que efetivamente o acolheu em sua máxima). Os princípios práticos (que determinam a vontade) podem ser formais, quando abstraem de todos os fins subjetivos, ou materiais, quando se baseiam nesses fins.²⁸⁵

Os fins subjetivos têm valor relativo e apenas podem fundamentar imperativos hipotéticos, pois o que lhes dá valor é apenas sua relação contingente com a vontade (faculdade de querer) de certos agentes racionais. Se deve haver um imperativo categórico, contudo, então o fim que lhe serve de base precisa ser objetivo e ter valor absoluto, ou seja, deve ser um *fim em si mesmo*, válido para todos os seres racionais.²⁸⁶

Ao contrário dos fins subjetivos, que são a mola propulsora da vontade, um fim objetivo deve funcionar principalmente como limite na persecução dos desideratos particulares, podendo tal limitação ser negativa (dever de abstenção na fixação de algum objetivo ou no emprego de algum meio) ou positiva (dever de persecução de determinados resultados na medida do que for viável e harmônico com nossos fins particulares lícitos).²⁸⁷

Ora, os objetos das inclinações e dos desejos, assim como as próprias inclinações e as necessidades e carências que lhes são associadas têm meramente valor relativo, pois

282KANT, Immanuel, op. cit.,1995, p. 61.

283Ibidem, p. 64.

284Idem, op. cit., 2011b, p. 290.

285Cf. Idem, op. cit., 1995, p. 64-65.

286Cf. Ibidem, p. 65.

287Cf. Ibidem, p. 65-66.

dependem de sua relação com a faculdade de desejar do sujeito. Somente o homem, como sujeito de todos os fins, pode ser considerado fim em si, porquanto detentor de valor absoluto.

Discorrendo sobre o fim objetivo – limite de todos as finalidades particulares –, Kant chega à conclusão de que apenas os seres racionais são fins em si:

[...] O homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações [...] ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. Todos os objetos das inclinações têm somente valor incondicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nela se baseiam, o seu objeto seria sem valor [...] Portanto, o valor de todos os objetos que possamos *adquirir* pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende [...] da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios, e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos [...] como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). Estes não são, portanto meros fins subjetivos cuja existência tenha *para nós* um valor como efeito da nossa ação, mas sim *fins objetivos*, quer dizer, coisas cuja existência é em si mesma um fim.²⁸⁸

Concluindo o raciocínio, afirma Kant que “*A natureza racional existe como fim em si*. É assim que o homem se representa necessariamente sua existência [...] Mas é também assim que qualquer [...] ser racional se representa a sua existência, em virtude [...] do mesmo princípio racional que é válido também para mim.”²⁸⁹

Destarte, tendo estabelecido o fim objetivo, de observância obrigatória para todos os seres racionais, diferenciando-o das finalidades particulares e contingentes, Kant se encontra em condições de apresentar a segunda fórmula do Imperativo Categórico, qual seja, a *Fórmula da Humanidade*: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.*”²⁹⁰

Apesar de não ficar muito claro, nesse ponto da *Fundamentação*, se o que tem valor absoluto é a humanidade enquanto conjunto de pessoas, isto é, se são os homens em sua totalidade, ou se, na verdade, é a humanidade compreendida como qualidade ou classe de propriedades, a interpretação mais adequada parece ser a última²⁹¹, fixando-se o entendimento

288Ibidem, p. 65.

289Ibidem, p. 66.

290Ibidem, p. 66.

291A interpretação da humanidade enquanto natureza racional fica clara na seguinte passagem de Kant: “[...] elementos da determinação do homem: 1) A disposição para a *animalidade* do homem como ser vivo; 2) A sua disposição para a *humanidade* enquanto ser vivo e *racional*, 3) A disposição para a sua *personalidade*, como ser racional e, simultaneamente, susceptível de imputação [...] todas estas disposições no homem [animalidade, humanidade, personalidade] [...] São originárias, porque pertencem à possibilidade da natureza humana.” Cf.

de que é a humanidade, havida como natureza racional, que tem valor incondicional e, nessa medida, o homem que a traz em seu ser é um fim em si.²⁹²

Um problema posterior diz respeito à especificação das propriedades que compõem a humanidade, compreendida como natureza racional. Nesse sentido, cabe indagar em que exatamente consiste essa racionalidade fundamental, já que Kant não é claro a esse respeito.

Tendo em vista a própria discussão de fundo da teoria moral, articulada pelo filósofo em torno dos conceitos de 'máxima', 'princípio prático', 'imperativo', 'fim' e 'vontade', bem como o fato de que, para Kant, só os seres racionais têm vontade, os fins são a matéria da vontade e o homem é o sujeito de todos os fins, concordamos com Allen Wood²⁹³ e Thomas Hill Jr., definindo-se o traço distintivo da humanidade (racionalidade) como poder de estabelecer fins (ter uma vontade), compreendendo também todas as capacidades necessárias para o exercício desse poder e as dele decorrentes.²⁹⁴

Destarte, pode-se descrever a humanidade como o conjunto dos seguintes poderes: a) traçar e perseguir fins²⁹⁵; b) agir segundo máximas (adotar princípios para guiar a própria vontade na persecução dos fins); c) agir segundo princípios objetivos técnicos (adequar as máximas a preceitos que permitam articular meios adequados e eficazes na consecução de fins específicos); d) agir segundo princípios objetivos pragmáticos (adequar as máximas e preceitos que permitam organizar, comparar, ponderar e sopesar os fins particulares em um sistema mais ou menos ordenado de modo a pugnar por uma vida feliz e realizada, isto é, em vez de ter fins caóticos, constituir um *plano* ou *projeto de vida*, ainda que rudimentar e inconsciente, na busca da felicidade e da realização pessoal); e) agir segundo princípios objetivos morais, ou seja, preceitos que estejam em conformidade com o Imperativo Categórico²⁹⁶; f) prever as

Idem, op. cit., 2008b, p. 32 e 34.

292Cf. WOOD, Allen W., op. cit., 2011, p. 121: “Talvez a mais fundamental proposição em toda a teoria ética de Kant seja que a natureza racional é o valor supremo e o fundamento de qualquer valor que qualquer outra coisa possa ter.” No original: “Perhaps the most fundamental proposition in Kant’s entire ethical theory is that rational nature is the supreme value and the ground of whatever value anything else might possess.”

293Embora a concepção de Allen Wood tenha algumas diferenças menores em relação à de Thomas Hill Jr., ele também sustenta que “[...] humanidade é a capacidade de estabelecer fins mediante a razão”. Cf. WOOD, Allen W., op. cit., 1999, p. 118-119. No original: “[...] humanity is the capacity to set ends through reason.”

294O próprio Kant se posiciona claramente nesse sentido nesta passagem: “A capacidade de em geral se propor um fim, qualquer que ele seja, é o que constitui o elemento característico da humanidade (ao invés da animalidade. Portanto, com o fim da humanidade na nossa própria pessoa está associada também a vontade racional [...].” Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 301.

295Cf. Idem, op. cit., 2011a, p. 94: “[...] o ajuizamento da relação dos meios a fins pertence indubitavelmente à razão [...] unicamente a razão seja capaz de ter a perspicácia da conexão dos meios com seus objetivos (de modo que também se poderia definir a vontade pela faculdade dos fins, na medida em que eles sempre são fundamentos determinantes da faculdade de apetição segundo princípios [...].”

296Cf. Ibidem, p. 53-54: “[...] este princípio da moralidade [...] esclarece a razão ao mesmo tempo como uma lei para todos os entes racionais, na medida em que de modo geral tenham uma vontade, isto é, uma faculdade de

consequências dos atos e acontecimentos; g) ser capaz de resistir às inclinações e aos desejos imediatos para atingir finalidades reputadas mais importantes; h) compreender, ainda que de modo precário, os objetos e os fenômenos do mundo natural e social. Detalhando essa concepção de humanidade, Thomas Hill Jr. esclarece o seguinte:

[...] Dado a reiterada insistência de Kant em formular o supremo princípio moral independentemente de assunções contingentes, creio que é mais razoável contruir “humanidade” como incluindo somente aqueles poderes necessariamente associados com a racionalidade e “o poder de estabelecer fins.” Mais especificamente, essas características na visão de Kant implicam o seguinte. **Primeiro**, humanidade inclui a capacidade e a disposição de agir com base em princípios ou máximas, ao menos, no sentido amplo que compreende toda ação por razões [...]. **Segundo**, humanidade inclui a capacidade e a disposição de observar princípios racionais de prudência e eficiência, isto é, imperativos hipotéticos, ao menos, até o ponto em que estes não entrem em conflito com princípios racionais mais adstritivos [...]. **Terceiro**, como o “poder de estabelecer quaisquer fins que sejam”, humanidade é pensada para incluir um tipo de liberdade que animais inferiores carecem – habilidade de prever consequências futuras, adotar objetivos de longo prazo, resistir à tentação imediata, e até comprometer-se com fins para os quais não há desejo sensual [...]. **Quarto**, humanidade enquanto natureza racional necessariamente [...] inclui aceitação (“legislação de si”) de certos princípios incondicionais de conduta, isto é, imperativos categóricos, independentemente do medo de punição e promessa de recompensa [...] mas desde que sua racionalidade pode ser imperfeita ou contrariada por outras propriedades, ele [o ser racional] pode não seguir sempre esses princípios [...]. **Quinto**, como a natureza racional compreende tanto a razão prática como a teórica, humanidade também precisa incluir alguma habilidade de entender o mundo e raciocinar abstratamente (tradução livre, destaque nosso).²⁹⁷

A humanidade (natureza racional como exposta acima), portanto, é fim em si e representa um limite aos fins e aos atos de todos os seres racionais, devendo sempre ser respeitada. Impende ressaltar, porém, que a humanidade não é apenas uma limitação negativa

determinar a sua causalidade pela representação de regras, por conseguinte, na medida em que são capazes de ações segundo proposições fundamentais [...].”

297HILL, Thomas E. Jr. *Humanity as an End in Itself*. *Ethics*, v. 91, i. 1., p. 86, 1980. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0014-1704%28198010%2991%3A1%3C84%3AHAAEII%3E2.0.C%3B2-T>>. Acesso em: 29 mai. 2013. No original: “[...] Given Kant's repeated insistence on formulating the supreme moral principle independently of contingent assumptions, I think it is most reasonable to construe "humanity" as including only those powers necessarily associated with rationality and "the power to set ends." More specifically, these characteristics in Kant's view entail the following. First, humanity includes the capacity and disposition to act on principles or maxims, at least in the broad sense which encompasses all acting for reasons [...] Second, humanity includes the capacity and disposition to follow rational principles of prudence and efficiency, that is, hypothetical imperatives, at least so far as these do not conflict with more stringent rational principles [...] Third, as a "power to set any end whatsoever," humanity is thought to include a kind of freedom which lower animals lack-ability to foresee future consequences, adopt long-range goals, resist immediate temptation, and even to commit oneself to ends for which one has no sensuous desire [...] Fourth, humanity as rational nature necessarily [...] includes acceptance ("legislating to oneself") of certain unconditional principles of conduct, that is, categorical imperatives, independently of fear of punishment and promise of reward [...] but since his rationality may be imperfect or counteracted by other features, he may not always follow these principles [...] Fifth, as rational nature encompasses theoretical as well as practical reason, humanity must also include some ability to understand the world and to reason abstractly.”

ao arbítrio racional (que impõe sua mera conservação), mas também se mostra como uma limitação positiva, que reclama a prática de determinados atos que devem promovê-la.

Desse modo, o Imperativo Categórico exige dos seres racionais não apenas uma concordância negativa com a humanidade (dever de conservá-la e respeitá-la, abstendo-se de causar-lhe dano), mas também uma concordância positiva (dever de protegê-la, fomentá-la e fortalecê-la) na medida do que seja faticamente possível. Acerca disso, esclarece Kant ao tratar do dever de cultivar as próprias habilidades e do dever de ajudar o próximo que se encontra em estado de necessidade:

[...] não basta que a ação não esteja em contradição com a humanidade na nossa pessoa como fim em si, é preciso que *concorde com ela*. Ora, há na humanidade disposições para maior perfeição [...] descurar essas disposições poderia, em verdade, subsistir com a *conservação* da humanidade como fim em si, mas não com a *promoção* deste fim [...] se cada qual se não esforçasse por contribuir na medida de suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a *humanidade como fim em si mesma* [...] Este princípio da humanidade e de toda a natureza racional em geral como *fim em si mesma* (que é a condição suprema que limita a liberdade das ações de cada homem) [...] se aplica a todos os seres racionais em geral [...] nele, a humanidade se representa não como fim dos homens (subjectivo), isto é, como objeto de que fazemos por nós mesmos efetivamente um fim, mas como fim objetivo, o qual, sejam quais forem os fins que tenhamos em vista, deve constituir [...] a condição suprema que limita todos os fins subjetivos.²⁹⁸

Depois de exposta a forma (lei universal) e a matéria (fim objetivo) do Imperativo Categórico, Kant busca encontrar o elemento final que possa completar e unificar o supremo princípio da moralidade, visando explicar o modo pelo qual uma vontade pode ligar-se a semelhante comando da razão.

Para que um imperativo categórico seja possível, ele deve ser incondicional e observado somente em razão do dever e não de uma inclinação, desejo ou qualquer outro interesse, isto é, tal mandamento exige adesão desinteressada do espírito sem ameaça de sanção ou promessa de recompensa, mas reivindica apenas a consciência do dever e o respeito a ele enquanto tal, ainda que as próprias inclinações do sujeito sejam prejudicadas.

Assim, se a vontade de um ser racional não se liga ao imperativo do dever por nenhum impulso, carência, temor ou interesse escuso, conclui-se que a vontade obedece à lei moral apenas porque é autora dessa mesma lei, isto é, ela se eleva acima das inclinações e prescreve a lei que rege a sua própria atuação. Deve-se conceber, pois, a vontade de um ser racional como *autônoma*, isto é, capaz de dar a lei que ela mesma deve seguir

298KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 67-68

(autolegisladora), ou ainda, como *legisladora universal*, porquanto deve agir apenas segundo máximas que ela mesma promulga como leis universais, a serem observadas por todos os seres racionais.

Nos termos do filósofo de Königsberg:

[...] É que o princípio de toda a legislação prática reside *objetivamente na regra* e na forma da universalidade que a torna capaz (segundo o primeiro princípio) de ser uma lei [...]; *subjetivamente*, porém, reside no *fim*; mas o sujeito de todos os fins é (conforme o segundo princípio) todo o ser racional como fim em si mesmo: daqui resulta o terceiro princípio prático da vontade como condição suprema da concordância desta vontade com a razão prática universal, quer dizer, a ideia da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal [...] A vontade não está, pois, simplesmente submetida à lei, mas sim submetida de tal maneira que tem de ser considerada também como *legisladora ela mesma*, e exactamente por isso e só então submetida à lei (de que ela se pode olhar como autora).²⁹⁹

Se assim não fosse, e a vontade estivesse obrigada a seguir princípios postos por outra fonte (como a tradição ou uma vontade divina por exemplo), não podendo ela mesma prescrever a si, então deveria haver algum interesse de que dependeria essa relação de subordinação (como temor do castigo em caso de desobediência ou previsão de alguma forma de recompensa em caso de observância).³⁰⁰

Destarte, fica definida a terceira fórmula do Imperativo Categórico (*Fórmula da Autonomia da Vontade*), segundo a qual a vontade de um ser racional deve representar-se como “*uma vontade legisladora universal por meio de todas as suas máximas*”³⁰¹ e, portanto, como autora de suas próprias leis. Somente assim, pode a vontade ser capaz de observar um imperativo válido para todos os agentes racionais, independentemente de suas inclinações particulares.³⁰²

A partir do conceito de autonomia da vontade, segundo o qual os seres racionais devem considerar-se legisladores universais e autores de suas próprias leis por meio de suas

299Ibidem, p. 68.

300Cf. Ibidem, p. 69: “se há um imperativo categórico [...] ele só pode ordenar que tudo se faça em obediência à máxima de uma vontade que simultaneamente se possa ter a si mesma por objecto como legisladora universal, pois só então é que o princípio prático e o imperativo a que obedece podem ser incondicionais, porque não têm interesse algum sobre que se fundem.

301Ibidem, p. 69.

302Cf. Ibidem, p. 70: “Via-se o homem ligado a leis pelo seu dever, mas não vinha à ideia de ninguém que ele estava sujeito *só à sua própria legislação*, embora esta legislação seja universal, e que ele estava somente obrigado a agir confirme a própria vontade, mas que [...] essa vontade era legisladora universal. Porque, se nos limitávamos a conceber o homem como submetido a uma lei (qualquer que ela fosse), esta lei devia ter em si qualquer interesse que o estimulasse ou o constrangesse, uma vez que, como lei, ela não emanava de *sua* vontade, mas sim que a vontade era legalmente obrigada por *qualquer outra coisa* a agir de certa maneira [...] então o imperativo tinha que resultar sempre condicionado e não podia servir como mandamento moral. Chamarei, pois, a este princípio, princípio da **autonomia** da vontade, por oposição a qualquer outro que, por isso, atribuo à **heteronomia**.”

máximas, Kant chega a outra construção da razão: o *reino dos fins*. Trata-se de um ponto de vista ideal, por meio do qual os agentes racionais devem orientar-se e julgar moralmente suas ações e as dos outros.

Segundo o filósofo alemão, *reino* é uma “ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns.”³⁰³ Assim, fazendo abstração das peculiaridades e das distinções entre as pessoas e de seus fins pessoais, chega-se a um constructo racional, em que se concebe um “conjunto dos fins em ligação sistemática”³⁰⁴, no qual todos os seres racionais se reconhecem e se tratam como fins em si e, nesses limites, traçam e perseguem suas finalidades particulares.³⁰⁵

Generalizando, pois, a ideia de dos seres racionais como detentores de uma vontade legisladora universal, que obedecem somente às leis que eles mesmos prescrevem a si, chega-se, pois, à versão mais completa e determinada da Fórmula da Autonomia³⁰⁶, qual seja, a *Fórmula do Reino dos Fins*: “Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível.”³⁰⁷

Nesse reino ideal, cada ser racional pode conceber-se como *membro* (enquanto legislador universal e submetido às suas leis) e como *chefe* (enquanto legislador e não submetido à vontade de outro).³⁰⁸

Quanto à legitimidade dos fins a serem alcançados, seriam permitidos apenas aqueles que pudessem ser buscados respeitando-se as limitações do princípio supremo da moralidade,

303Ibidem, p. 70.

304Ibidem, p. 70.

305Cf. Ibidem, p. 70-71: “Seres racionais estão, pois todos submetidos a este *lei* que manda que cada um deles *jamais* se trate a si mesmo ou aos outros *simplesmente como meios*, mas sempre *simultaneamente como fins em si*. Daqui resulta porém uma ligação sistemática de seres racionais por meio de leis objectivas comuns, *i. e.*, um reino que, exactamente porque estas leis têm em vista a relação destes seres uns com os outros como fins e meios, se pode chamar um reino dos fins (que na verdade é apenas um ideal).”

306Sobre a fórmula do reino dos fins como versão mais completa do princípio da autonomia e do próprio Imperativo Categórico, ver WOOD, Allen W., op. cit., 1999, p. 166-167: “FRF [Fórmula do Reino dos Fins] é derivada combinando ideias hauridas de todas as prévias formulações da lei moral. Isso faz FRF a fórmula mais adequada para expressar o supremo princípio da moralidade [...] FRF primeiro combina a forma da lei (da FLU) [Fórmula da Lei Universal] com o valor substantivo dos seres racionais como fins em si mesmos (FH) [Fórmula da Humanidade]. Kant então deduz outra coisa que estava justificada somente quando as fórmulas foram combinadas para chegar à FA [Fórmula da Autonomia], a saber, que todos os seres racionais estão sob as mesmas leis objetivas comuns ou *comunais (gemeinschaftlichen)*. No original: “FRE [Formula of Realm of Ends] is derived by combining ideas drawn from all the previous formulations of the moral law. This makes FRE the formula most adequate for expressing the spirit of the supreme principle of morality [...] FRE first combines the form of law (from FUL) [Formula of Universal Law] with the substantive value of rational beings as ends in themselves (FH) [Formula of Humanity]. Kant then draws on something else that was justified only when these two formulas were combined to arrive at FA, namely, that all rational beings stand under the same common or *communal (gemeinschaftlichen)* objective laws.”

307KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 75.

308Cf. Ibidem, p. 71.

que é imposta pela vontade de cada um dos seres racionais, isto é, somente os fins compatíveis com máximas que pudessem converter-se em leis universais promulgadas pelo agente e que tratassem a humanidade, existente em cada um, sempre e simultaneamente como fim em si, e nunca como puro meio ou instrumento. Nesse ponto, comenta Allen Wood:

O que FRF [Fórmula do Reino dos Fins] parece requerer é a exclusão dos fins que, em princípio, não podem ser partilhados entre os seres racionais (como aqueles que requerem engano ou coerção) e a promoção de fins que unem as pessoas (como aqueles que envolvem mútuo respeito e ajuda mútua) [...] fins são *possíveis* candidatos à aprovação universal se eles não envolvem desrespeito à natureza racional, e eles são objetos necessários de aprovação racional se sua persecução mostra respeito pela natureza racional (tradução livre).³⁰⁹

Com o ideal do reino dos fins, a moral kantiana adquire maior projeção social, porquanto compreende, em sua estrutura, as interações e as relações entre os indivíduos à luz dos princípios morais que estão em conformidade com o Imperativo Categórico e evidencia a tentativa de compatibilizar seus fins particulares em uma união harmônica.

Dessa feita, evidencia-se o caráter social da moralidade ideal, que não se limita, de maneira nenhuma, a uma relação do indivíduo consigo mesmo. Ao contrário, tem a pretensão de instaurar, no mundo empírico, uma ligação sistemática entre os seres racionais sob o pálio do Imperativo Categórico: “A moralidade consiste pois na relação de toda a ação com a legislação, através da qual somente se torna possível um reino dos fins. Esta legislação tem de poder encontrar-se em cada ser racional mesmo e brotar de sua vontade.”

Estando esclarecido o conteúdo do supremo mandamento moral, Kant enfatiza a dignidade, isto é, o supremo valor que é insito à moralidade e à humanidade enquanto dela capaz³¹⁰, graças à sua autonomia e, portanto, à possibilidade de tomar parte em um reino universal de fins: “Portanto, a moralidade e a humanidade, enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade [...] *Autonomia* é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.”³¹¹

Diferenciando-a do mero *preço* (valor de algo que admite troca por um equivalente),

309 WOOD, Allen W., op. cit., 1999, p. 169. No original: “FRE seems to require is the exclusion of ends that *in principle* cannot be shared between rational beings (such as those requiring deception or coercion) and the furthering of ends that unite people (such as those involving mutual respect and mutual aid) [...] Ends are possible candidates for universal approval if they do not involve disrespect for rational nature, and they are necessary objects of rational approval if their pursuit shows respect for rational nature.”

310 Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 413: “A humanidade é ela própria uma dignidade; pois que o homem não pode ser utilizado meramente como meio por outro homem (nem por outros, nem sequer por si mesmo), tendo de ser sempre utilizado como fim e nisto consiste, precisamente, a sua dignidade (a personalidade), em virtude da qual se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não homens.”

311 Idem, op. cit., 1995, p. 72-73.

seja venal (o que satisfaz a uma inclinação ou a uma necessidade), seja sentimental (o que agrada à sensibilidade mesmo sem pressupor necessidade), ressalta o filósofo alemão que a *dignidade* é própria da natureza racional, pois somente algo que é fim em si pode ter um valor incondicional e inestimável (que está acima de todo o preço e não admite nada em troca). “Nunca ela [a dignidade] poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço sem qualquer modo ferir sua santidade.”³¹²

Por fim, é crucial destacar que, não obstante o Imperativo Categórico apresente três fórmulas, ele é um mandamento uno, e todas as suas formulações encontram-se intimamente relacionadas, sendo, em realidade, dimensões diversas e formas de apresentação variadas de um mesmo princípio. Nas palavras de Kant:

As três maneiras indicadas de apresentar o princípio da moralidade são, no fundo, apenas outras tantas fórmulas dessa mesma lei, cada uma das quais reúne em si, por si mesma, as outras duas [...] Todas as máximas têm, com efeito: 1) uma *forma*, que consiste na universalidade, e sob este ponto de vista, a fórmula do imperativo moral exprime-se de maneira que as máximas têm de ser escolhidas como se devessem valer como leis universais da natureza; 2) uma *matéria*, isto é, um fim, e então a fórmula diz: o ser racional, como fim segundo a sua natureza, portanto, como fim em si mesmo, tem de servir a toda a máxima de condição restritiva de todos os fins meramente relativos e arbitrários; 3) uma *determinação completa* de todas as máximas por meio daquela fórmula, a saber”que todas as máximas, por legislação própria, devem concordar com a ideia de um reino possível dos fins como um reino da natureza [...] então é muito útil fazer passar uma e a mesma ação pelos três citados conceitos e aproximá-la assim, tanto quanto possível, da intuição (destaque nosso).³¹³

Ora, em certo sentido, o Imperativo Categórico é puramente formal, isto é, ele não ordena ações específicas nem prescreve a adoção de fins concretos determinados, pois isso o tornaria meramente hipotético, e assim ele não seria apto a fundamentar a moralidade e o valor incondicional de suas ações e disposições.

Em realidade, o Imperativo do Dever consiste em um conjunto de requisitos de validade moral que devem ser observados por todos os seres racionais em todas as suas máximas e em todas as situações, independentemente de seus desejos, inclinações, carências ou propósitos particulares.

Dessa forma, uma máxima será moralmente correta se cada um de seus componentes se conformar às exigências de validade do Imperativo Categórico: a) em relação à *forma (procedimento de aplicação – universalização das máximas)*³¹⁴ deve ser tal que ela poderá

³¹²Ibidem, p. 72.

³¹³Ibidem, p. 73.

³¹⁴Sobre a primeira fórmula do Imperativo Categórico como procedimento de universalização de máximas, cf. RAWLS, John, op. cit., 2005, p. 192-196.

converter-se em lei universal a ser observada por todos os seres racionais sem que a vontade caia em contradição consigo mesma; b) no tocante à *matéria (finalidade – respeito, proteção e promoção da humanidade)*, embora o Imperativo Categórico não determine nenhum fim específico e concreto, deixando essa tarefa ao agente racional, ele impõe a observância de um fim objetivo (fim em si), que limita (negativa e positivamente) a adoção e a persecução dos fins particulares, isto é, ele estabelece uma moldura deôntica³¹⁵ dentro da qual os fins subjetivos podem ser definidos livremente de forma lícita, sendo tal restrição o respeito, a proteção e promoção da humanidade (natureza racional) em nós mesmos e em todos os demais; c) quanto à relação do sujeito com a lei (*motivo – respeito pelo dever e pela lei moral*)³¹⁶, o supremo mandamento esclarece que não se trata meramente de uma relação de subordinação ou obediência, mas sobretudo de autonomia, pois é a própria vontade que prescreve e fundamenta a lei que observa em suas máximas e ações, devendo-se ressaltar que o motivo central do agente precisa ser o respeito ao dever (lei moral) e não suas inclinações, pois estas são sempre contingentes e não se prestam a fundamentar nenhuma obrigação que reclame validade incondicional.

Do exposto, fica claro que, ao contrário dos imperativos hipotéticos, que prescrevem ações como devidas em face de fins específicos (preceitos materiais), o Imperativo Categórico é fomal no sentido de que não prescreve nenhum fim concreto determinado, mas impõe uma série de condições a serem observadas pelas máximas do agente, que, observando tais restrições, podem assumir qualquer conteúdo.

As três fórmulas apresentadas (Lei Universal, Humanidade, Autonomia) se ligam a diferentes aspectos do conceito de um imperativo categórico, que é uno: trata-se de um mandamento que se impõe perante todos os seres racionais (comando universal), em todas as situações (comando de observância necessária), independentemente de seus fins subjetivos (e das inclinações por conseguinte), reclamando adesão incondicional (portanto unicamente por respeito ao dever), tendo em vista um fim objetivo de valor supremo e absoluto, que é o respeito, a proteção e a promoção da humanidade.

Assim, a Fórmula da Lei Universal exige da máxima que seja passível de conversão em lei universal, de modo que possa ser aplicada (contrafaticamente) *como se fosse* lei da

³¹⁵Pode-se fazer um paralelo entre o Imperativo Categórico e a referida metáfora da moldura criada por Kelsen. Enquanto este afirma que, na interpretação, fixa-se uma moldura cognitiva, dentro da qual o intérprete escolhe qual entendimento vai adotar no caso (ato de vontade), o Imperativo Categórico estabelece uma moldura de procedimentos e de fins (plexo de condições formais e substanciais) dentro da qual o sujeito pode perseguir seus objetivos pessoais livremente.

³¹⁶Para uma discussão detalhada sobre o sentimento de respeito, ver o próximo tópico.

natureza, vinculando todos os seres racionais.

A Fórmula da Humanidade, por sua vez, fixa, como limite de todo o arbítrio particular e contingente dos seres racionais, um fim objetivo que impõe restrições negativas e positivas à fixação e à persecução de seus fins subjetivos. Tal fim não poderia ser outro senão a própria natureza racional, que inclusive inclui a própria capacidade de estabelecer fins em geral, sendo esta um fim em si mesmo e portadora de um valor inestimável (dignidade).

Por fim, a Fórmula da Autonomia estabelece que o agente deve observar a máxima por respeito à lei moral, ou seja, deve fazer o correto (ação conforme o dever) porque é correto (ação pelo dever), de modo tal que ele obedece a lei porque a acolheu como válida e correta, prescrevendo-a para si mesmo. Destarte, o sujeito moral representa-se como autônomo, afastando-se da heteronomia das inclinações, impulsos e paixões.

Ao final, a fórmula mais completa do Imperativo Categórico é a do Reino dos Fins, que, não obstante esteja bastante ligada à da autonomia, não constituindo uma fórmula completamente independente, reúne e unifica as demais, preceituando que o indivíduo deve considerar-se legislador universal de um possível reino dos fins, haja vista que *suas* máximas (os princípios são de sua autoria) podem e devem ser observadas por todos os seres racionais, porquanto reconhecem cada um como fim em si (restrição substancial) e não apresentam contradição interna quando universalizadas (restrição formal). Aqui, vislumbra-se, com maior força, a dimensão social da moral kantiana na tentativa de compatibilizar os fins de uma comunidade sob leis morais.

Depois de esclarecidas as fórmulas do supremo princípio da moralidade, Kant termina sua investigação, retornando ao mesmo conceito de que partiu: o conceito de uma boa vontade. Explica o filósofo, à luz do que fora exposto, que boa é a vontade cuja máxima, ao converter-se em lei universal, não se contradiga; cuja matéria necessariamente observa o fim objetivo de todo querer (respeito à humanidade como fim em si) e que pode, portanto, considerar-se a si mesma como legisladora universal (autônoma). Destarte, o valor incondicional de uma boa vontade agora se esclarece com base nas três dimensões do Imperativo Categórico.

Arremata o filósofo alemão:

Podemos agora acabar por onde começamos, quer dizer, pelo conceito de uma vontade absolutamente boa. É *absolutamente boa a vontade* [...] quando a sua máxima, ao transformar-se em lei universal, não se pode nunca contradizer [...] esta é a única condição sob a qual uma vontade nunca pode estar em contradição consigo mesma, e um tal imperativo é categórico [...] A natureza racional distingue-se das

restantes por se pôr a si mesma um fim. Este fim seria a matéria de toda a boa vontade [...] o sujeito dos fins, isto é, o ser racional mesmo, não deve nunca ser posto por fundamento de todas as máximas das ações como simples meio, mas como condição suprema restritiva no uso dos meios, isto é, sempre simultaneamente como fim. Ora, daqui segue-se incontestavelmente que todo o ser racional, como fim em si mesmo, terá de poder considerar-se, com respeito a todas as leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo como legislador universal; porque exatamente esta aptidão das suas máximas a constituir a legislação universal é que o distingue como fim em si mesmo.³¹⁷

Estando definida a estrutura e o conteúdo do supremo princípio da moralidade, cabe agora discorrer sobre os deveres morais que Kant dele deduziu e nele amparou em sua obra *Metafísica dos Costumes* a fim de que se possa concluir o arco de seu sistema moral racional.

Como visto, é traço peculiar da moral que ela, ao contrário do direito, se mostra capaz de impor ao sujeito a adoção íntima de certos fins³¹⁸, que, por sua natureza, são objetivos, isto é, têm valor absoluto e validade perante todos os seres racionais, tal como foi exposto quando da apresentação da segunda fórmula do Imperativo Categórico (Fórmula da Humanidade). Trata-se, portanto, de um fim que é simultaneamente um dever (moral). Consoante afirma Kant: “[...] É um imperativo categórico [...] um imperativo que associa um conceito de dever com o conceito de um fim [...] uma vez que há acções livres, tem também de haver fins aos quais [...] aquelas se dirijam. Mas entre esses fins tem de haver alguns que sejam [...] deveres.”³¹⁹

À luz do que fora desenvolvido na *Fundamentação*, os fins que são simultaneamente deveres estão relacionados ao respeito e à promoção da humanidade (natureza racional) compreendida como fim em si mesma e detentora de valor absoluto e não passível de quantificação ou troca (dignidade).

Segundo Kant, somente há dois desses fins: a perfeição própria, seja natural (cultivo dos talentos e das habilidades inatas), seja moral (aprimoramento da força de vontade a fim de agir pelo dever e assim trilhar a senda da virtude) e a felicidade alheia, devendo-se promover os fins de outrem na medida em que sejam moralmente lícitos e estejam no limite de nossas possibilidades fáticas.³²⁰

Para o filósofo alemão, a felicidade própria não é diretamente um dever moral,

317Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 74-75.

318Ver o segundo tópico do primeiro capítulo do presente trabalho. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 297: “O conceito de um fim que é simultaneamente um dever, conceito que, propriamente pertence à Ética, é o único que fundamenta uma lei para as máximas das acções, na medida em que o fim subjectivo (que cada um tem) se subordina ao fim objectivo (que cada um deve propor-se).”

319Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 290-291.

320Cf. Ibidem, p. 291-296 e 301-305.

porquanto repousa em uma forte tendência natural de todos os seres humanos e, se não observar normas morais, é capaz de gerar grandes injustiças e até mesmo atrocidades.³²¹ Nada obstante, na medida em que o bem-estar contribui decisivamente para reduzir as tentações a que estão submetidos os homens, estes têm o dever moral indireto de cuidar da própria felicidade, mas nos limites em que isso seja necessário para fortalecer suas disposições virtuosas. “Mas, em tal caso, o fim não é a felicidade própria, mas sim a moralidade do sujeito e afastar os obstáculos a um tal fim é somente o meio permitido.”³²²

A partir desses dois fins (perfeição própria e felicidade alheia) que são simultaneamente deveres impostos pela razão, ligados ao Imperativo Categórico, notadamente à Fórmula da Humanidade, Kant estabelece seu sistema de deveres morais. O principal critério de classificação dos deveres usado por é o que leva em conta os sujeitos da obrigação. Assim, os deveres são classificados em dois grupos: os deveres para consigo próprio e os deveres para com os outros homens.³²³

No seio de ambas as classe de deveres, o filósofo emprega ainda outro critério classificador, dividindo-os nas seguintes espécies: a) deveres estritos, que exigem a prática de ações ou omissões específicas, não admitem exceção e obrigam estritamente, sendo seu descumprimento considerado demérito moral (valor negativo); b) deveres latos, que não especificam condutas determinadas, devendo ser realizados dentro de limites mais amplos a juízo do agente, isto é, conferindo-lhe certa esfera de discricionariedade, sendo sua violação considerada simplesmente ausência de mérito moral, mas não demérito (ausência de valor).³²⁴

321Cf. *Ibidem*, p. 296.

322Ibidem, p. 296.

323Cf. *Ibidem*, p. 335. Ver também WOOD, Allen W., *Duties to oneself, duties of respect to others*. In: HILL Jr., Thomas E. **The blackwell guide to Kant's ethics**. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009, p. 229: “Entre os deveres éticos, a divisão fundamental é entre deveres para consigo e deveres para com outros.” No original: “Among ethical duties, the fundamental division is between duties to oneself and duties to others.”

324Cf. *Ibidem*, p. 298-301. Kant também afirma que os deveres jurídicos são “estritos”, pois exigem ações ou abstenções específicas, ao passo que os deveres éticos são “latos”, pois dizem respeito à adoção de máximas (princípios) e não à realização de ações determinadas, cabendo ao sujeito valer-se de seu juízo para, ante as circunstâncias, adequar suas ações às máximas moralmente corretas: “[...] a lei [moral] somente pode ordenar a máxima das ações e não as próprias ações, isto é um sinal de que deixa uma margem (*latitudo*) ao livre arbítrio para o cumprimento (a observância), quer dizer, não pode indicar com precisão como e com que grau de intensidade se deve realizar a ação com vista ao fim que é simultaneamente dever.” Nada obstante, embora Kant não seja inteiramente claro, concordamos com Allen Wood no sentido de considerar que a divisão estrito/lato aplica-se também no interior dos deveres éticos, podendo-se concluir, portanto, que todos os deveres morais são, quando contrapostos aos deveres jurídicos, “latos” (em sentido amplo), porém há deveres éticos estritos e deveres latos (em sentido estrito). Cf. WOOD, Allen W., *op. cit.*, 2009, p. 229: “Dentro de cada uma dessas divisões principais de dever ético [deveres em face de si e deveres em face dos outros], há uma divisão posterior entre deveres que são estritamente vinculantes, requerendo ações ou omissões específicas e cuja violação acarreta culpa moral, e deveres que são latos ou meritórios, as ações específicas não são estritamente devidas, mas merecem crédito moral ou mérito [...] Concernindo aos deveres para consigo, essa divisão é entre dever “perfeito” e “imperfeito”; concernindo aos deveres para com outros, os deveres estritos ou estreitos são

No tocante aos deveres em face de si mesmo, os deveres estritos são chamados de “perfeitos”, ao passo que os deveres latos se denominam “imperfeitos.”³²⁵ Embora possa parecer contraditório, em princípio, que um sujeito possa impor-se um dever a si mesmo, Kant esclarece que tal inconsistência aparente se dissolve quando se toma o mesmo sujeito sob dois prismas diversos, quais sejam, enquanto ser dotado de razão e de liberdade interior (*homo noumenon*) e enquanto ser afetado por inclinações (*homo phaenomenon*).³²⁶

Quanto aos deveres perfeitos para consigo mesmo, são estes: a) o dever de conservar a própria natureza animal (obrigação de manter a vida, a integridade física e o bom funcionamento do organismo)³²⁷; b) o dever para consigo próprio considerado como ser moral³²⁸ (dever de conservar a integridade moral, por meio da vedação à mentira, à avareza³²⁹ e ao servilismo³³⁰); c) o dever para consigo próprio enquanto juiz inato de si mesmo (cultivar a consciência moral, isto é, a capacidade de julgamento e avaliação de suas próprias ações, bem como de autocoerção e autocensura que levam o homem a sentir remorso pelos seus mal feitos e lhes dão mais condições de agir corretamente)³³¹; d) o dever de autoconhecimento moral (“conhece-te a ti mesmo”).³³²

Em relação aos deveres imperfeitos para consigo mesmo, tem-se os seguintes: a) o dever de incrementar a própria perfeição natural (cultivar e desenvolver as faculdades do espírito³³³, da alma³³⁴ e do corpo); b) o dever de aumentar a própria perfeição moral (exercitar

chamados “deveres de respeito” enquanto os latos ou meritórios são chamados “deveres de amor”. No original: “Within each of these two main divisions of ethical duty, there is a further division between duties that are strictly owed, requiring specific actions or omissions and whose violation incurs moral blame, and duties that are wide or meritorious, the specific actions not strictly owed, but deserving of moral credit or merit [...] Regarding duties to oneself, this division is between “perfect” and “imperfect” duty; regarding duties to others, the strict or narrow duties are called “duties of respect” while the wide or meritorious ones are called “duties of love.”

325Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011, p. 345, 383 e 388.

326Cf. Ibidem, p. 339-344. Sobre essa diferença e sobre a liberdade do homem, ver o próximo tópico.

327Cf. Ibidem, p. 345-357

328Cf. Ibidem, p. 357-371

329Cf. Ibidem, p. 363, em que se explica o conceito de avareza: “[...] a restrição da sua própria fruição dos meios para viver bem abaixo da medida de sua verdadeira necessidade.”

330Cf. Ibidem, p. 366-368, em que se esclarece o conceito do servilismo: “[...] não deve o homem renunciar à auto-estima moral, isto é, não deve renunciar à auto-estima moral, isto é, não deve procurar alcançar o seu fim, que é em si mesmo um dever, rebaixando-se de modo servil [...] o rebaixar intencionalmente o seu próprio valor moral, tendo em vista fazer disso um mero meio de adquirir o favor de outro [...] enquanto desvalorização da personalidade do próprio, vai contra o dever para consigo mesmo.”

331Cf. Ibidem, p. 372-376

332Cf. Ibidem, p. 377-378

333Cf. Ibidem, p. 384, em que se definem as “faculdades do espírito”: “São aquelas cujo exercício só é possível por via da razão [...] Faculdades deste tipo são a matemática, a lógica e a metafísica da natureza [...]”

334Cf. Ibidem, p. 384, em que se conceituam as “faculdades da alma”: “São as que se encontram ligadas ao entendimento e à regra de que o entendimento se serve para a satisfação de quaisquer propósitos [...] Faculdades deste tipo são a memória, a imaginação, etc., faculdades essas sobre as quais se pode fundar a erudição, o gosto (o embelezamento interior e exterior), etc., que fornecem os instrumentos para diversos propósitos.”

a capacidade de agir por respeito ao dever, ainda que isso se dê em prejuízo das inclinações).³³⁵

No que concerne à segunda classe de deveres (em face dos outros), os deveres *latos* assumem a forma de “deveres de amor”, enquanto os deveres *estritos* se apresentam como “deveres de respeito”.³³⁶

Discorrendo sobre a primeira categoria, Kant logo esclarece que “O amor, não é, todavia, aqui entendido como sentimento [...] (porque ter sentimentos é algo a que os outros não nos podem obrigar), mas tem de ser concebido como máxima de benevolência [...], a qual tem como consequência a beneficência [fazer o bem]”³³⁷. Dessa forma, o aludido dever não exige que se cultive nenhum sentimento específico por ninguém, apenas requer que se pratiquem boas ações (de auxílio a outrem), ou melhor, que se promovam os fins alheios na medida do possível.³³⁸

São deveres de amor: a) o dever de beneficência (promover os fins dos outros na medida em que isso nos for possível, dando-se preferência às pessoas que nos sejam mais próximas e em relação às quais temos laços afetivos mais fortes)³³⁹; b) o dever de gratidão (honrar aquele que nos ajudou em momentos de necessidade, ou mesmo quem simplesmente foi educado, gentil e cortês)³⁴⁰; c) o dever de simpatia (deve-se buscar cultivar o sentimento de compaixão, que nos permite compartilhar a alegria e a tristeza dos nossos semelhantes, tornando-nos mais propenso à ação moral).³⁴¹

Por fim, quanto aos deveres de respeito, estes consistem fundamentalmente em um plexo de deveres negativos (abstenções), que têm como núcleo o reconhecimento da dignidade do outro, enquanto ser racional, de modo que não se deve agredir a auto-estima do próximo nem ampliar a própria exigência de respeito para além daquilo que se julga cabível para os demais (vício da arrogância).³⁴²

Destarte, as principais atitudes proibidas pelo dever de respeito são as seguintes: a) o desprezo pelo outro (manifestar menoscabo ou menosprezo, isto é, julgar o outro desprovido

335Cf. *Ibidem*, p. 383-388.

336Cf. *Ibidem*, p. 389-390 e p. 416-417: “A omissão dos meros deveres de amor é falta de virtude [...] Mas a omissão do dever decorrente do respeito que é devido a cada homem em geral é vício.”

337*Ibidem*, p. 391.

338Cf. *Ibidem*, p. 392: “Daí que o dever de amar o próximo possa expressar-se também do seguinte modo: é o dever de tornar meus os fins de outros (na medida apenas em que tais fins não sejam imorais)”.

339Cf. *Ibidem*, p. 396-400.

340Cf. *Ibidem*, p. 400-403.

341Cf. *Ibidem*, p. 403-406.

342Cf. *Ibidem*, p. 413: “Todo o homem tem uma legítima pretensão ao respeito dos seus semelhantes e também ele está ao mesmo obrigado, em termos recíprocos, em relação a cada um deles.”

de valor)³⁴³; b) a soberba³⁴⁴ (tendência do sujeito de colocar-se acima dos demais, exigindo mais respeito dos outros do que ele mesmo manifesta em relação aos seus pares)³⁴⁵; c) a maledicência (ato de fazer afirmações a respeito de alguém que prejudiquem o respeito que os demais sentem em relação a essa pessoa, isto é, macular a reputação de alguém em um círculo social, afetando sua “honra objetiva”)³⁴⁶; d) o escárnio (a zombaria desmedida, a crítica mordaz e a pretensão de expor o outro ao ridículo, isto é, a exposição de defeitos reais ou a imputação de falhas com o intuito de privar a pessoa do respeito de que goza perante seus pares).³⁴⁷

Até aqui, na exposição do conteúdo do Imperativo Categórico e do sistema de deveres morais dele decorrentes, procedeu-se de modo hipotético: se houver um imperativo categórico – incondicional e universal, válido para todos os seres racionais –, então ele deve ter características tais e tais, de modo que os deveres tais e tais são consequências dele. Agora, resta saber se e como tal imperativo é possível.

4.2 A liberdade da vontade como condição de possibilidade do Imperativo Categórico

Ao discorrer sobre o supremo princípio da moralidade, Kant destacou que esta tem por base a autonomia da vontade – explicitada na terceira fórmula do Imperativo Categórico –, de modo que a ação moralmente correta, para existir, requer como condição necessária e suficiente a observância do dever pelo próprio dever sem que haja subordinação ao temor do castigo ou à promessa de uma recompensa: “A *moralidade* é, pois, a relação das ações com a autonomia da vontade, isto é, com a legislação universal possível por meio de suas máximas.”³⁴⁸

Com efeito, o filósofo alemão enfatiza que a moralidade requer do indivíduo que se autodetermine, adequando seus fins particulares às exigências do Imperativo Categórico, de tal sorte que sua vontade não será determinada pelos objetos de suas inclinações, paixões ou desejos irracionais, mas observará os requisitos e as condições da retidão moral (consubstanciadas nas três fórmulas desse Imperativo) que o próprio sujeito reconheceu como

343Cf. *Ibidem*, p. 415-417.

344Cf. *Ibidem*, p. 391, em que se aclara o conceito de soberba: “[...] Tipo de ambição em conformidade com o qual exigimos aos demais homens que se sintam inferiores ao comparar-se conosco; e é portanto um vício que se opõe ao respeito que todo o homem pode legitimamente pretender.

345Cf. *Ibidem*, p. 417-419.

346Cf. *Ibidem*, p. 419-420.

347Cf. *Ibidem*, p. 420-422.

348Idem, op. cit., 1995, p. 76.

justas e impôs para si sem compulsão ou recompensas externas, mas apenas pela consciência do próprio dever.

Se assim não for, e a vontade buscar seu fundamento não na lei moral que ela mesma impõe a si, mas nos seus próprios objetos contingentes, então o que haverá é a heteronomia, isto é, a normatização da vontade não por si mesma, mas por elementos que lhe são externos e estranhos. “Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em *qualquer outro ponto* que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando [...] busca essa lei na natureza [...] dos seus objectos, o resultado é [...] *heteronomia*.”³⁴⁹

Na *Fundamentação*, Kant afirma que os princípios de uma vontade heterônoma podem ser empíricos ou racionais. Os primeiros se referem sobretudo à busca pela felicidade³⁵⁰, ao passo que os segundos giram em torno do conceito de perfeição, seja esta compreendida por meio da conformidade à vontade da divindade (perfeição teológica), seja na adequação a um conceito vago e abstrato (perfeição ontológica): “aptidão para toda sorte de fins.”³⁵¹

Todos esses princípios da heteronomia da vontade são *materiais*, pois determinam integralmente a vontade tão somente a partir de seus objetos (felicidade ou perfeição). O Imperativo Categórico, a seu turno, é um preceito *formal* na medida em que fixa um conjunto de restrições (formais e substanciais, negativas e positivas) a serem observadas pelo sujeito com primazia sobre seus fins particulares³⁵², de modo a constituir uma “moldura moral deontológica”, dentro da qual o indivíduo pode adotar os objetivos que lhe parecem mais adequados.³⁵³

349Ibidem, p. 78.

350Sempre que pode, Kant enfatiza o quanto o conceito de felicidade é vago, impreciso e cambiante, variando de pessoa para pessoa e mesmo para um mesmo indivíduo. O filósofo também faz questão de destacar a diferença que há entre persguir a felicidade (sem qualquer restrição moral) e a disposição em agir moralmente. Cf. Ibidem, p. 79: “O princípio mais condenável [dentre os empíricos], porém, é o princípio da *felicidade própria*, não só porque é falso e porque a experiência contradiz a suposição de quem o bem-estar se rege sempre pelo bem-obrar; não só ainda porque não contribui em nada para o fundamento da moralidade, uma vez que totalmente diferente fazer um homem feliz ou fazê-lo bom, e fazê-lo prudente e finório em atenção ao seu interesse ou fazê-lo virtuoso, mas sim porque atribui à moralidade móveis que antes a minam e destroem toda toda a sua sublimidade, juntando na mesma classe os motivos que levam à virtude e os que levam ao vício [...] mas apagando totalmente a diferença específica entre a virtude e o vício.”

351Cf. Idem, op. cit., 2011a, p. 66.

352 A distinção entre preceito formal e material nesse contexto é esclarecida por Kant na seguinte passagem: “A matéria de um princípio prático é o objeto da vontade [fim]. Este objeto ou é o fundamento determinante da vontade, ou não o é. Se ele é o fundamento determinante da mesma, então a regra da vontade estaria submetida a uma condição empírica [...], conseqüentemente não seria nenhuma lei prática. Ora, se se separa de uma lei toda a matéria, isto é, todo objeto da vontade (enquanto fundamento determinante), dela não resta senão a simples **forma** de uma legislação universal.” Cf. Idem, op. cit., 2011a, p. 45.

353O Imperativo Categórico, do qual o preceito da autonomia é dimensão, afigura-se *formal* quando contraposto aos imperativos hipotéticos, considerados *materiais* por prescreverem determinação ações apenas em face de fins

Destarte, o mandamento da moralidade precisa ser posto pelo agente como condição ou fundamento *formal* determinante de sua vontade e de suas máximas (sua condição de possibilidade), isto é, deve adotar apenas finalidades específicas (*matéria*) que se coadunem com as exigências da lei moral em suas três formulações. Caso contrário, se os objetivos do agente forem a única condição (*material*) de suas máximas, ou seja, se ele fosse regido tão somente pelo princípio *material* da felicidade própria ou do amor de si, então as reivindicações da moralidade racional seriam simplesmente desprezadas, e a vontade do indivíduo seria puramente determinada pelas inclinações e desejos que sensorialmente o afetam.³⁵⁴

Se a moral não é uma “vã quimera”, portanto, o ser humano deve ser capaz de conduzir-se com base na lei moral, que ele mesmo prescreveu para si, ainda que jamais possa estar inteiramente certo disso.³⁵⁵ Destarte, para que a moral racional e, com ela, o Imperativo Categórico sejam considerados possíveis, é preciso que também o seja a autonomia da vontade.³⁵⁶

É na terceira seção da *Fundamentação* – “Transição da metafísica dos costumes para

específicos e contingentes. Um imperativo hipotético, por se basear em uma finalidade empírica concreta (caráter material), jamais pode reivindicar a observância de todos os seres racionais, mas apenas daqueles que, de fato, apresentam tal fim. O Imperativo Categórico, em contraste, por ser universal e incondicional, vincula todos os seres racionais, independentemente de seus fins empíricos particulares. Nesse sentido, ele é *formal*, pois sua validade não repousa sobre a adoção de fins empíricos específicos, cujo complexo sistemático a ser satisfeito recebe o nome de felicidade. Nada obstante, não se pode reduzir o Imperativo Categórico, em sua tridimensionalidade (universalidade, humanidade e autonomia) apenas à fórmula da lei universal (forma da lei). O próprio mandamento supremo da moralidade apresenta claramente duas dimensões: uma formal (procedimento de universalização da máxima) e uma material (fins de respeito, proteção e promoção da humanidade) articuladas em torno do conceito de autonomia. Como o próprio Kant reconhece, na *Metafísica dos Costumes*, não há ação sem fim (matéria), e o Imperativo Categórico, enquanto preceito da ação livre, precisa de uma finalidade. Esta, contudo, não é uma finalidade subjetiva e contingente (felicidade própria), mas um fim objetivo e universal, consubstanciado no respeito e na promoção da humanidade, que, por sua vez, fundamentam os fins que são simultaneamente deveres: a perfeição própria e a felicidade alheia. Pode-se atribuir à insistência de Kant a referir-se ao princípio da autonomia como preceito formal, sobretudo na *Crítica da Razão Prática*, ao seu firme intuito de diferenciá-lo do preceito material do amor de si ou da felicidade própria. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011a, p. 37-38, 55-57 e 149; op. cit., 2011b, p. 286-296.

354Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011a, p. 37: “Todos os princípios práticos materiais são, enquanto tais, no seu conjunto de uma e mesma espécie e incluem-se no princípio geral do amor de si ou da felicidade própria.” O filósofo insiste em ressaltar que somente um princípio formal – como é o caso da autonomia da vontade – pode ser uma lei prático-moral (vinculante para todos os seres racionais): “[...] a lei moral não expressa senão a **autonomia** da razão prática pura, isto é, da liberdade e esta é ela mesma a condição formal de todas as máximas sob a qual elas unicamente podem concordar com a lei prática suprema. Se por isso a matéria do querer, a qual não pode ser senão o objeto de um apetite ligado à lei, entra na lei prática como **condição de possibilidade da mesma**, decorrerá uma heteronomia do arbítrio, ou seja, uma dependência da lei natural de seguir um impulso ou inclinação qualquer.” Cf. *ibidem*, p. 55-56.

355Como afirma Kant, as profundezas do coração humano são inacessíveis ao escrutínio racional, de modo que não se pode ter absoluta certeza de que uma ação realmente foi praticada por respeito ao dever moral ou simplesmente por uma inclinação qualquer. Para mais detalhes, ver a nota de rodapé n. 267.

356Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 82.

a crítica da razão prática pura” –, que Kant se propõe a enfrentar a delicada questão da autonomia e da liberdade da vontade humana e a verificar a possibilidade do Imperativo Categórico.

Inicia o filósofo definindo os conceitos fundamentais para essa investigação. Em primeiro lugar, afirma que a vontade “é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais”³⁵⁷ e posteriormente esclarece que, enquanto tal, a vontade sempre opera por meio de leis “segundo as quais, por meio de uma coisa a que chamamos causa, tem de ser posta outra coisa que se chama efeito [...]”³⁵⁸

Em seguida, Kant parte para a análise da *liberdade* da vontade, entendida como “a chave da explicação da autonomia da vontade”³⁵⁹. Para Kant, a liberdade apresenta duas dimensões. A primeira consiste na independência da vontade de fatores externos que a dominem ou constringam, isto é, trata-se de sua *não* submissão a leis externas, sendo, portanto, uma faceta meramente negativa. Nesse sentido, a liberdade é compreendida como a propriedade da vontade “pela qual ela [enquanto causalidade] pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a *determinem*.”³⁶⁰

A essa dimensão negativa da liberdade, contrapõe-se a ideia de *necessidade natural*, que é a “propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à actividade pela influência de causas estranhas.”³⁶¹

A vontade, enquanto forma de causalidade racional ou intencional, sempre atua mediante leis. Essas leis, contudo, não são as leis mecânicas do instinto ou da necessidade natural, mas de outra espécie. A liberdade, em sua forma negativa, apenas informa que a vontade não é determinada por leis externas (heteronomia), porém não indica claramente quais são as leis sob as quais ela opera. Ora, nesse ponto, concluímos com Kant:

[...] **que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão autonomia, i. e., a propriedade da vontade de ser lei para si mesma?** Mas a proposição: << a vontade é, em todas as acções, uma lei para si mesma >> caracteriza apenas o princípio de não agir segundo nenhuma outra máxima que não seja aquela que possa ter-se a si mesma por objecto como lei universal. Isto, porém, é precisamente a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade: assim, pois **vontade livre e vontade submetida a leis morais são uma e a mesma coisa**. Se, pois, se pressupõe liberdade da vontade, segue-se daqui a moralidade com o seu princípio,

357Ibidem, p. 83.

358Ibidem, p. 83.

359Ibidem, p. 83.

360Ibidem, p. 83.

361Ibidem, p. 83. Aqui, fica claro mais uma vez que, para Kant, a vontade é propriedade exclusiva dos seres racionais.

por simples análise do seu conceito (destaque nosso).³⁶²

Dessa forma, a liberdade, em sua dimensão positiva, nada mais é do que a propriedade da vontade de ser lei para si mesma, isto é, a liberdade coincide com o próprio princípio moral da autonomia da vontade. Trata-se de uma importante conclusão, denominada por Henry Allison de “tese de reciprocidade” (*reciprocity thesis*): “Esta é a afirmação de moralidade e liberdade são conceitos recíprocos [...] Sua significância vêm do fato de que ela implica que a liberdade da vontade [...] não é somente uma condição necessária mas também suficiente da lei moral.”³⁶³

A partir da tese da reciprocidade, fica claro que, para ser possível a moralidade e o seu princípio supremo, deve-se admitir como pressuposto a liberdade da vontade, compreendida enquanto independência de determinações externas (*liberdade negativa*) e observância da própria lei (*liberdade positiva* ou *autonomia*). A tarefa consiste em demonstrar, portanto, a possibilidade da liberdade.

Para tanto, Kant empreende um argumento que aqui será denominado de “Argumento Prático-Transcendental” (APT).³⁶⁴ Em síntese, o raciocínio afirma o seguinte: a) Para que seja efetivamente possível a moralidade e o seu princípio, então a vontade humana tem de ser livre; a vontade é livre se observa o princípio da moralidade (tese da reciprocidade); b) a liberdade tem de ser necessariamente pressuposta pelo ser racional em todas as suas ações, enquanto ser dotado de vontade e consciência; c) a moralidade e o seu princípio são realmente possíveis.

A premissa “a” nada mais contém que o próprio problema a ser solucionado e a tese da reciprocidade. O cerne do argumento encontra-se, pois, na delicada premissa “b”. Segundo

³⁶²Ibidem, p. 83-84.

³⁶³ALLISON, Henry, op. cit., 1990, p. 201. No original: “This is the claim that morality and freedom are reciprocal concepts [...] Its significance stems from the fact that it entails that freedom of the will (transcendental freedom) is not only a necessary but also a sufficient condition of the moral law.”

³⁶⁴Henry Allison se refere a esse argumento como o “argumento preparatório” (*preparatory argument*). Cf. Ibidem, p. 214-218. Optaremos por designá-lo de “prático-transcendental” pelas seguintes razões: a) é transcendental, haja vista que, parte de conceitos havidos como necessários ou inevitavelmente aceitos para demonstrar outros que, embora controversos, são condições necessárias dos primeiros; b) é prático porque lida com o conceito de liberdade sob o prisma prático e não teórico, como se esclarecerá adiante. Sobre o conceito de argumento transcendental, cf. ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105-106: “Aqui, devem, como 'transcendentais', ser designados argumentos que se compõem, pelo menos, de duas premissas com a estrutura seguinte: a primeira premissa identifica o ponto de partida do argumento, que consiste de coisas como percepções, ideias ou atuações linguísticas e afirma, desse ponto de partida, que ele, em algum sentido, é necessário. A segunda premissa diz, a seguir, que algumas categorias ou regras são necessárias se o objeto escolhido como ponto de partida deve ser possível. A conclusão diz, finalmente, que essas categorias ou regras devem valer necessariamente.” Ver também: MOTA, Victor de Resende. Fundamentação pragmático-transcendental da validade universal dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Fa7**, Fortaleza, v. VIII, n.1, abr. 2011, p. 323-324.

Kant, a liberdade só pode ser irrogada à vontade humana, se também o for para todos os seres racionais, de modo que terá de ser explicado como ela se liga à vontade dos seres racionais em geral. Isso se explica à luz do fato de que a vontade (e o poder de estabelecer fins) é traço distintivo da própria racionalidade e que a lei moral se aplica a todos os seres racionais em virtude de sua razão. “Não basta que atribuamos liberdade à nossa vontade [...] se não tivermos também razão suficiente para a atribuirmos a todos os seres racionais [...] temos que demonstrá-la [a liberdade] como pertencente à atividade de seres racionais em geral, e dotados de uma vontade.”³⁶⁵

A tese central de Kant é a de que os seres racionais não podem agir senão “sob a ideia da liberdade”, porquanto estes, enquanto entes dotados de consciência e de vontade, não podem simplesmente imputar suas ações a fatores ou fontes que lhe são externos ou estranhos, devendo considerar-se como autores dos próprios atos e escolhas. Eis as palavras do próprio filósofo:

Todo o ser que não pode agir senão sob a ideia 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 [...] A todo o ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir. Pois num tal ser pensamos nós uma razão que é prática, quer dizer, que possui causalidade em relação aos seus objetos. Ora é impossível pensar uma razão que com a sua própria consciência recebesse de qualquer outra parte uma direcção a respeito dos seus juízos, pois que então o sujeito atribuiria a determinação da faculdade de julgar, não à sua razão, mas a um impulso. **Ela [a razão] tem de considerar-se a si mesma como autora de seus princípios, independentemente de influências estranhas;** por conseguinte, como razão prática ou como vontade tem de considerar-se a si mesma como livre [...] **portanto, é preciso atribuir, em sentido prático, uma tal vontade [livre] a todos os seres racionais** (destaque nosso).³⁶⁶

Se a liberdade tem de ser atribuída à vontade dos seres racionais em geral, a questão agora consiste em saber por que os seres racionais não podem agir senão sob a pressuposição da liberdade de suas ações. Nesse ponto, parece-nos que Kant não seguiu adiante o raciocínio e deixou uma lacuna. Com efeito, ele encerra a subsecção “A liberdade tem de pressupor-se como propriedade da vontade de todos os seres racionais” e abruptamente inicia outra: “Do interesse que anda ligado às ideias da moralidade.”³⁶⁷

365KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 84-85.

366Ibidem, p. 85.

367Sobre essa mudança brusca na condução do raciocínio, cf. ALLISON, Henry, op. cit., 1990, p. 216: “Mas em vez de devolver o argumento dessa maneira natural, Kant muda abruptamente para um novo tópico: ‘O Interesse Ligado às Ideias da Moralidade’. Mais importante, além de suscitar o que parecia ser o problema inteiramente novo de explicar o interesse que nós tomamos na moralidade e requerimentos morais, ele deixa bem claro que não considera o argumento esboçado anteriormente como tendo estabelecido (mesmo de forma preliminar) a validade da lei moral.” No original: “But instead of developing the argument in this natural manner, Kant shifts

Em razão dessa lacuna, Kant se vê em uma difícil situação, na qual não pode contar com nada além da tese da reciprocidade, isto é, a equivalência conceitual entre liberdade (negação do determinismo natural) e autonomia da vontade (capacidade de agir segundo a lei moral por respeito a essa lei). Tal estado de coisas conduz à seguinte petição de princípio (argumento defeituoso em que a conclusão está pressuposta nas premissas)³⁶⁸: busca-se afirmar, como conclusão, que a autonomia da vontade (princípio moral) é possível com base na premissa de que o homem é livre, contudo essa liberdade não consiste em nada que não a aptidão para a moralidade (não determinação por causas externas), que é justamente o que se quer demonstrar (a possibilidade da moralidade e de seu princípio supremo).³⁶⁹

Nas palavras do próprio filósofo:

Mostra-se aqui [...] uma espécie de círculo vicioso do qual, ao que parece, não há maneira de sair. Consideramo-nos como livres na ordem das causas eficientes, para nos pensarmos submetidos a leis morais na ordem dos fins, e depois pensamo-nos como submetidos a estas leis porque nos atribuímos a liberdade de vontade; pois liberdade e própria legislação da vontade são ambas autonomia, portanto, conceitos transmutáveis, um dos quais porém não pode, por isso mesmo, ser usado para explicar o outro e fornecer o seu fundamento, mas, quando muito, apenas para reduzir a um conceito único [...] representações aparentemente diversas do mesmo objeto.³⁷⁰

Para superar esse delicado círculo vicioso, Kant recorre ao seguinte expediente: passa-se a considerar a questão da liberdade sob dois prismas diversos: a) a perspectiva do *mundo sensível*, segundo a qual o homem, enquanto ser dotado de sensibilidade, é determinado pelos impulsos e instintos, sendo regrado pelas leis mecânicas do mundo natural (heteronomia); b) o ponto de vista do *mundo inteligível*, pelo qual o homem, enquanto ser racional, se vê conduzido não por leis naturais, mas por leis morais que ele mesmo prescreveu a si (*autonomia*), o que, a partir da tese de reciprocidade, implica liberdade.³⁷¹

abruptly to a new topic: 'The Interest Attached to the Ideas of Morality.' Moreover, in addition to raising what would seem to be the wholly new problem of explaining the interest we take in morality and moral requirements, he makes it quite clear that he does not regard the argument sketched in the precedings as having established (even in a preliminary fashion) the validity of the moral law."

368Sobre petição de princípio, cf. COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 84-86.

369A respeito dessa petição de princípio, cf. Ibidem, p. 218-221. O próprio Allison se mostra incrédulo no sucesso do argumento prático-transcendental: "[...] levantando a ameaça de um círculo nesse ponto na análise, Kant está chamando a atenção para as limitações de um procedimento meramente analítico que, enquanto tal, é incapaz de nos levar além da Tese da Reciprocidade e da necessidade de pressupor a ideia da liberdade." No original: "[...] by raising the threat of a circle at this point in the analysis, Kant is calling attention to the limitations of a merely analytic procedure, which, as such, is incapable of taking us beyond the reciprocity thesis and the necessity of presupposing the idea of freedom." Cf. Ibidem, p. 220.

370KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 87.

371Cf. Ibidem, p. 89: "[...] um ser racional deve [...] ter [...] dois pontos de vista dos quais pode considerar-se a si mesmo e reconhecer leis do uso de suas forças, e portanto de todas as suas ações: o *primeiro*, enquanto pertence ao mundo sensível, sob leis naturais (heteronomia); o *segundo*, como pertencente ao mundo inteligível,

Sendo simultaneamente membro dos mundos sensível e inteligível, o homem, ainda que, por um lado, veja-se inserido nos mecanismos de causalidade da natureza, sofrendo influência das inclinações (razão pela qual sua vontade não é santa, mas imperfeita), por outro, vê-se capaz de ir além delas e de guiar-se por sua razão, transpondo-se para o mundo inteligível graças à ideia da liberdade.³⁷²

Com a ajuda desse dualismo de perspectivas, Kant pensa ter encontrado uma resposta satisfatória para o problema da possibilidade da liberdade na *Fundamentação*, afastando o justo receio de um círculo vicioso.³⁷³

O argumento prático-transcendental não precisa, contudo, dar-se por vencido tão facilmente. Aqui, propõe-se que ele seja complementado com o seguinte raciocínio transcendental³⁷⁴, que pretende dar continuidade ao fio condutor seguido por Kant: a) Para que conceitos fundamentais à autocompreensão e à identidade do ser racional, bem como à conservação da sociedade sejam possíveis, como “vontade”, “intenção”, “finalidade”, “conduta”, “responsabilidade”³⁷⁵, “imputabilidade”³⁷⁶ – e congêneres –, então a liberdade da vontade tem de ser pressuposta; b) as aludidas noções fundamentais são inevitáveis e

sob leis que, independentes da natureza, não são empíricas, mas fundadas somente na razão.”

372Cf. Ibidem, p. 90-91: “Se eu fosse um mero membro do mundo inteligível, todas as minhas ações seriam perfeitamente conformes ao princípio da autonomia da vontade pura; mas, como mera parte do mundo sensível, elas teriam de ser tomadas cini totalmente conformes à lei natural dos apetites e inclinações, por conseguinte, à heteronomia da natureza [...] posto por outro lado me conheça como ser pertencente ao mundo sensível, terei, como inteligência, de reconhecer-me submetido à lei do mundo inteligível, isto é, à razão.”

373Cf. Ibidem, p. 90: “Aqui desaparece a suspeita, que atrás levantamos, de que houvesse um círculo vicioso oculto na nossa conclusão da passagem da liberdade à autonomia e desta à lei moral, *i.e.*, de talvez termos posto como fundamento a ideia de liberdade apenas por causa da lei moral, para depois concluir esta por sua vez da liberdade, e portanto de que não podíamos dar nenhum fundamento daquela [...] Pois agora vemos que, quando, nos pensamos livres, nos transpomos para o mundo inteligível como seus membros e reconhecemos a autonomia da vontade.”

374Sobre o sentido do termo transcendental, ver a nota de rodapé n. 356.

375A responsabilidade, em sentido genérico, consiste na capacidade e no dever de responder por determinadas obrigações e pelos efeitos decorrentes das próprias ações. Acerca da diferença entre a responsabilidade jurídica e a moral, Nino esclarecer que “[...] assim como a adjudicação de responsabilidade jurídica implica que o indivíduo seja passível de uma sanção segundo o disposto em uma norma jurídica, a adjudicação de responsabilidade moral implica que o sujeito é passível de censura segundo o estabelecido pelas regras morais.” Cf. NINO, Carlos Santiago, *op. cit.*, 1989, *op. cit.*, p. 275. No original: “[...] así como la adscripción de responsabilidad jurídica implica que el individuo es pasible de una sanción según lo dispuesto en una norma jurídica, la adscripción de responsabilidad moral implica que el sujeto es pasible de reproche según lo establecido por las reglas morales.” As considerações feitas no argumento prático-transcendental apenas se aplicam à responsabilidade jurídica subjetiva, isto é, aquela que leva em conta a culpa (o resultado danoso era previsível, mas se inobservou o dever de cuidado) ou o dolo (o resultado danoso foi intencionado) do agente. Sobre os diversos sentidos da responsabilidade e suas diferentes espécies, cf. Idem, *op. cit.*, 2010, p. 218-224.

376Cf. KANT, Immanuel, *op. cit.*, 2011b, p. 38: “Imputação (*imputatio*) em sentido moral é o juízo por meio do qual alguém é considerado como autor (*causa libera*) de uma ação, que então se chama acto (*factum*) e está submetido a leis; se o juízo, por seu turno, acarreta consigo as consequências jurídicas do acto, é uma imputação com força jurídica (*imputatio iudicialia s. valida*), em caso contrário, somente uma imputação de avaliação (*imputatio diiudicatoria*).”

necessárias para a autocompreensão e a identidade do ser racional, assim como para a manutenção da normatividade social e para a própria existência das relações interpessoais humanas; c) a liberdade tem de ser pressuposta na vontade de todos os seres racionais.

A introdução da premissa “a” visa esclarecer o que Kant quer dizer quando afirma que “[...] Ela [a razão] tem de considerar-se a si mesma como autora de seus princípios, independentemente de influências estranhas.”³⁷⁷ Ora, quando age e se posiciona acerca de algo, o ser racional precisa considerar-se o autor de suas próprias reflexões, juízos e atos, ou seja, ele precisa *imputar* essas manifestações corporais e mentais à sua própria pessoa, além de ter que se conceber como ser independente da tirania dos instintos e paixões sensíveis, isto é, como ser capaz de autocontrole e autonomia.³⁷⁸

A segunda metade da premissa “a” afirma que a liberdade é pressuposta pelos referidos conceitos de “conduta”, “vontade”, “intenção”, “finalidade”, “responsabilidade”, “imputabilidade” e afins. Com efeito, a aludida relação de imputação entre a pessoa e suas ações e as noções dela decorrentes só são possíveis com a assunção da liberdade da vontade.³⁷⁹ Como afirma Kant, ao conceito de *liberdade* se contrapõe o de *necessidade natural*³⁸⁰, ou melhor, opõe-se o de *determinismo fático*³⁸¹. Assim sendo, caso se considere que o indivíduo não tenha reais condições de conduzir-se com base em sua própria razão, vinculando suas capacidades físicas de atuação à *sua* consciência, *seu* juízo e *suas* convicções

377Ver nota de rodapé n. 358

378Sobre a pressuposição da liberdade enquanto independência da coerção exercida pelos impulsos sensíveis e instintos naturais, cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 93: “[...] a pretensão legítima que mesmo a razão humana vulgar tem à liberdade da vontade funda-se na consciência e na pressuposição admitida da independência da razão quanto a causas determinantes puramente subjectivas, que no conjunto constituem o que pertence somente à sensação e, por conseguinte, cai sob a designação geral de sensibilidade.”

379Kant assim enuncia a ligação entre a liberdade e a imputabilidade: “[...] só esta lei [lei moral – Imperativo Categórico] nos torna conscientes da independência do nosso arbítrio quanto à determinação por todos os outros motivos impulsores (da nossa liberdade) e, desse modo, ao mesmo tempo da imputabilidade de nossas ações. Cf. Idem, op. cit., 2008, p. 32.

380Vide a nota de rodapé n. 353.

381Carlos Santiago Nino esclarece que há diversas espécies de determinismo: a) ético, segundo o qual não se pode deixar de fazer o bem quando este é conhecido, sendo as infrações morais frutos do erro; b) teológico, com base no qual se fará sempre o que Deus, em sua onisciência já previu que irá ocorrer; c) lógico, consoante o qual o que o agente irá fazer não mudará o valor de verdade da proposição que descreve sua ação no futuro; d) psicológico, segundo a qual as ações humanas são condicionadas por inclinações mentais; e) físico, conforme o qual a conduta humana é produto causal de elementos químicos, físicos e biológicos (como é o caso da influência genética); f) social, de acordo com o qual os atos humanos são determinados pela sua pertença a um grupo ou classe social, tradição ou cultura. Para Nino, somente as variantes psicológica, física e social, que ele chama de “determinismo fático”, realmente constituem uma “ameaça para a relevância moral da vontade humana”, já que as outras têm um caráter lógico-conceitual, estado vinculadas a determinadas definições do conceito de bondade, onisciência divina e verdade. Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 1989, p. 269-270. Embora Kant se refira, de modo mais direto, à necessidade natural, que é análoga ao que Nino chama de determinismo físico, o argumento prático-transcendental e o raciocínio que lhe dá suporte se adequam perfeitamente às outras formas de determinismo fático.

e máximas refletidas e moralmente corretas, então não se pode mais falar em vontade, mas em um simples mecanismo de causalidade regido pelas leis da natureza, como os impulsos e os instintos, restando esvaziados os mencionados conceitos fundamentais. O próprio conceito de ação também desapareceria, pois, sem a ideia de vontade e de sua matéria (finalidade e intenção), a ação não seria nada mais que uma mera alteração accidental do mundo exterior.³⁸²

A premissa “b” versa sobre a inevitabilidade do emprego das mencionadas noções fundamentais para a constituição e manutenção da identidade e da autocompreensão do indivíduo, assim como para a sustentação das normas morais e jurídicas que regem a sociedade.

Como o sujeito não pode perscrutar as profundezas da própria consciência e conhecer, com plena certeza e segurança, seus reais interesses e motivações³⁸³, é em suas ações externas e juízos conscientes e no vínculo de imputação entre estes e sua própria pessoa que ele encontrará importantes condições para melhor compreender a si mesmo, forjando sua identidade e autoestima.³⁸⁴

Segundo Parelman e Olbrechts-Tyteca, a interação entre a pessoa e seus atos é fundamental para a configuração da própria ideia de pessoa³⁸⁵, compreendida à luz do binômio estabilidade/mudança: por meio de seus atos, a identidade de uma pessoa é conhecida e sedimentada (dimensão da estabilidade), de modo que se podem inclusive prever prováveis comportamentos futuros com base em ações reiteradas no passado e interpretar os atos atuais à luz dos precedentes; por outro lado, não se nega ao indivíduo a possibilidade de transformar-se, alterando a forma de agir (dimensão da mudança).³⁸⁶

382Com base no que afirma Nino, pode-se afirmar que uma ação apresenta três elementos: a) volitivo (intenção e finalidade do agente); b) cognitivo (crenças do agente acerca do modo como o fim pode e deve ser alcançado); c) potestativo (poderes, capacidades e habilidades de que se pode valer o agente para implementar o fim colimado). Cf. *Ibidem*, p. 275: “Uma ação é a resultante dos *desejos* do agente, de suas *crenças* acerca do mundo circundante e de sua *capacidade para atuar*, ou seja, do conjunto de condições externas e físicas e mentais do agente que devem verificar-se para que seja verdade que, se o agente quer atuar e conhece a presença dessas condições, então atuará [...]” No original: “Una acción es la resultante de los deseos del agente, de sus creencias acerca del mundo circundante y de su capacidad para actuar, o sea del conjunto de condiciones externas y físicas y mentales del agente que deben darse para que sea verdad que si el agente quiere actuar y conoce la presencia de estas condiciones entonces actuará [...]”

383Ver nota de rodapé n.º 265 do presente trabalho.

384Para Kant, a busca pelo autoconhecimento moral é um dever ético. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 377-378. Ver também o tópico precedente do presente trabalho.

385Kant também considera a imputabilidade como elemento fundamental na disposição para a personalidade. Cf. *Idem*, op. cit., 2008, p. 32.

386Sobre o vínculo entre a pessoa e seus atos e como essa relação lança luz sobre a compreensão da própria pessoa, cf. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação: A nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 334-335: “A construção da pessoa humana, que se vincula aos atos, é ligada a uma distinção entre o que se considera importante, natural, próprio do ser de quem se fala, e o que se considera transitório, manifestação exterior do

É por intermédio de sua postura e de suas condutas que uma pessoa permite aos outros que tenham acesso às suas intenções e crenças (ainda que de modo incerto e limitado), fazendo-se conhecer. É também a partir de seus atos que um indivíduo é julgado e apreciado pelos seus pares.³⁸⁷

Além de sua importância para a ideia de pessoa e para a identidade e autocompreensão do sujeito, os conceitos de imputabilidade e responsabilidade, assim como os demais, são cruciais para a manutenção de importantes instituições sociais. Sem eles, os sujeitos não poderiam ser recompensados ou reconhecidos pelo seu mérito nem censurados ou punidos pelo seu demérito, além de não terem de arcar com as consequências dos atos por eles praticados, já que não poderiam lhes ser imputados como *seus* atos. Caso não tivessem sentido essas noções basilares, também não se sustentariam os sistemas normativos da moral e do direito, haja vista serem neles baseados. Ruiriam, portanto, os pilares da normatividade social.³⁸⁸

Os conceitos fundamentais acima referidos também são pressupostos para a correta compreensão das interações sociais comuns – em todos os seus tons e matizes –, de que os seres humanos fazem parte. Como afirma Strawson³⁸⁹, uma pessoa pode adotar fundamentalmente duas atitudes em face da outra: a) atitude interpessoal (de participante ou de envolvimento), por meio da qual se relaciona com o outro, apresentado expectativas em relação ao seu comportamento; b) atitude objetiva (de observador), pela qual o outro é visto, à distância, como algo a ser compreendido (“como ele funciona?”), estudado, controlado, evitado, temido, tratado, treinado ou contido.³⁹⁰

A primeira atitude é adotada, em regra, em face das pessoas com as quais nos relacionamos – qualquer que seja o grau de proximidade e de intimidade dessa relação (amigos, familiares, conhecidos, amantes etc.) –, e desdobra-se, por sua vez, em um plexo de

sujeito [...] A idéia de pessoa [...] A ideia de 'pessoa' introduz um elemento de estabilidade [...] presumimo-la, ao interpretar o ato em função da pessoa [...] Mas essa estabilidade da pessoa [...] opõe-se à sua liberdade, à sua espontaneidade, à sua possibilidade de mudar.”

387Cf. Ibidem, p. 338-339: “Em nossa concepção habitual, um ato é, mais do que um indício, um elemento que permite construir e reconstruir nossa imagem da pessoa [...] O valor que atribuímos ao ato nos incita a atribuir certo valor à pessoa [...] concedendo certo valor a um juízo, formula-se, por isso mesmo uma apreciação sobre o seu autor.”

388Cf. Ibidem, p. 336-337: “[...] a moral e o direito necessitam da noção de *pessoa* e de *ato* em sua ligação e em sua independência relativa . A moral e o direito julgam simultaneamente o ato e o agente: não poderiam contentar-se com levar em consideração apenas um desses dois elementos [...] Enquanto as noções de responsabilidade, de mérito e de culpabilidade são relativos à pessoa, as de norma, de regra, preocupam-se acima de tudo com o ato.”

389Cf. STRAWSON, Peter Frederick. Freedom and resentment. In: _____. **Freedom and resentment and other essays**. New York: Routledge, 2008, p. 1-29.

390Cf. Ibidem, p. 9-10.

três atitudes: a) atitudes reativas pessoais (*personal reactive attitudes*), pelas quais reagimos às ações, posturas e intenções dos outros em relação à nossa própria pessoa, apresentando-se expectativas e levantando-se demandas e pretensões em relação ao que o outro deve fazer por nós; b) atitudes reativas empáticas, vicárias, impessoais, desinteressadas ou generalizadas (*sympathetic or vicarious or impersonal or disinterested or generalized analogues of the personal reactive attitudes*), por meio das quais reagimos às ações, posturas e intenções dos outros em face de outrem, apresentando-se expectativas e pretensões concernentes à conduta dirigida às outras pessoas, não estando em jogo nosso próprio interesse; c) atitudes autorreativas (*self-reactive attitudes*), referentes ao que nós exigimos e esperamos de nós mesmos em relação aos nossos semelhantes, isto é, as expectativas e exigências atinentes aos deveres e obrigações a que nos julgamos adstritos.³⁹¹

A atitude objetiva, por sua vez, é normalmente empregada em face de seres humanos considerados inimputáveis, isto é, que não têm a maturidade ou o discernimento necessários para compreender plenamente o que estão fazendo e as consequências disso, ou seja, que não podem responder pelos seus atos, tais como doentes mentais e crianças. Nada obstante, essa forma de atitude pode ser excepcionalmente utilizada mesmo ante seres humanos adultos, maduros e mentalmente capazes, de modo a eliminar qualquer grau de envolvimento pessoal com eles, que passam a ser vistos como algo a ser evitado, estudado ou empregado a serviço de interesses pessoais ou sociais.³⁹²

Conforme ressalta Strawson, a adoção generalizada e persistente da atitude objetiva inviabilizaria o estabelecimento e o desenvolvimento das próprias relações humanas interpessoais, conduzindo o homem ao completo isolamento e à perfeita atomização, insuportável para qualquer pessoa.³⁹³

Assim sendo, para que sejam possíveis as interações sociais e as relações humanas, das quais não se pode fugir ou escapar integralmente, deve-se adotar, em regra, a atitude de participante, que, estando baseada em uma complexa rede de expectativas e pretensões dirigidas a si e aos outros, não pode prescindir das noções de responsabilidade e imputabilidade, bem como da ideia de liberdade a elas subjacente, que, portanto, devem ser

391Cf. *Ibidem*, p. 10-12 e 15-17.

392Cf. *Ibidem*, p. 10,12-13.

393Cf. *Ibidem*, p. 12: “Uma objetividade sustentada da atitude interpessoal, e o isolamento humano que ela implicaria, não parece ser algo de que os seres humanos seriam capazes.” No original: “A sustained objectivity of inter-personal attitude, and the human isolation which that would entail, does not seem to be something of which human beings would be capable [...]”

pressupostas.³⁹⁴

Destarte, o juízo racional não deixa de atribuir à pessoa os atos por ela praticados para irrogá-los aos mecanismos físicos e biológicos da natureza, salvo em circunstâncias excepcionais, como é o caso dos estados de inconsciência, decorrentes, por exemplo, do sonambulismo e da hipnose, e de reações puramente instintivas, como os atos reflexos. Fatores naturais, sociais e psicológicos podem sim influir sobre as ações (sem defini-las integralmente), aumentando ou diminuindo a reprovação da conduta do agente, mas, em regra, não a excluem, salvo quando lhe retiram a consciência ou a capacidade de escolher sem constrangimentos invencíveis.³⁹⁵

Tendo em vista que a liberdade da vontade é necessariamente pressuposta para que tenham sentido noções como as de “responsabilidade”, “imputabilidade”, “vontade” e “conduta” e que o emprego de tais noções é inevitável, haja vista sua importância para a construção da ideia de pessoa, para a autocompreensão e identidade do indivíduo e para os sistemas normativos do direito e da moral, conclui-se que o sujeito racional, tem de se admitir autor dos próprios atos, deliberações e escolhas, isto é, que sua vontade é livre, de modo que, com isso, a moralidade e o Imperativo Categórico se mostram plenamente possíveis, fechando o arco do argumento prático-transcendental.

Em síntese, as duas partes do APT podem ser esquematizadas da seguinte forma:

Argumento principal:

a.1.1) Primeira parte da premissa maior: se a moralidade e o seu princípio

394Aqui, é necessário fazer um importante esclarecimento. Em seu artigo *Freedom and Resentment* (Liberdade e Ressentimento), Strawson busca defender a seguinte tese: ainda que o determinismo seja verdadeiro, as atitudes interpessoais dos seres humanos e as relações que elas tornam possíveis não seriam abandonadas ou prejudicadas em razão de uma simples convicção teórica, haja vista estarem profundamente arraigadas na moldura das diversas formas de vida humanas. Strawson, portanto, admite que essas atitudes pressupõem a liberdade, mas que seriam compatíveis com o determinismo. Embora essa tese possa parecer, à primeira vista, contraditória com o que aqui se defende, mostrar-se-á adiante que a compatibilidade entre liberdade e determinismo é apregoadada pelo argumento prático-transcendental na medida em que a liberdade só pode ser admitida e pressuposta *de um ponto de vista prático*.

395Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 1989, p. 272-273: “[...] quando descobrimos que a vontade do indivíduo foi causada por certos acontecimentos que a explicam facilmente, como as ameaças sérias de um terceiro consideramos a ação como não livre e excluimos a responsabilidade do agente. A pretensão do determinismo [fático] é que o mesmo deveríamos fazer no caso de outras causas que sempre determinam nossas ações, como certos fenômenos sociais, psicológicos ou biológicos. Para ser coerentes, deveríamos tratar todos os indivíduos de modo análogo a como fazemos com quem são objeto de ameaças ou hipnose”. No original: “[...] cuando descubrimos que la voluntad del individuo fue causada por ciertos sucesos que la explican fácilmente, como las amenazas serias de un tercero consideramos a la acción como no libre y excluimos la responsabilidad del agente. La pretensión del determinismo es que lo mismo deberíamos hacer en el caso de otras causas que siempre determinan nuestras acciones, como ciertos fenómenos sociales, psicológicos o biológicos. Para ser coherentes deberíamos tratar a todos los individuos de modo análogo a como lo hacemos con quienes son objeto de amenazas o de hipnosis.

(Imperativo Categórico) são possíveis, então o ser racional tem de ser capaz de moralidade (primeira formulação – redação tautológica)³⁹⁶;

a.1.2) Se a moralidade e o seu princípio são possíveis, então o ser racional tem de ser capaz de observar a lei moral, que ele mesmo prescreveu a si (segunda formulação – definição da aptidão para a moralidade em termos de autolegislação moral);

a.1.3) Se a moralidade e o seu princípio são possíveis, então a vontade do ser racional deve ser autônoma (terceira formulação: autonomia da vontade como condição necessária da lei moral);

a.1.4) Se a vontade do ser racional é autônoma, então a moralidade e o seu princípio são possíveis (quarta formulação – autonomia como condição suficiente da lei moral: a autonomia é a única condição necessária da possibilidade da lei moral, ou seja, é sua condição suficiente)³⁹⁷;

a.1.5) A moralidade e o seu princípio são possíveis *se e somente se* a autonomia da vontade for pressuposta (formulação final: a liberdade como condição necessária e suficiente da moralidade e da lei moral)³⁹⁸;

a.2) Segunda parte da premissa maior (tese de reciprocidade): liberdade (em sentido positivo) e autonomia da vontade são uma só e mesma coisa;

a.3.1) Premissa maior completa: a moralidade e o seu princípio são possíveis *se e somente se* a liberdade da vontade for pressuposta (primeira formulação – formulação fundamental);

a.3.2) Se a vontade do ser racional for livre, então a moralidade e o seu princípio são possíveis (segunda formulação: proposição condicional decorrente da primeira formulação bicondicional);

396Chama-se “condicional” a proposição na forma “Se A, então B”. Nesse caso, A é condição suficiente de B (caso se verifique A, necessariamente se verifica B) e B é condição necessária de A (caso não se verifique B, necessariamente não se verifica A). Há, portanto, uma relação de implicação entre A e B (A implica B): seria contraditório afirmar A e negar B ou negar B e afirmar A. Sobre os conceitos de proposição condicional, condição necessária, condição suficiente e implicação lógica, cf. QUINE, Willard Van Orman. **Methods of Logic**. 4 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1982, p. 45-51; STRAWSON, Peter Fredrick. **Introduction to logical theory**. London: Methuen & Co, 1964, p. 21-26 e 82-90.

397Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 97: “À pergunta, pois: – **Como é possível um imperativo categórico?** – pode, sem dúvida, responde-se na medida em que se pode indicar **o único pressuposto de que depende a sua possibilidade**, quer dizer, **a ideia da liberdade** [...] (destaque nosso)”.

398A proposição que apresenta a expressão “se e somente se” se denomina “bicondicional” (“A se e somente se B”) e apresenta uma “equivalência lógica” ou “implicação mútua”, já que pode ser desdobrada em duas proposições condicionais: “Se A então B” (B é condição necessária de A) e “Se B então A” (A é condição necessária de B). Nesse caso, A é condição necessária e suficiente de B e vice-versa, valendo as mesmas regras já mencionadas para a implicação. Sobre a equivalência lógica, cf. QUINE, W. V. O, op. cit., 1982, p. 60-67; STRAWSON, P. F., op. cit., 1964, p. 24-26 e 90.

b) Premissa menor: A liberdade da vontade tem de ser pressuposta na vontade de todos os seres racionais;

c) Conclusão (por *modus ponens* de “a3.2” e “b”)³⁹⁹: a moralidade e o seu princípio são possíveis.

Argumento complementar:

a) Premissa maior: se noções fundamentais para a construção da ideia de pessoa, para a identidade e a autocompreensão do sujeito, para a manutenção dos sistemas normativos da moral e do direito e para a adequada compreensão das relações humanas, como vontade, intenção, finalidade, responsabilidade, imputabilidade e congêneres, são possíveis, então a liberdade da vontade deve ser pressuposta.

b) Premissa menor: as referidas noções fundamentais são necessárias e inevitáveis para a a construção da ideia de pessoa, para a identidade e a autocompreensão do sujeito, para a manutenção dos sistemas normativos da moral e do direito e para a adequada compreensão das relações humanas;

c) Conclusão (por *modus ponens* de “a” e “b”): a liberdade da vontade deve ser pressuposta.

Se estiver correto, o argumento complementar sustenta justamente o que Kant não deixou muito bem fundamentado: a premissa menor do argumento principal, segundo a qual a liberdade da vontade deve ser pressuposta. Conjugados os argumento principal e complementar, tem-se o argumento prático-transcendental em sua inteireza, que mostra a possibilidade da moral racional e do Imperativo Categórico.

Cabem, contudo, duas observações cruciais acerca da pressuposição da liberdade como fundamento da moralidade e do seu supremo princípio. Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que a liberdade é demonstrada somente de um ponto de vista *prático*, e não *teórico*. Para Kant, a razão tem dois usos, ou dito de outro modo, apresenta duas dimensões: a) a *razão teórica*, que se destina ao conhecimento de objetos que se apresentam na experiência por meio do aparato sensorial do ser racional; b) a *razão prática*, que se ocupa da produção de objetos (realização de determinados estados de coisas no mundo) segundo uma concepção ou representação desses objetos (finalidade). Destarte, a primeira lida com o *conhecimento* do mundo, ao passo que a segunda influi sobre a vontade, seus *fins* e *motivos*, versando sobre a

³⁹⁹O *modus ponens* é uma forma de argumento, na qual, dada uma proposição condicional (“Se A, então B”), caso se ponha A (caso se verifique o antecedente), também será posto B (também se verificará o consequente). Sobre esse argumento, cf. COPI, Irving M. op. cit., 1978, p. 246.

ação no mundo e sua possível transformação por meio dela.⁴⁰⁰

No tocante à razão teórica, Kant sustenta, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, que esta só pode *conhecer* – o que faz por meio de conceitos – os objetos que se lhe apresentam por meio dos sentidos, na intuição sensível⁴⁰¹, não podendo levantar pretensões cognitivas legítimas quanto a objetos que se encontram fora dos limites de toda a experiência possível, sob pena de incorrer em contradições e especulações vazias.⁴⁰²

A liberdade, assim como Deus e a imortalidade da alma, são conceitos que não podem ser encontrados na experiência, sendo, portanto, *ideias* da razão.⁴⁰³ Ora, se assim é, então a razão não pode *conhecê-los* nem determinar teoricamente sua existência ou possibilidade, e, caso tente fazê-lo, ficará enredada em inconsistências – suas célebres antinomias –, pois poderá defender tanto a tese de sua existência quanto a tese oposta com razões igualmente plausíveis, porém inconclusivas.⁴⁰⁴

400Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011a, p. 25: “O uso teórico da razão ocupava-se com objetos da simples faculdade de conhecer [...] Com o uso prático [...] a razão ocupa-se com fundamentos determinantes da vontade, a qual é uma faculdade ou de produzir objetos correspondentes às representações, ou de então determinar a si própria para a efetuação dos mesmos.” Ver também: RAWLS, John, op. cit., 2005, p. 305: “A razão teórica concerne ao conhecimento dos objetos que nos são dados na experiência sensível, ao passo que a razão prática concerne à nossa capacidade de produzir objetos de acordo com uma concepção desses objetos. Um objeto é entendido como o fim de uma ação; para Kant, todas as ações têm um objeto nesse sentido.”

401Segundo Kant, existem apenas duas fontes do conhecimento: o entendimento e a sensibilidade. Esta é a faculdade de recepção das sensações por meio da qual os objetos da experiência são dados, enquanto aquele é a faculdade dos conceitos por meio da qual os objetos são pensados. Os dois componentes do conhecimento, portanto, são os conceitos e as intuições. Os conceitos são “representações universais”, ao passo que as intuições são “representações singulares”, isto é, aqueles são representações das características comuns a uma classe de objetos, ao passo que estas são todos os itens singulares de uma experiência possível aos quais os conceitos podem ser aplicados. Sobre a diferença entre conceito e intuição, ver KANT Immanuel, op. cit., 1992, p. 109. Para seu papel na constituição do conhecimento, cf. Idem. **Crítica da Razão Pura**. 7 ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 88: “O nosso conhecimento provém de duas fontes fundamentais do espírito, das quais a primeira consiste em receber as representações (a receptividade das impressões) e a segunda é a capacidade de conhecer um objeto mediante essas representações (espontaneidade dos conceitos); pela primeira é-nos *dado* um objecto; pela segunda é *pensado* em relação com aquela representação [...] Intuição e conceitos constituem, pois, os elementos de todo o nosso conhecimento, de tal modo que nem conceitos sem intuição que de qualquer modo lhes corresponda, nem uma intuição sem conceitos podem dar um conhecimento.” Ver também: Idem, op. cit., 2010, p. 313: “O conhecimento [...] é *intuição* ou *conceito* [...]. A primeira refere-se imediatamente ao objecto e é singular, o segundo refere-se mediamente, por meio de um sinal que pode ser comum a várias coisas.”

402Kant ressalta que os conceitos e princípios do entendimento só podem ser aplicados, de forma legítima (apta a gerar conhecimento real), dentro das fronteiras da experiência sensível. Se tentarem ultrapassar suas fronteiras, eles terão um uso *transcendente* e, ao invés de produzir conhecimento, irão apenas gerar ilusões e teses contraditórias. Cf. Idem, op. cit., 2010, p. 297: “Os princípios do entendimento [...] deverão apenas ter uso empírico [...], isto é, não deve transpor a fronteira da experiência.”

403Por ideia da razão, Kant entende um conceito que não encontra um objeto correspondente na experiência sensível. Cf. Ibidem, p. 313: “Um conceito extraído de noções e que transcende a possibilidade da experiência é a *ideia* [...]”

404As antinomias da razão são contradições em que esta incorre quando transgride as fronteiras da experiência. Como não há intuições sensíveis aos quais se possam aplicar conceitos, a razão pode formular argumentos tanto em favor de uma tese, como em prol de sua antítese, de modo que a questão discutida permanece sem resposta. Kant apresenta as seguintes antinomias na *Crítica da Razão Pura*: a) tese: o mundo tem um começo no tempo e é

Se a liberdade não pode ser provada pela razão teórica, tampouco pode esta refutar a possibilidade de sua existência. Enquanto ideia, situada fora dos limites da experiência, a liberdade não pode ser *conhecida*, mas pode ser *pensada* pela razão sem contradição interna. Assim, a liberdade permanece um conceito meramente possível, cuja existência não pode ser determinada teoricamente.⁴⁰⁵

Destarte, enquanto ideia da razão, a liberdade não pode ser verificada empiricamente, porquanto, como visto, não se podem acessar as profundezas das mentes humanas e perquirir seus reais motivos e intenções, de modo que a moralidade e a liberdade por ela pressuposta adquirem um caráter contrafático (contra os fatos): ainda que a experiência pareça demonstrar o contrário, elas são possíveis pela razão.⁴⁰⁶

Nada obstante esse caráter ideal e problemático (meramente possível) sob o prisma teórico, a liberdade deve ser pressuposta, *do ponto de vista prático* – para os propósitos da ação racional –, como propriedade necessária da vontade dos seres racionais, que atuam e que não podem deixar de imputar suas ações à própria pessoa, conforme sustentado pelo argumento prático-transcendental. Dito de outro modo: esse argumento apenas consegue defender a pressuposição da liberdade a partir da perspectiva prática, sem conseguir determinar seu conhecimento teórico, que permanece em aberto.

Nas palavras do próprio Kant:

Todos os homens se concebem como livres quanto à vontade [...] No entanto, esta

limitado no espaço; antítese: o mundo não tem nem começo nem limites no espaço; é infinito tanto no tempo quanto no espaço; b) tese: toda a substância composta, no mundo, é constituída por partes simples e não existe nada mais que o simples ou o composto pelo simples; antítese: nenhuma coisa composta, no mundo, é constituída por partes simples, nem no mundo existe nada que seja simples; c) tese: a causalidade, segundo as leis da natureza não é a única de onde podem ser derivados os fenômenos do mundo no seu conjunto. Há ainda uma causalidade pela liberdade que é necessário admitir para os explicar, antítese: não há liberdade, mas tudo no mundo acontece unicamente em virtude das leis da natureza; d) tese: Ao mundo pertence qualquer coisa que, seja como sua parte, seja como sua causa, é um ser absolutamente necessário; antítese: não há em parte alguma um ser absolutamente necessário nem no mundo, nem fora do mundo, que seja a sua causa. Cf. *Ibidem*, p. 379-418. Aqui, interessa-nos a terceira antinomia em que se discute justamente a possibilidade da liberdade em face do determinismo natural, questão que não pode ser resolvida no âmbito teórico. Sobre a terceira antinomia, ver ALLISON, Henry, op. cit., 1990, p. 11-29; MONTENEGRO, Lucas Romero. **O direito como condição para a paz perpétua em Immanuel Kant**. 2012. 68f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012, p. 16-29.

405A diferença entre conhecer e pensar é muito importante na filosofia kantiana. Para que seja possível o conhecimento, devem conjugar-se conceitos e intuições, ao passo que o pensar exige apenas consistência lógica interna (ausência de autocontradição). Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2010, p. 26: “Se, porém, não posso *conhecer* a minha alma, considerada deste último ponto de vista, por meio da razão especulativa [teórica] (e muito menos mediante a observação empírica), nem tão-pouco a liberdade, como propriedade de um ser a quem atribuo efeitos no mundo sensível, pois teria de conhecer esse ser como determinado na sua existência e todavia não determinado no tempo [...], posso, não obstante, *pensar* a liberdade; isto é, a representação desta não contém em si, pelo menos, nenhuma contradição.”

406Ver o tópico anterior, especialmente as notas de rodapé n. 265, 266 e 267.

liberdade não é um conceito da experiência, nem pode sê-lo, pois se mantém sempre, mesmo que a experiência mostre o contrário daquelas exigências que, pressupondo a liberdade, se representam como necessárias [...] Por isso, a liberdade é apenas uma *ideia* da razão cuja realidade objectiva é em si duvidosa [...] Embora daqui resulte uma dialéctica da razão, uma vez que, pelo que respeita à vontade, a liberdade que a esta se atribui parece estar em contradição com a necessidade natural, e nesta encruzilhada, a razão sob o *ponto de vista especulativo* [teórico], acha o caminho da necessidade natural muito mais plano e praticável do que o da liberdade, no entanto, sob o *ponto de vista prático*, o caminho de pé posto da liberdade é o único por que é possível fazer uso da razão nas nossas ações e omissões.⁴⁰⁷

Destarte, determinismo e liberdade, em vez de excluírem-se mutuamente, convivem em harmonia⁴⁰⁸: a) do ponto de vista teórico, a razão, que busca explicar os fenômenos do mundo empírico segundo o conceito de causalidade, vê-se inclinada a admitir a necessidade natural, cujas leis pode conhecer a partir dos sentidos, o que não ocorre com a ideia de liberdade, contudo não pode a razão, com base na experiência, refutar essa ideia nem deixar de pensá-la como possível; b) sob a perspectiva prática, a razão se obriga a admitir como pressuposto necessário de suas ações e omissões a liberdade da vontade, sem a qual estas não poderiam ser imputadas à vontade ou à consciência dos seres racionais, ou melhor, sem a qual não haveria nem mesmo a própria vontade, mas apenas um simples mecanismo causal regrado por instintos.⁴⁰⁹

407KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 92.

408Sobre a possibilidade de compatibilização da liberdade, no âmbito prático das ações, expectativas e relações humanas, e do determinismo no âmbito teórico, cf. STRAWSON Peter Frederick, op. cit., 2008, p. 12: “Nós podemos às vezes [...] observar os normais (aqueles que reputamos como 'normais') no modo objetivo em que aprendemo a olhar certos casos classificados de anormalidade. E nossa questão se reduz a isto: poderia, ou deveria a aceitação da tese determinista nos levar sempre a observar todos exclusivamente nessa forma? Pois esta é a única condição que vale considerar sob a qual a aceitação do determinismo poderia levar à decadência ou repúdio das atitudes reativas de participante. Não parece ser autocontraditório supor que isso possa acontecer [...] Mas eu estou fortemente inclinado a pensar que isso é, para nós como somos, praticamente inconcebível. O compromisso humano de participação nas relações interpessoais ordinárias é, penso eu, muito arraigado e profundamente enraizado para nós levarmos a sério o pensamento de que uma convicção teórica geral possa mudar tanto nosso mundo que, nele, não existiria mais tais coisas como relações interpessoais como nós normalmente as entendemos; e envolver-se em relações interpessoais como nós normalmente as entendemos é precisamente sermos expostos ao espectro de atitudes reativas [atitudes reativas pessoais, impessoais e autorreativas] e sentimentos que estão em questão. No original: “We can sometimes [...] look on the normal (those we rate as ‘normal’) in the objective way in which we have learned to look on certain classified cases of abnormality. And our question reduces to this: could, or should, the acceptance of the determinist thesis lead us always to look on everyone exclusively in this way? For this is the only condition worth considering under which the acceptance of determinism could lead to the decay or repudiation of participant reactive attitudes. It does not seem to be self-contradictory to suppose that this might happen [...] But I am strongly inclined to think that it is, for us as we are, practically inconceivable. The human commitment to participation in ordinary interpersonal relationships is, I think, too thoroughgoing and deeply rooted for us to take seriously the thought that a general theoretical conviction might so change our world that, in it, there were no longer any such things as inter-personal relationships as we normally understand them; and being involved in inter-personal relationships as we normally understand them precisely is being exposed to the range of reactive attitudes and feelings that is in question.”

409Acerca da harmonia entre o determinismo e a liberdade, que se conciliam por concernirem a pontos de vista diversos, pode-se associar a perspectiva do mundo sensível ao ponto de vista teórico, em que o homem se

Quanto à segunda observação atinente à pressuposição da liberdade, deve-se destacar, com Kant, os limites da investigação prático-moral: embora se possa defender que a liberdade da vontade deva ser pressuposta, não se pode explicar *como* o ser humano é livre, isto é, carece de resposta a pergunta “Como o homem é livre”?⁴¹⁰

Tal indagação, à luz da tese da reciprocidade, equivale a perguntar *como* se pode observar o Imperativo Categórico, ou seja, como é possível observar a lei moral apenas por respeito a essa lei, sem nenhum fundamento em elementos estranhos, como inclinações e desejos.⁴¹¹

Dessa sorte, embora não se possa explicar sua possibilidade, admite-se a liberdade – do ponto de vista prático – como pressuposto necessário da vontade de um ser dotado de consciência e razão, o que é suficiente para mostrar como é possível a moralidade e o seu supremo princípio: o Imperativo Categórico.

Em lapidar síntese de tudo o que fora exposto nesse tópico, afirma o filósofo de Königsberg:

À pergunta, pois: – Como é possível um imperativo categórico? – pode, sem dúvida, responder-se na medida em que se pode indicar o único pressuposto de que depende a sua possibilidade, quer dizer, a ideia da liberdade, e igualmente na medida em que se pode aperceber a necessidade deste pressuposto, o que, para o *uso prático*, da razão, isto é, para a convicção da *validade deste imperativo*, e portanto também da lei moral, é suficiente; mas como seja possível esse pressuposto mesmo, isso é o que nunca se deixará jamais aperceber por nenhuma razão humana. Mas pressupondo a liberdade da vontade de uma inteligência, a consequência necessária é a *autonomia* dessa vontade [...] Não é somente muito *possível* (como a filosofia especulativa pode mostrar) pressupor essa liberdade da vontade (sem cair em contradição com o princípio da necessidade natural na ligação dos fenómenos do mundo sensível), mas

submete a leis da natureza e da sensibilidade, ao passo que a perspectiva prática se liga ao mundo inteligível, em que o ser humano se pensa como livre e autônomo, conduzindo-se pela lei moral que ele mesmo prescreveu a si. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 92-95: “Há pois que supor que entre liberdade e necessidade natural dessas mesmas acções humanas se não encontra nenhuma verdadeira contradição; pois não se pode renunciar nem ao conceito de natureza nem ao da liberdade [...] É impossível, porém, escapar a essa contradição se o sujeito, que se crê livre, se pensasse *no mesmo sentido* ou *na mesma relação* quando se chama livre que quando se considera submetido à lei natural, com respeito à mesma acção [...] que o homem tenha que representar-se e pensar-se a si mesmo desta maneira dupla [ser sensível e racional], isso funda-se, para o primeiro caso, na consciência de si mesmo como objecto 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) [...] O conceito de um mundo inteligível é, portanto, apenas um *ponto de vista* que a razão se vê forçada a tomar [...] *para pensar a si mesma como prática*, o que não seria possível se as influências da sensibilidade fossem determinantes para o homem, o que porém é necessário na medida em que se lhe não deve negar a consciência de si mesmo como inteligência, por conseguinte, como causa racional e actuante pela razão, isto é, livremente eficiente.”

410Cf. Ibidem, p. 95-96: “[...] a razão ultrapassaria logo todos os limites se se arrojasse a *explicar* [...] como é que é possível a liberdade [...] Ela [a liberdade] vale somente como pressuposto necessário da razão num ser que julga ter consciência de uma vontade [...]”

411Cf. Ibidem, p. 96: “A impossibilidade subjectiva de *explicar* a liberdade da vontade é idêntica à impossibilidade de descobrir e tornar concebível um *interesse* que o homem possa tomar pelas leis morais [...]”

também é *necessário*, sem outra condição, para um ser racional que tem consciência de sua causalidade pela razão, por conseguinte de uma vontade (distinta dos desejos) admiti-la praticamente, isto é, na ideia, como condição de todas as suas ações voluntárias.⁴¹²

Ocorre, contudo, que, em sua obra *Crítica da Razão Prática*, Kant demonstra ter abandonado a tentativa de deduzir o Imperativo Categórico a partir da pressuposição da liberdade e adota estratégia inversa⁴¹³: é a lei moral que se apresenta como evidente e, portanto, é a partir dela que se pode saber a existência da liberdade. Segundo o filósofo, a consciência da lei moral em nós é algo seguro e inquestionável, ou seja, é um fato, mas não um fato empírico qualquer, e sim um *fato da razão (faktum der vernunft)*.⁴¹⁴ Afirmar esse fato equivale a asseverar que a razão pura (não condicionada por elementos empíricos, como inclinações, instintos e paixões) pode – sozinha – determinar a vontade mediante a lei moral, isto é, a razão pura pode ser prática.⁴¹⁵

Com essa reviravolta, o raciocínio que relaciona os conceitos de moralidade e liberdade, embora parta da mesma premissa fundamental do APT, toma sentido contrário. O

412Cf. *Ibidem*, p. 97-98.

413Sobre a mudança na estratégia argumentativa de Kant, cf. ALLISON, Henry, op. cit., 1990, p. 227-231; RAWLS, John, op. cit., 2005, p. 302-305; ROMERO, Lucas montenegro, op. cit., 2012, p. 29-37; WEYNE, Bruno Cunha, op. cit., p. 280-285. Allison defende a tese de que o abandono dos esforços de dedução da lei moral em prol do reconhecimento evidente da validade dessa lei (fato da razão) constituiu significativo progresso na filosofia moral kantiana: “[...] eu sustentarei que, longe de ser uma regressão a um ponto de vista desacreditado, a reviravolta de Kant para o fato da razão marca um genuíno avanço [...]”. Cf. *Idem*, op. cit., 1990, p. 230. No original: “I shall argue that far from being a reversion to a discredited standpoint, Kant’s turn to the fact of reason marks a genuine advance.” Como ficará mais claro adiante, não coadunamos inteiramente com essa visão.

414Como Kant não foi muito claro, há bastante dúvida sobre a exata definição do fato da razão. Acerca desse ponto, há duas correntes interpretativas principais, cujas visões são as seguintes: a) o fato da razão é a própria lei moral (visão objetiva); b) o fato da razão é a consciência dessa lei (visão subjetiva). Cf. ALLISON, Henry, op. cit., 1990, p. 231-233; RAWLS, John, op. cit., 2005, p. 297-299. Tanto Allison quanto Rawls concordam em que a melhor interpretação é a segunda. Na medida em que lhe podem ser atribuídas as características cognitivas de *certeza, evidência, irrefutabilidade e incontestabilidade*, o fato da razão deve ser compreendido como a *consciência* da lei e não a própria lei. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011a, p. 52-53: “Pode-se denominar a consciência desta lei fundamental [lei moral] um *factum* da razão, porque não se pode sutilmente inferi-la de dados antecedentes da razão, por exemplo, da consciência da liberdade (pois esta consciência não nos é dada previamente) [...] para considerar esta lei como inequivocamente **dada**, precisa-se observar que ela não é nenhum fato empírico mas o único fato da razão pura [...] O *factum* antes mencionado é inegável. Basta desmembrar o juízo que os homens proferem sobre a conformidade de suas ações a leis.”

415Enquanto na *Crítica da Razão Pura*, Kant busca conter as pretensões cognitivas da razão especulativa pura, isto é, da razão cujo emprego cognitivo ultrapassa os limites da experiência sensível, mantendo-a dentro do campo empírico, na *Crítica da Razão Prática*, o filósofo intenta fazer o contrário, isto é, abater as pretensões da razão prática empiricamente condicionada para defender que a razão pode ser fundamento determinante da vontade, isto é, que a razão pura pode ser prática. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011a, p. 26: “[...] a *Crítica da razão prática em geral* tem a obrigação de deter a presunção da razão empiricamente condicionada de querer, ela só e exclusivamente, fornecer o fundamento determinante da vontade. O uso da razão pura, se se concluir que uma tal razão existe, é unicamente imanente; o uso empiricamente condicionado, que se arroga domínio absoluto, é, ao contrário, transcendente e manifesta-se em pretensões e mandamentos que excedem totalmente seu domínio, que consiste precisamente na relação inversa do que podia ter sido dito sobre a razão pura no uso especulativo.”

aqui denominado “Argumento do Fato da Razão” (AFR), portanto, pode ser formulado do seguinte modo:

a.1) Premissa maior (idêntica à do APT): a moralidade e o seu princípio são possíveis *se e somente se* a liberdade da vontade for pressuposta (primeira formulação – formulação fundamental)⁴¹⁶;

a.2) se a moralidade e o seu princípio são possíveis, então a liberdade da vontade deve ser pressuposta (segunda formulação: proposição condicional decorrente da primeira formulação bicondicional);

b.1) Premissa menor (fato da razão): A consciência da lei moral é evidente como um fato (primeira formulação);

b.2) a moralidade e o seu princípio são possíveis (segunda formulação);

c) Conclusão (por *modus ponens* de “a.2” e “b.2”): a liberdade da vontade tem de ser pressuposta.⁴¹⁷

A grande diferença entre o APT e o AFR consiste, pois, na inversão da conclusão e da premissa menor: enquanto o APT parte da pressuposição da liberdade da vontade do ser racional para defender a possibilidade da lei moral, o AFR parte da consciência evidente dessa lei para revelar a liberdade do ser racional.

Para que o AFR se apresente como argumento eficiente, contudo, é preciso justificar e explicar melhor a premissa “b.1”, isto é, devem-se apresentar as bases do fato da razão. Para tanto, seguir-se-á sugestão apontada por Henry Allison, segundo o qual a análise da noção de respeito é crucial para a correta compreensão do *factum* da razão.⁴¹⁸ Também se examinará o

416A tese da reciprocidade é reafirmada por Kant também na *Crítica da Razão Prática*: “Portanto liberdade e lei prática incondicionada referem-se reciprocamente.” Cf. *Ibidem*, p. 49.

417Kant sintetiza esse argumento na seguinte passagem: “[...] quando agora denomino a liberdade condição da lei moral e depois [...] afirmo que a lei moral seja a condição sob a qual primeiramente podemos **tornar-nos conscientes** da liberdade, quero apenas lembrar que a liberdade é sem dúvida *ratio essendi* [razão de ser – condição de possibilidade] da lei moral, mas que a lei moral é a *ratio cognoscendi* [razão de conhecer] da liberdade.” Cf. *Ibidem*, p. 6. É também esclarecedor o seguinte trecho: “[...] é a **lei moral**, da qual nos tornamos imediatamente conscientes (tão logo projetamos para nós máximas de vontade), que se oferece **primeiramente** a nós e que, na medida em que a razão a apresenta como um fundamento determinante sem nenhuma condição sensível preponderante, antes, totalmente independente delas, conduz diretamente ao conceito de liberdade [...] Portanto ele [um homem hipotético] julga que pode algo pelo fato de ter a consciência de que o deve, e reconhece em si a liberdade, que do contrário, sem a lei moral, ter-lhe-ia permanecido desconhecida.” Cf. *Ibidem*, p. 49-51.

418Cf. ALLISON, Henry, op. cit., 1990, p. 237: “Respeito [...] não é simplesmente o motivo moralmente apropriado; é também o sentimento desperto em nós pela nossa consciência da lei moral, o tributo que invariavelmente, ainda que involuntariamente, pagamos a ela em virtude de nosso reconhecimento de seu caráter autoritativo supremo como uma norma racional [...] essa análise do respeito pressupõe a doutrina do fato da razão, desde que assume a validade da lei moral e investiga os efeitos da consciência dessa lei em agentes racionais sensualmente afetados como nós. Deve estar claro agora, contudo, que essa análise também desempenha um papel crucial na apresentação do fato que é para ser construído como fato da razão. No original:

papel da consciência moral e de outros sentimentos na revelação do supremo princípio da moralidade aos olhos do espírito humano, de modo a tentar provar a legitimidade do AFR.

Como visto especialmente na exposição da terceira fórmula do Imperativo Categórico – fórmula da autonomia da vontade –, a lei moral exige não apenas que se observem externamente os seus ditames, mas também que se faça o dever pelo dever, isto é, que se aja por respeito à lei, e não por inclinações e desejos a ela estranhos. Assim sendo, pode-se afirmar que uma das principais formas pelas quais se pode ter consciência da lei moral é justamente perscrutar, em nosso espírito, o respeito por ela gerado, bem como a ela direcionado.

Para que seja possível o fato da razão, antes da análise de qualquer sentimento a ele vinculado, deve-se tratar da própria consciência do ser racional. Segundo Kant, a consciência moral é uma traço inato necessariamente presente em todo homem, enquanto ser moral, não sendo passível de aquisição, mas sim de cultivo e aprimoramento.⁴¹⁹ É essa consciência que permite ao ser humano reconhecer os seus deveres, apontando o que deve ser feito em cada caso, trazendo-lhe paz de espírito caso proceda corretamente e corroendo seu interior em caso de violação de suas obrigações.⁴²⁰

Para o filósofo alemão, a existência dessa espécie de juiz inato é um “fato incontornável”⁴²¹, de modo que, quando o homem se recusa a proceder com retidão, o faz não porque não tenha consciência do que deve ser feito, mas porque não a escuta nem lhe confere o poder de influenciar suas ações.⁴²²

Embora a consciência possa errar em seus juízos de correção moral, deve sempre ser

“Respect [...] is not simply the morally appropriate motive; it is also the feeling awakened in us by our consciousness of the moral law, the tribute we invariably, yet involuntarily, pay to it in virtue of our recognition of its supremely authoritative character as a rational norm [...] this analysis of respect presupposes the doctrine of the fact of reason, since it assumes the validity of the moral law and investigates the effects of the consciousness of this law on sensuously affected rational agents such as ourselves. It should now be clear, however, that this analysis also plays a crucial role in the presentation of the fact that is to be construed as the fact of reason.”

419Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 314: “[...] a consciência moral não é algo que possa adquirir-se e não existe nenhum dever de a adquirir, mas todo o homem, como ser moral, tem-na originariamente em si [...]”. Para o filósofo, cultivar e fortalecer a consciência moral é um dos deveres éticos do homem para consigo mesmo. Cf. Ibidem, p. 315: “O dever consiste aqui unicamente em cultivar a sua própria consciência moral, aguçar a atenção à voz do juiz interior e lançar mão de todos os meios [...] conducentes a poder ouvir a sua voz.” Ver também o tópico precedente do presente trabalho.

420Cf. Ibidem, p. 314: “[...] a consciência moral é a razão prática mostrando ao homem o seu dever em cada caso concreto de uma lei, absolvendo-o ou condenando-o.”

421Cf. Ibidem, p. 314.

422Cf. Ibidem, p. 314-315: “[...] quando se diz: este homem não tem consciência moral, com isso quer dizer-se que não tem em conta o seu veredicto [...] A inconsciência moral não equivale a falta de consciência moral, mas à propensão a não ter em conta o seu julgamento.”

cuidadosamente ouvida e perscrutada, pois, ainda que não se faça o que é *objetivamente devido* (o que é realmente devido), ao menos, busca-se praticar o que é *subjetivamente correto* (o que se pensa sinceramente ser devido).⁴²³

A lei moral, em sua altivez, provoca, na consciência humana, um sentimento muito peculiar: o *respeito*. Trata-se de um sentimento produzido pela razão e pela representação do dever moral, constituindo propriamente o único interesse e motivação genuinamente morais. O respeito, portanto, é fruto da própria autoridade daquilo que se reconhece moralmente vinculante e que se impõe à consciência como um imperativo categórico.⁴²⁴

Com efeito, o princípio da moralidade não é reconhecido nem observado por medo da punição nem pela promessa de deleite ou prazer, pois, muitas vezes, constrange as inclinações e freia suas reivindicações sobre a vontade do ser racional. Se assim não fosse, de moralidade (autonomia) não se trataria, mas de pura e simples heteronomia (dependência das inclinações).

A validade da lei moral é acolhida em si mesma, como regra prescrita pela própria razão e livremente aceita como guia da vontade. Somente o respeito desperto pela sublime força normativa do Imperativo Categórico constitui o interesse moral, que subjaz à conformidade genuína e sincera da vontade e de suas máximas às prescrições da lei moral.⁴²⁵

423Ainda que esteja objetivamente equivocada, a consciência deve ser seguida, pois é a melhor garantia de ação moralmente correta que se têm após cuidadosa reflexão sobre o que deve ser feito. Cf. *Ibidem*, p. 315: “[...] podemos muito bem por vezes enganar-nos no juízo objectivo sobre se algo é ou não dever; mas já não posso enganar-me no juízo subjectivo sobre se procedi à confrontação com minha razão prática (que é aqui julgadora) para emitir aquele juízo [...]”.

424Cf. *Idem*, op. cit., 1995, p. 39: “[...] embora o respeito seja um sentimento, não é um sentimento *recebido* por influência; é, pelo contrário, um sentimento que se *produz por si mesmo* através de um conceito da razão, e assim é distinto de todos os sentimentos [...] que se podem reportar à inclinação ou ao medo. Aquilo que eu reconheço imediatamente como lei para mim, reconheço-o com um sentimento de respeito que não significa senão a consciência da *subordinação* da minha vontade a uma lei [...] A determinação imediata da vontade pela lei e a consciência desta determinação é que se chama respeito [...] O objeto do respeito é, portanto, simplesmente a *lei*, quero dizer, aquela lei que nós nos impomos a *nós mesmos*, e no entanto como necessária em si [...] Todo o chamado *interesse moral* consiste simplesmente no *respeito* pela lei.” Ver também: *idem*, op. cit., 2011a, p. 127: “[...] o respeito pela lei moral é o único a ao mesmo tempo indubitável motivo moral.”

425Kant é enfático nesse ponto: “Assim há algo peculiar no ilimitado apreço pela lei moral pura, despida de todo o proveito, pelo modo como a razão prática no-la representa para sua observância, e cuja voz faz estremecer mesmo o mais temerário agressor, coagindo-o a ocultar-se ante sua contemplação [...] é um sentimento [o respeito] [...] que, em verdade, é inerente à representação de uma lei unicamente segundo sua forma e não em decorrência de algum objeto da mesma, por conseguinte não pode ser computado nem como deleite nem como dor e, contudo, produz um **interesse** pela sua observância que chamamos de interesse **moral**, como aliás também chamamos propriamente de **sentimento moral** a capacidade para tomar um tal interesse pela lei (ou o respeito pela própria lei moral).” Cf. *Ibidem*, op. cit., 2011a, p. 129-130. A diferença entre a mera legalidade (conformidade externa das ações às prescrições da lei moral) e a moralidade genuína (prática do dever pelo dever) reside, pois, na adoção do respeito pela lei como motivo para a ação: “A ação que, de acordo com essa lei [lei moral] e com exclusão de todos os fundamentos determinantes da inclinação, é objetivamente prática chama-se **dever**, o qual, em virtude dessa exclusão, contém em seu conceito uma **necessitação** prática, isto é, uma determinação a ações, por mais a **contragosto** que elas possam acontecer [...] o conceito de dever exige na ação,

A consciência da lei moral, manifestada por meio do sentimento de respeito, produz um duplo efeito sobre o espírito humano: a) ao *nos submetermos* a essa lei, ela limita nosso amor-próprio e anula nossa presunção⁴²⁶, pois restringe as pretensões de felicidade pessoal que extrapolam os limites impostos pela moralidade, revelando-as ilegítimas e demandando sua adequação aos ditames do Imperativo Categórico (moldura moral deôntica de todos os fins particulares)⁴²⁷; b) enquanto *nós prescrevemos* essa lei, ela revela nossa liberdade, isto é, nossa independência dos mecanismos causais da natureza (*liberdade negativa*) e nossa capacidade de autocontrole e de autocondução (*liberdade positiva – autonomia*) e, por conseguinte, põe ante os olhos o valor intrínseco e inestimável da humanidade, isto é, sua dignidade.

Paradoxalmente, portanto, a lei moral, enquanto princípio da autonomia da vontade, por meio do respeito a ela conferido, conduz simultaneamente aos seguintes estados: a) *humilhação* (efeito negativo), abatendo o orgulho humano, reclamando humildade e mostrando que todos são iguais e que precisam conformar-se aos ditames morais da mesma forma, não havendo ninguém superior aos outros ou “acima da lei (moral)”; b) *elevação* (efeito positivo), explicitando o poder da razão prática sobre os instintos e impulsos, bem como a liberdade de que é capaz o ser humano.⁴²⁸

Nas palavras do próprio Kant:

A razão prática pura apenas causa dano ao amor-próprio na medida em que o limita [...] apenas à condição da concordância com esta lei [lei moral], em cujo caso então ele denomina-se **amor de si racional**. Mas ela com certeza **abate** a presunção, na

objetivamente, concordância com a lei, mas na sua máxima, subjetivamente, respeito pela lei, como o único modo de determinação da vontade pela lei. E disso depende a diferença entre a consciência de ter agido **conformemente ao dever** e a de ter agido **por dever**, isto é, por respeito à lei, cuja primeira forma de consciência (a legalidade) é possível mesmo que apenas as inclinações tivessem sido os fundamentos determinantes da vontade, enquanto a segunda forma (a **moralidade**), o valor moral, tem que ser posta unicamente em que a ação ocorra por dever, isto é, simplesmente por causa da lei.” Cf. Ibidem, p. 130-131.

426Sobre os conceitos de amor-próprio e presunção, cf. Ibidem, p. 117-118: “Todas as inclinações em conjunto (que certamente podem ser também compreendidas em um razoável sistema e cuja satisfação chama-se então felicidade própria) constituem o **solipsismo** < Selbstsucht > (*solipsismus*). Este consiste ou no solipsismo do **amor de si**, como uma **benevolência** para consigo mesmo sobre todas as coisas (*philautia*), ou no solipsismo da **complacência** em si mesmo (*arrogantia*). Aquele se chama especificamente **amor-próprio** e este, **presunção**.”

427Ver a nota de rodapé n. 345.

428Sobre a dupla dimensão do respeito na filosofia kantiana, cf. BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000, p. 78-79: “A consequência negativa do respeito sobre as tendências do ser humano somente pode ser descrita como humilhação [...] Considerando esse lado humilhante, característico da consciência moral humana, de acordo com Kant, a autonomia moral demonstra ser exatamente o contrário da *soberania* autosuficiente em questões normativas [...] O aspecto humilhante do respeito está, ao mesmo tempo, entrelaçado em paradoxo com seu sentido positivo, que pode ser comparado ao sentimento de “sublimidade” [...] O sentimento de sublimidade [...] quebra a auto-suficiência do ser humano como ente natural em favor da consciência de seu destino transcendente, voltado para a moralidade.”

medida em que todas as exigências de auto-estima que precedem a concordância com a lei moral são nulas e totalmente ilegítimas [...] Ora, a consciência de uma livre submissão da vontade à lei, contudo vinculada a uma inevitável coerção que é exercida sobre todas as inclinações, porém apenas pela própria razão, é o respeito pela lei [...] esse sentimento [de respeito], enquanto **submissão** a uma lei [lei moral], isto é, enquanto mandamento (o qual, para o sujeito afetado sensivelmente, anuncia coerção), não contém nenhum prazer mas como tal contém, muito antes, um desprazer na ação. Contrariamente, porém, visto que essa coerção é exercida simplesmente pela legislação da razão de **cada um**, tal sentimento contém inclusive **elevação**, e o efeito subjetivo sobre o sentimento, na medida em que a razão prática pura é sua única causa, pode, portanto, chamar-se simplesmente **auto-aprovação** em relação à última, enquanto sem nenhum interesse reconhecemo-nos determinados unicamente pela lei. Desde então tomamos consciência de um interesse totalmente diverso, produzido subjetivamente através dela [lei moral], que é puramente prático e **livre** e não é obra eventual de uma inclinação que nos aconselha a assumi-lo em uma ação conforme ao dever, mas que a razão ordena absolutamente pela lei prática e também efetivamente realiza; mas por isso leva um nome totalmente peculiar, ou seja, o de respeito.⁴²⁹

Além do respeito e dos sentimentos a ele vinculados, pode-se ir além de Kant e citar, com Strawson, outros sentimentos e atitudes ligados aos deveres morais reconhecidos implicitamente e arraigados no senso comum e nas práticas cotidianas, manifestados por meio da adoção de atitudes reativas interpessoais, quando os indivíduos se engajam e se envolvem em relações e em interações com seus semelhantes.⁴³⁰

Em sua análise das atitudes reativas pessoais, Strawson destaca sentimentos e atitudes que são frutos das expectativas e pretensões desenvolvidas por nós em face da conduta alheia que nos é dirigida e que demonstram o quanto nos importamos com as atitudes e intenções dos demais em relação à nossa pessoa – sobretudo de determinadas pessoas (amigos, familiares, amantes, conhecidos próximos)⁴³¹. Dentre eles, ressaltam-se os seguintes: a) o *ressentimento*, que surge quando nos ofendem ou nos tratam com indiferença, desprezo e malevolência; b) a *gratidão*, que brota quando nos ajudam ou nos tratam com afeição, estima e benevolência; c) o *perdão*, que pedimos ou damos em caso de erro ou infração moral e sincero arrependimento, de modo que se mitiga ou mesmo elimina completamente o ressentimento oriundo da ofensa.⁴³²

Ao tematizar as atitudes reativas generalizadas ou impessoais – plexo de demandas, expectativas e pretensões que temos em face do comportamento alheio dirigido aos outros e não a nós –, Strawson chama atenção para à *censura*, à *desaprovação* e, no extremo, à

429Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011a, p. 118-119 e 130-131.

430Cf. STRAWSON, Peter Frederick, op. cit., 2008, p. 1-29.

431O tipo de atitude que é requerido e esperado depende da espécie de relacionamento e varia conforme a intensidade do vínculo, a intimidade entre os participantes e o papel que cada um deles desempenha na vida do outro. Cf. Ibidem, p. 6-7.

432Cf. Ibidem, p. 5-6.

indignação moral, que têm lugar quando nossas expectativas normativas são rompidas e as regras morais subjacentes às interações, desrespeitadas.⁴³³

Por fim, no tocante às atitudes autorreativas – expectativas e exigências de ação moral em face de outrem que o indivíduo faz a si mesmo –, Strawson aponta os seguintes fenômenos: a) o *sentimento de obrigação* (“sentir-se obrigado”); b) o *sentimento de responsabilidade* (“sentir-se responsável”); c) a *culpa*; d) o *remorso*; e) a *vergonha*; e, poder-se-ia completar, f) o *arrependimento*.⁴³⁴

Esse complexo emaranhado de sentimentos e atitudes morais, inevitavelmente enlaçado com as relações e interações humanas e possibilitado pela adoção da perspectiva do participante (pelo envolvimento pessoal em maior ou menor grau), brota *espontaneamente* na mente e no coração humanos e se impõem à consciência moral como um *fato*, permitindo entrever os deveres e as normas morais que a eles subjazem e, mediante reflexão, podem ser reconduzidos à sua fonte primeira e originária: a lei moral, cuja consciência nada mais do que o próprio *factum da razão*.⁴³⁵

Fica mais claro, portanto, o que se afirmou no segundo tópico do primeiro capítulo do presente trabalho, referente à relação entre a moralidade positiva e a ideal: esta é resultado da reflexão racional e formulação crítica e sistemática dos princípios de avaliação e julgamento que, ao menos em parte, já se encontram imbricados e arraigados nas intuições morais cotidianas, esperando esclarecimento e aperfeiçoamento.⁴³⁶

Destarte, à luz do exposto, pode-se formular o seguinte argumento complementar em

433Cf. *Ibidem*, p. 15-16.

434Cf. *Ibidem*, p. 16.

435Cf. HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, 1989, p. 63-64: “[...] a fenomenologia linguística da consciência ética, que P. F. Strawson levou a cabo em seu célebre ensaio sobre 'Freedom and Resentment' ('Liberdade e Ressentimento'), pode desenvolver uma força maiêutica e abrir os olhos do empirista que se apresenta como céptico moral para suas próprias intuições morais na vida quotidiana. Strawson parte de uma reação emotiva que, por causa de seu caráter insistente, é adequada para demonstrar até mesmo ao mais empedernido dos homens [...] o teor de realidade das experiências morais.”

436Cf. *Ibidem*, p. 67: “Mesmo que fossem verdadeiras, as éticas empiristas não poderiam alcançar um efeito esclarecedor porque não atingem as intuições da prática quotidiana [...] Enquanto a filosofia moral se colocar a tarefa de contribuir para o esclarecimento das intuições quotidianas adquiridas no curso da socialização, ela terá de partir, pelo menos virtualmente, da atitude dos participantes da prática comunicativa quotidiana.” Ver também: KANT, Immanuel, *op. cit.*, 1995, p. 91: “Não há ninguém, nem mesmo o pior fascínora, contanto que de resto esteja habituado a usar da razão, que não deseje, quando se lhe apresentam exemplos de lealdade nas intenções, de perserverança na obediência a boas máximas, de compaixão e universal benevolência (e ainda por cima ligados a grandes sacrifícios de interesses e comodidades), que não deseje, digo, ter também esses bons sentimentos. Mas não pode realizar esse desejo apenas por causa das suas inclinações e impulsos [...]”. Sobre a fundamentação dos princípios morais a partir da razão humana comum, cf. *Idem*, *op. cit.*, 2011a, p. 148: “Mas que a razão pura, sem mistura de nenhum fundamento determinante empírico, também seja por si só prática tinha que poder demonstrar-se a partir do **uso prático mais comum da razão** [...] esta justificação dos princípios morais como proposições fundamentais de uma razão pura também podia ser perfeitamente conduzida com suficiente certeza pelo simples apelo ao juízo do entendimento humano comum [...]”.

defesa da premissa “b.2” (fato da razão):

a.1.1) Premissa maior: a consciência da lei moral é evidente (fato da razão) se e somente se seus efeitos no espírito humano forem inevitáveis e perceptíveis (primeira formulação);

a.1.2) Se seus efeitos no espírito humano forem inevitáveis e perceptíveis, então a consciência da lei moral é evidente (fato da razão) (segunda formulação: proposição condicional decorrente da primeira formulação bicondicional);

b.1) Primeira parte da premissa menor: os sentimentos e atitudes morais de respeito (e a ele conexos como elevação e humilhação), ressentimento, gratidão, perdão, censura, desaprovação, indignação, obrigação, responsabilidade, culpa, remorso, vergonha e arrependimento são efeitos inevitáveis e perceptíveis do reconhecimento de normas e deveres morais;

b.2) Segunda parte da premissa menor: se são reconhecidos deveres e normas morais, então se reconhece a moralidade e o seu princípio (lei moral);

b3) Premissa menor completa: os sentimentos e atitudes morais de respeito (e a ele conexos como elevação e humilhação), ressentimento, gratidão, perdão, censura, desaprovação, indignação, obrigação, responsabilidade, culpa, remorso, vergonha e arrependimento são efeitos inevitáveis e perceptíveis do reconhecimento da moralidade e do seu princípio (lei moral);

c) Conclusão (por *modus ponens* de “b.3” e “a.1.2”): a consciência da lei moral é evidente (fato da razão).

O argumento do fato da razão está submetido às mesmas reservas do argumento prático-transcendental, as quais se ligam aos próprios limites da investigação prático-moral: a) a pressuposição e a admissão da liberdade se dão apenas no âmbito prático (ações, interações, relações e fins humanos)⁴³⁷; b) não se pode determinar como é possível a liberdade ou como é possível tomar um interesse na realização da lei moral sem nenhum outra inclinação, isto é, como é possível o interesse moral (respeito à lei).⁴³⁸

437Cf. Idem, op. cit., 2011a, p. 9-10: “A razão prática obtém agora por si mesma, e sem ter acertado um compromisso com a razão especulativa, realidade [...] da liberdade (embora, como conceito prático, também só para o uso prático), portanto confirma mediante um *factum* [fato da razão] o que lá [razão teórica] podia ser meramente **pensado**.”

438Cf. Ibidem, p. 116-117: “[...] o modo como uma lei pode ser por si e imediatamente fundamento determinante da vontade (o que com efeito é o essencial de toda a moralidade) é um problema insolúvel para a razão humana e idêntico à <questão>: como é possível uma vontade livre. Portanto não temos que indicar a *priori* o fundamento a partir do qual a lei moral produz em si um motivo mas, na medida em que ela o é, o que ela efetiva (ou, para dizer melhor, tem de efetivar no ânimo).”

Conquanto Kant tenha desistido de deduzir a lei moral da pressuposição da liberdade, concentrando toda a sua estratégia argumentativa em torno do fato da razão⁴³⁹, aqui se defende que ambos os argumentos – APT e AFR – são complementares e que se fortalecem mutuamente, servindo para defender a liberdade da vontade humana e a possibilidade do Imperativo Categórico, enquanto supremo princípio moral.

Estando, portanto, esclarecidos o conteúdo e a possibilidade do Imperativo Categórico, enquanto lei moral suprema, pode-se examinar agora como e em que medida pode este servir de parâmetro racional para a fundamentação e a concretização semântica do princípio da dignidade humana.

4.3 O Imperativo Categórico como alicerce moral de justificação e densificação normativa do princípio da dignidade humana

Tendo sido expostos os principais aspectos do Imperativo Categórico, pretende-se empregá-lo, no presente tópico, para fornecer respostas às três perguntas acerca da dignidade humana que foram formuladas no início deste capítulo.⁴⁴⁰

Quanto à primeira indagação – por quê o ser humano tem dignidade? –, referente à justificação racional do valor humano, é importante discorrer sobre dois aspectos principais da ideia filosófico-jurídica de dignidade: a) o seu fundamento moral; b) sua ambivalência conceitual.

À luz da filosofia moral kantiana, pode-se afirmar que somente uma boa vontade (vontade conforme à lei moral que ela mesma prescreveu a si, isto é, vontade autônoma) é um bem absolutamente valioso (em todas as circunstâncias). Ora, o homem tem dignidade em razão de sua humanidade (natureza racional) e esta, por sua vez, detém semelhante valor devido à sua aptidão para a moralidade, isto é, para a autonomia.⁴⁴¹

Destarte, por ser racional e ser capaz de agir com base em princípios morais, prescritos pela própria razão, de estabelecer fins que estejam de acordo com tais princípios e de coordenar suas ações a fim de alcançá-los, elevando-se acima das inclinações e impulsos naturais, isto é, devido à sua capacidade de ter uma boa vontade ou ter autonomia (liberdade

439Cf. *Ibidem*, p. 74-76. Ver também: WEYNE, Bruno Cunha, *op. cit.*, 2013, p. 285-286.

440As três perguntas são estas: por que o ser humano tem dignidade? Quais ações e abstenções são exigidas pelo princípio da dignidade e, conseqüentemente, quando a dignidade de uma pessoa é violada? Pode a dignidade ser compreendida como pedra de toque de outros importantes direitos fundamentais garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988?

441Cf. KANT, Immanuel, *op. cit.*, 1995, p. 72-73. Ver o primeiro tópico deste capítulo.

em sentido positivo), o homem, enquanto ser racional autoleislador, tem dignidade.⁴⁴²

Quanto à ambivalência conceitual, deve-se destacar que a dignidade pode ser compreendida em dois sentidos: a) como *qualidade* do homem, ou melhor, da humanidade; b) como *norma*, que exige determinadas condutas positivas e negativas. Em certo sentido, essa ambiguidade se assemelha àquela encontrada na filosofia kantiana em torno do conceito de autonomia, já que este também apresenta duplo sentido: a) *propriedade* da vontade dos seres racionais (liberdade em sentido positivo); b) *preceito* moral – terceira fórmula do Imperativo Categórico – que demanda seja a vontade legisladora universal por meio de suas máximas de ação (que observe a lei moral – forma e matéria – por respeito a essa lei).

A dignidade, enquanto norma, funda-se na qualidade de ser digno que o homem apresenta, assim como a autonomia, enquanto dimensão do Imperativo Categórico, tem como condição de possibilidade a autonomia compreendida como liberdade da vontade em sentido positivo. Nada obstante, a própria liberdade (moral) não consiste em outra coisa senão a capacidade de observar o Imperativo Categórico (lei moral) e a consciência deste, enquanto fato da razão, leva o homem a ter consciência daquela, conforme exposto no AFR (Argumento do Fato da Razão).⁴⁴³

Compreendida enquanto qualidade, a dignidade consiste, na exposição kantiana, em um valor *absoluto, incondicional e inestimável*, ou seja, valor que se mantém em todas as situações, que não se submete a nenhuma condição ou reserva e que não admite troca, contrapondo-se ao mero *preço*, isto é, aquilo que tem valor venal.⁴⁴⁴

Destarte, o princípio jurídico da dignidade humana tem como fundamento esse valor absoluto do homem, que, a seu turno, assenta base em sua autonomia (liberdade), que está indissociavelmente ligada à autonomia, enquanto fórmula do Imperativo Categórico.

No tocante ao segundo questionamento – quais ações e abstenções são exigidas pelo princípio da dignidade e, conseqüentemente, quando a dignidade de uma pessoa é violada? –, tem-se o problema de determinar a estrutura deôntica da *norma* da dignidade humana, isto é, os direitos e deveres por ela conferidos e a rigidez de seu operador deôntico (deveres com caráter *prima facie* ou definitivo).⁴⁴⁵

442Cf. WEYNE, Bruno Cunha, op. cit., 2013, p. 312: “[...] pode-se compreender que a *autonomia* é o fundamento da dignidade humana e, de modo geral, da dignidade de todo o ser racional capaz de moralidade [...] A dignidade humana funda-se justamente na capacidade que todo ser humano tem, como ser racional, de ser legislador universal e de estar, ao mesmo tempo, submetido a essa legislação, ou seja, funda-se na autonomia da vontade.”

443Ver o tópico precedente.

444Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 72. Ver o primeiro tópico deste capítulo.

445Sobre a diferença entre dever *prima facie*, conferido por princípios, e dever definitivo, outorgado por regras,

Em primeiro lugar, deve-se destacar que os ditames do Imperativo Categórico, embora sejam bastante apropriados à elaboração da base normativa da dignidade, não podem pura e simplesmente ser transpostos e copiados para o mundo jurídico sem nenhuma mediação. Enquanto o princípio da dignidade é norma *jurídica*, isto é, pertence ao sistema do *direito*, o Imperativo Categórico é o supremo princípio *moral*, ou seja, concerne à *moralidade* ideal da razão, de modo que devem ser respeitadas as peculiaridades e diferenças de cada um desses âmbitos normativos.

Como visto no segundo tópico do primeiro capítulo deste trabalho, a partir de Kant, podem-se apontar três diferenças cruciais entre o direito e a moral ideal: a) esta reivindica não apenas que a ação seja conforme o dever, mas também que ela seja praticada com um motivo específico – respeito ao dever (moralidade) –, assenta na própria vontade do agente (autonomia) e, por isso mesmo, não é suscetível de coação; b) aquele versa sobre as ações, não alcançando motivos nem finalidades, exigindo apenas a conformidade externa da conduta à norma (legalidade), funda-se em fonte de autoridade externa (heteronomia) e é passível de coerção.⁴⁴⁶

Desse contraste, fica clara a existência de duas formas bem distintas de liberdade: a) a liberdade interior (moral ou ética), que, em sua dimensão positiva não consiste em outra coisa senão na própria autonomia da vontade, a qual reclama a adesão íntima e sincera do espírito do agente à lei moral, devendo este acolher certos fins específicos – perfeição própria e felicidade alheia – e um motivo determinado – respeito à lei; b) a liberdade exterior (jurídica), que reflete apenas a ausência de obstáculos e entraves externos que dificultem ou impeçam o sujeito de perseguir as finalidades por ele almejadas.⁴⁴⁷

bem como a distinção entre os operadores deontológicos flexível e rígido, ver o primeiro tópico do segundo capítulo do presente trabalho.

446Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 27-28, 41-46.

447Acerca dessas duas formas de liberdade, esclarece Norberto Bobbio: “Certamente uma das maneiras pela qual Kant fala da distinção entre moral e direito é a que se refere à distinção entre liberdade *interna* e *externa*. O âmbito da moralidade diz respeito à liberdade interna, a do direito se amplia para a liberdade externa. Pode-se ainda falar, com Kant, de uma *liberdade moral*, distinta da *liberdade jurídica*. Por 'liberdade moral' deve ser entendida, segundo Kant, a faculdade de adequação às leis que a nossa razão dá a nós mesmos; por 'liberdade jurídica', a faculdade de agir no mundo externo, não sendo impedidos pela liberdade igual dos demais seres humanos [...] liberdade moral é a liberdade dos impedimentos que provêm de nós mesmos (as inclinações, as paixões, os interesses), é liberação interior, esforço de adequação à lei [moral] eliminando os obstáculos que derivam de nossa faculdade de desejar; liberdade jurídica, porém, é a liberação exterior, ou seja, eficaz no domínio do mundo externo em concorrência com os outros, esforço por alcançar uma esfera de liberdade na qual seja possível para mim agir segundo o meu talento sem ser perturbado pela ação dos outros.” Cf. BOBBIO, Norberto, op. cit., 2000, p. 95-96. Também interessante é a análise do conceito de liberdade levada a cabo por Robert Alexy. Segundo o jusfilósofo alemão, a liberdade consiste em uma relação triádica entre um titular, um obstáculo e um objeto, que pode ser uma ação específica (liberdade positiva) ou um leque de ações (liberdade negativa). Na medida em que a liberdade jurídica se refere à ausência de empecilhos externos para a realização

Tendo em conta essas duas espécies de liberdade e os diferentes alcances da moral racional e do direito posto, concorda-se com Bobbio em relação ao fato de que a distinção crucial entre deveres morais (ideiais) e jurídicos não repousa em seu objeto – a quem se direciona a ação ou abstenção exigida (se aos outros ou a si mesmo) – mas no tipo de responsabilidade que o descumprimento de ambos enseja: os primeiros se ligam à responsabilidade pela ação ante nossa própria razão ou consciência, ao passo que os segundos ensejam responsabilidade ante os demais, que podem exigir seu cumprimento, em caso de violação, recorrendo ao aparato estatal nos termos das normas primárias e secundárias do direito vigente.⁴⁴⁸

Conquanto sejam conceitualmente possíveis deveres jurídicos que envolvem ações ou abstenções – exigíveis por outrem – tanto em relação à própria pessoa (deveres em face de si mesmo) como em relação aos outros (deveres em face dos outros),⁴⁴⁹ pode-se afirmar que o sistema normativo do direito *deve* ocupar-se precipuamente com os deveres dirigidos aos

de uma ação dentre várias possíveis, ela se afigura como liberdade negativa. A liberdade moral, por sua vez, tendo em vista que alude à superação de obstáculos internos para a execução *da* ação correta, revela-se, nesse sentido, como liberdade positiva. Cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 220-222: “A base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade [...], um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade. Se se parte desse pressuposto, então há uma diferença decisiva se o objeto da liberdade é uma *alternativa de ação* ou *somente uma ação*. Aquele para o qual a liberdade consiste em fazer o necessário ou o razoável pressupõe apenas uma ação [...] Exemplos de um tal conceito *positivo* de liberdade são os conceitos filosóficos de liberdade [...] de Kant [liberdade moral em sentido positivo] [...] Também os conceitos de liberdade que se referem somente a uma ação conhecem o conceito de obstáculo à liberdade. Neles, os obstáculo [sic] à liberdade são, por exemplo, ideias pouco claras, emoções, impulsos sensoriais ou consciência equivocada [...] só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade é uma alternativa de ação. Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma 'liberdade negativa' [...] O conceito negativo de liberdade nada diz acerca daquilo que uma pessoa que é livre em sentido negativo deve fazer ou, sob certas condições, irá fazer; ele diz apenas algo sobre suas *possibilidades* de fazer algo.”

448Cf. BOBBIO, Norberto, op. cit., 2000, p. 96-97 e 99: “[...] no conceito de moralidade entendida como liberdade interna é evidente a referência a *uma relação de mim comigo mesmo*; no conceito de direito entendido como liberdade externa é igualmente evidente a *uma relação minha com os outros* [...] quando eu falto que a liberdade moral se esgota na relação entre mim e mim, não quero dizer que ela se refira unicamente a uma ação com relação a mim mesmo [...], ou seja, não dou indicação alguma sobre a direção da ação, mas quero dizer [...] que sou responsável por aquela ação somente diante de mim mesmo (ou seja, na minha consciência); igualmente, quando falo que a liberdade jurídica se amplia na minha própria relação com os outros, não quero dizer que ela se refira a uma ação com relação aos outros, ou seja, mais uma vez não dou indicação alguma sobre a direção da ação, mas quero dizer *que sou responsável por aquela ação frente aos outros* [...] Do conceito de liberdade externa deriva a característica do dever jurídico de ser um dever pelo qual somos responsáveis frente aos outros; dessa característica do direito como liberdade externa de gerar uma responsabilidade frente aos outros deriva que os outros podem exigir de mim o cumprimento da minha obrigação (o que se chama direito subjetivo); finalmente, do direito dos outros de exigir o cumprimento da minha obrigação deriva a característica própria da experiência jurídica de oferecer espaço para relações intersubjetivas de direito-dever, ou seja, para relações jurídicas.” Essas considerações complementam as noções de responsabilidade constantes da nota de rodapé n. 374, devendo-se observar, contudo, que, nessa nota, foi definida a responsabilidade jurídica e moral em sentido social, diferentemente do presente caso, no qual se tematiza a relação entre responsabilidade jurídica e moral em sentido ideal.

449Quanto aos deveres morais, não há dúvida dessa possibilidade. Sobre os deveres éticos do homem para consigo e para com os outros, ver o primeiro tópico deste capítulo.

demais seres racionais, como se depreende do seu conceito (conjunto das condições sob as quais os arbítrios individuais podem conviver harmonicamente segundo uma lei universal) e de seu princípio racional (a licitude de uma ação é definida com base em sua capacidade de permitir a coexistência harmônica das esferas de liberdade externa).⁴⁵⁰

À luz dessas considerações, propor-se-á uma forma de *mediação* entre a estrutura normativa do Imperativo Categórico, enquanto suprema lei moral (pertencente ao sistema normativo da moralidade ideal), e a do preceito da dignidade humana, enquanto princípio jurídico fundamental (vinculado ao sistema jurídico).

Conforme exposto, o Imperativo Categórico é preceito *tridimensional*, pois apresenta três fórmulas que se concatenam em unidade: a) fórmula da lei universal (forma da lei – procedimento de universalização de máximas); b) fórmula da humanidade (matéria da lei – fins de respeito, proteção e promoção da humanidade, que, por sua vez, fundamentam as finalidades de perfeição própria e felicidade alheia); c) fórmula da autonomia da vontade (determinação completa da lei – modo como se articulam forma e matéria à luz do motivo de respeito à própria lei).⁴⁵¹

A partir dessa estrutura complexa do Imperativo Categórico, propõe-se que, respeitados os limites e as diferenças conceituais entre a moral racional e o direito positivo, sejam empregadas as diferentes facetas normativas da lei moral como base de densificação (determinação semântica) do princípio da dignidade humana, consoante se expõe a seguir.⁴⁵²

Com base na fórmula da lei universal, depreende-se que, do ponto de vista *formal* (âmbito de aplicação pessoal), o princípio da dignidade humana incide sobre todos os seres racionais, isto é, tem validade universal, não podendo ser aceitas discriminações com base em sexo, cor, etnia, idade, condição social ou econômica, nacionalidade ou qualquer outra distinção arbitrária, de modo que se tem a *regra da universalidade*, pela qual se impõe o dever

450 Sobre o conceito e o princípio do direito, ver o segundo tópico do primeiro capítulo deste trabalho. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 42: “O conceito de Direito [...] diz respeito, em primeiro lugar, apenas à relação externa e, precisamente, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações possam, como *facta*, ter influência (directa ou indirecta) umas sobre as outras [...]” Assim, defende-se que os deveres jurídicos em face de si mesmo, embora possíveis (não sejam autocontraditórios), só podem ser estabelecidos se for superado ônus argumentativo especialmente forte (a imposição do dever deve trazer importantes benefícios e acarretar invasão mínima à esfera de liberdade do sujeito, como é o caso do dever de colocar o cinto de segurança). Aqui, apresentou-se uma razão *conceitual* em defesa dessa tese. Adiante, expor-se-á uma razão *normativa* para tanto: a autonomia existencial do ser racional.

451 Ver o primeiro tópico do presente capítulo.

452 Não se pretende que a forma pela qual o Imperativo Categórico será empregado para concretizar o conteúdo normativo da dignidade seja considerada como o *único* ou mesmo o *melhor* modo de fazê-lo. Trata-se apenas de uma *proposta* que, embora vá além de Kant em diversos aspectos, almeja manter o espírito de sua filosofia moral e jurídica: a autonomia e a liberdade do ser racional.

definitivo de tratar todos os homens como detentores de igual dignidade (valor).

Levando em conta a fórmula da humanidade e os deveres éticos nela diretamente baseados (deveres do homem em face de si mesmo e deveres do homem em face dos outros), cabem as seguintes considerações.

Em relação aos deveres em face dos outros, Kant os divide em duas categorias: a) deveres de amor, que são *latos* (admitem boa margem de discricionariedade em sua execução) – classificados em deveres de beneficência, gratidão e simpatia (cultivar a compaixão) –; b) deveres de respeito, que são *estritos* (exigem ações determinadas e não admitem exceção) – consistentes em não adotar atitudes de desprezo, soberba, maledicência e escárnio.⁴⁵³

Tendo em vista que o direito trata da liberdade externa e que não pode impor a adoção de fins, sentimentos e motivos ao espírito do indivíduo, os deveres de gratidão, simpatia e vedação da soberba podem ser *prima facie* rechaçados como deveres jurídicos.

Considerando a dupla estrutura normativa do preceito da dignidade humana – princípio e regra – e a própria divisão traçada por Kant entre deveres éticos *latos* e *estritos*, a norma moral responsável pelo dever de beneficência pode dar lugar a um *princípio da solidariedade*, que impõe o dever *prima facie* de ajudar o próximo (dentro das possibilidades fáticas e jurídicas). Os deveres de respeito, a seu turno, sendo obrigações *estritas*, podem ser reunidos em uma *regra de inviolabilidade*, que outorga o dever definitivo de não atentar contra a integridade moral, psíquica, social e física do sujeito.⁴⁵⁴

O princípio da solidariedade (norma de promoção da humanidade) não se confunde com caridade, pois esta, por definição, não pode ser imposta juridicamente pelo Estado. Trata-se de preceito que demanda a ajuda dos que possuem capacidade econômica para que os fins particulares dos mais necessitados possam ser alcançados⁴⁵⁵, afigurando-se, enquanto tal,

453Ver o primeiro tópico do presente capítulo.

454Ainda que Kant não tematize explicitamente o dever de respeito à integridade física do sujeito ao tratar dos deveres de respeito, tal dever pode ser facilmente fundamentado à luz da fórmula da humanidade – que impõe o dever de tratar a humanidade (natureza racional) como fim em si e não simplesmente como puro meio. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 412-421.

455Conquanto Kant não tivesse em mira um dever jurídico de ajuda, mas uma obrigação moral, vale ressaltar suas palavras sobre o dever de beneficência: “Ser benfeitor, quer dizer, ajudar, de acordo com as próprias disponibilidades, outros homens em situação de carência a ser felizes, sem nada esperar em troca, é dever de qualquer homem [...] Em relação a quem é rico (em relação a quem dispõe de bens supérfluos, quer dizer, que excedam a sua própria necessidade, que podem ajudar à felicidade de outros), o acto de beneficência quase que não deve, de todo em todo, ser considerado pelo benfeitor como um dever meritório seu [...] Até onde podemos despender os próprios bens em acções de beneficência? Decerto que não até ao ponto de acabarmos por necessitar nós próprios da beneficência alheia [...] Eu não posso fazer o bem a ninguém atendo-me aos meus conceitos de felicidade (excepto a menores ou incapazes), mas somente de acordo com os conceitos daquele a quem pretendo prestar um benefício [...] A capacidade de praticar a beneficência, que depende dos meios de fortuna, é na sua maior parte uma consequência de certos homens terem sido favorecidos pela injustiça do governo, que introduz uma desigualdade de situação patrimonial que torna necessária a beneficência dos outros.

como uma obrigação de contribuir financeiramente com os fins dos demais.⁴⁵⁶

Partindo da premissa de que a forma mais organizada e eficiente para canalizar os esforços coletivos de tão grande dimensão para empregá-los em prol dos mais necessitados seria por meio do Estado, então tem-se o dever jurídico de pagar tributos como primeiro resultado desse princípio.⁴⁵⁷

Nada obstante, a face mais interessante do princípio da solidariedade não é a que estabelece a contribuição econômica compulsória para a manutenção do Estado e das finalidades coletivas, mas sim a que impõe ao próprio Estado o dever de proporcionar devidamente os serviços de saúde, educação, assistência aos desamparados e tudo o mais que componha o mínimo existencial⁴⁵⁸, isto é, o conjunto das condições materiais necessárias para uma vida digna.⁴⁵⁹ Trata-se, portanto, de norma bipolar que, em face do particular, apresenta-se como princípio da solidariedade e, ante o Estado, afigura-se como *princípio do mínimo existencial* (como doravante será denominado).⁴⁶⁰

Em tais circunstâncias, merecerá verdadeiramente o auxílio que o rico possa prestar aos necessitados o nome de beneficência, de que de tão bom grado aquele se vangloria, como se de mérito se tratasse?” Cf. *Ibidem*, p. 396-400.

456Ao discorrer genericamente sobre o dever de amor, Kant chega mesmo ao extremo de afirmar o seguinte: “Daí que o dever de amar o próximo possa expressar-se também do seguinte modo: é o dever de tornar meus os fins de outros (na medida em que tais fins não são imorais)”. Cf. *Ibidem*, p. 392.

457Admite-se que o indivíduo tem o dever jurídico *prima facie* de contribuir para o bem-estar do outro e para a manutenção das instituições sociais, contudo, com o devido procedimento legislativo e a edição da norma pertinente, esse dever *prima facie* converte-se no dever definitivo de pagar os tributos legalmente previstos.

458O dever do Estado de fazer investimentos nas áreas acima mencionadas pode ser satisfeito em diversos graus e encontra-se limitado pelas condições financeiras e orçamentárias do tesouro público (cláusula de reserva do possível), também se afigurando, portanto, como um dever *prima facie*. Sobre a reserva do possível e a questão das prioridades orçamentárias, cf. BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., 2011, p. 274-290.

459Sobre o mínimo existencial como aspecto de central importância para o princípio da dignidade humana, cf. *Ibidem*, p. 292 e 298: “[...] o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana [...] Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo.” Segundo a autora, o mínimo existencial – enquanto pressuposto fático basilar de uma vida digna – inclui a saúde, educação, assistência social e acesso ao Poder Judiciário (reivindicação dos direitos pela via institucional): “[...] o *mínimo existencial* que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação básica [...], a saúde básica [...], a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça [...] educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente [...] A assistência aos desamparados, por sua vez, identifica um conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo [...] O acesso à justiça, por fim, é o elemento instrumental e indispensável da eficácia [...] reconhecida aos elementos materiais do mínimo existencial.”

460Para Kant, o Estado não deve impor determinada concepção de felicidade aos cidadãos, pois cada um deve ter condições de perseguir livremente seus próprios fins, desde que lícitos. É importante esclarecer, portanto, que esse princípio jurídico do mínimo existencial, assim como o dever moral de beneficência, não pode impor determinada concepção de felicidade, mas fornecer os meios materiais necessários para que o indivíduo possa persegui-la por conta própria e segundo suas máximas e convicções pessoais. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2008a, p. 79: “A liberdade como homem, cujo princípio para a constituição de uma comunidade eu exprimo na

A regra de inviolabilidade ou intangibilidade (norma de respeito e proteção da humanidade) tutela todas as dimensões do ser humano contra agressões e interferências indevidas de particulares e do Estado: a) a vida; b) a incolumidade física; c) o bem-estar psíquico; d) a honra objetiva (reputação); e) a honra subjetiva (autoestima), de modo que o homem não possa ser tratado como mero objeto ou coisa de que se possa livremente dispor ou que se possa sacrificar em prol de interesses particulares ou coletivos.⁴⁶¹

Quanto aos deveres jurídicos do homem em face de si mesmo, considerando o que fora exposto sobre o sistema jurídico e suas diferenças em relação à moralidade ideal, defende-se que os deveres imperfeitos, isto é, os deveres de cultivar a própria perfeição moral e natural⁴⁶² não podem ser impostos juridicamente pelo poder estatal, porquanto, se assim não fosse, os indivíduos estariam reféns da concepção de perfeição cultivada pelo próprio Estado e, à semelhança do que ocorreria com uma concepção estatal imposta de felicidade, o resultado seria o *paternalismo* e o *despotismo*, que oprimem e subjulgam a liberdade e a autonomia. Nas palavras de Kant:

Um governo que se erigisse sobre o princípio da benevolência para com o povo à maneira de um *pai* relativamente aos seus filhos, isto é, um governo *paternal* (*imperium paternale*), onde, por conseguinte, os súbditos como crianças menores que ainda não podem distinguir o que lhes é verdadeiramente útil ou prejudicial, são obrigados a comportar-se apenas de modo passivo, a fim de esperarem somente do juízo do chefe do Estado a maneira como *devem* ser felizes, e apenas da sua bondade que ele também o queira – um tal governo é o maior *despotismo* que se pode pensar (constituição, que suprime toda a liberdade dos súbditos, os quais, por conseguinte, não têm direito algum).⁴⁶³

Seguindo esse mesmo raciocínio, também não seria possível conceber como jurídicos os deveres perfeitos de cultivar a consciência moral enquanto juiz das ações pessoais, de autoconhecer-se e de zelar pela própria integridade moral. Resta, pois, o dever de zelar pela própria integridade física⁴⁶⁴, que integra o conteúdo do princípio da dignidade humana na medida em que esteja em jogo a própria definição de dignidade enquanto valor inestimável, isto é, não passível de troca, seja por dinheiro, seja por prazer.

fórmula: ninguém me pode constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um fim semelhante, e que pode / coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal.”

461 Nas belas palavras do filósofo de Königsberg: “[...] o dever de respeitar o próximo está contido na máxima de não degradar nenhum outro homem convertendo-o em mero meio para os meus fins (não exigir que o outro renuncie a si mesmo para se escravizar aos meus fins).” Cf. *Idem*, op. cit., 2011b, p. 392.

462 Sobre esses deveres, ver o primeiro tópico deste capítulo.

463 *Idem*, op. cit., 2008a, p. 79-80.

464 Sobre tais deveres, ver o primeiro tópico deste capítulo.

Nesse sentido, pode-se falar em uma *regra de inegociabilidade*, que veda, por exemplo, a alienação completa da própria liberdade em troca de alguma forma de recompensa (contrato de escravidão), a amputação de membros apenas para satisfazer os caprichos de alguém (troca por prazer) e a compra e venda de órgãos e tecidos (troca pecuniária), mas permite sua doação para fins terapêuticos ou científicos, bem como a venda de cabelo ou corte de unhas (haja vista não afetarem a integridade física de modo substancial).

No que concerne à fórmula da autonomia da vontade, é preciso inicialmente fazer o seguinte esclarecimento: a autonomia coincide com a liberdade em sentido positivo, mas a liberdade pode ser interna (moral) ou externa (jurídica), de modo que se pode falar em autonomia moral e em autonomia jurídica.

Enquanto a liberdade moral negativa consiste na independência da vontade dos impulsos sensíveis e a liberdade moral positiva (autonomia moral) diz respeito à possibilidade de a vontade observar princípios morais incondicionais, a liberdade jurídica negativa se refere à ausência de constrangimentos externos (coação física ou moral, pressões perturbadoras e empecilhos opostos à vontade de forma indevida, ou seja, o arbítrio alheio) e a liberdade jurídica positiva (autonomia jurídica) compreende a faculdade de autorregular os próprios interesses e conduzir a própria vida (autonomia privada) e influir nos destinos da comunidade política de que se faz parte (autonomia pública).⁴⁶⁵

Comum a ambas as modalidades de liberdade positiva – moral e jurídica –, no entanto, é a ideia fundamental subjacente de que autonomia é a propriedade da vontade de ser lei para si mesma ou de obedecer somente à lei que ela mesma prescreveu a si, o que implica a capacidade de autocondução ou de ser “arquiteto do próprio destino” e “autor da própria fortuna” (*suae quisque fortunae faber est*).⁴⁶⁶

O Imperativo Categórico obviamente está vinculado à autonomia moral, isto é, a capacidade de o agente racional conformar sua vontade à lei moral apenas por respeito a essa

465Cf. Idem, op. cit., 2011b, p. 56: “A liberdade (independência em relação a um arbítrio compulsivo de outrem) na medida em que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo homem em virtude de sua humanidade, – A igualdade inata, quer dizer, a independência, que consiste em não se ser obrigado por outros a mais do que, reciprocamente, os podemos obrigar; por conseguinte, a qualidade do homem de ser seu próprio senhor (*sui iuris*), ao mesmo tempo a de ser um homem íntegro (*iustus*) [...]; por último, também a faculdade de fazer aos outros aquilo que os não prejudica no que é seu, se eles não o quiserem tomar como tal [...] todas estas faculdades encontram-se já insitas no princípio da liberdade inata e não se distinguem verdadeiramente dela [...].”

466“Cada qual é obreiro de sua (própria) sorte (de seu próprio destino).” Cf. XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Latim no direito**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 322. Para uma discussão mais aprofundada de autonomia moral, ver os tópicos precedentes deste capítulo.

lei, convertendo-a em *vontade legisladora universal* por meio de seus princípios (máximas).⁴⁶⁷ De modo simétrico, o princípio da dignidade humana, embora tenha por fundamento a autonomia moral, ocupa-se da autonomia jurídica: privada e pública.

A autonomia privada, por sua vez, apresenta dois aspectos fundamentais: a) a autonomia negocial, que consiste na capacidade de reger os próprios interesses – sobretudo os de caráter patrimonial – por meio da celebração de negócios jurídicos⁴⁶⁸; b) a autonomia existencial ou pessoal, que diz respeito a crenças, atitudes, decisões e escolhas de especial relevância para a configuração da vida do indivíduo, tais como a possibilidade de adotar, revisar e modificar sua visão abrangente do mundo (moral, religiosa, filosófica, política)⁴⁶⁹ e sua concepção de bem – valores, princípios (máximas) e preferências fundamentais, com base nos quais se fazem julgamentos de avaliação e gosto –, assim como a de definir livremente suas relações afetivas e sua atividade profissional, ou seja, trata-se da possibilidade de definir e conduzir seu *projeto de vida*, desde que não se prejudiquem indevidamente os interesses e as liberdades de terceiros.⁴⁷⁰

Devido ao fato de dispor sobre direitos de cunho econômico, que podem ser relativizados em face de razões mais fortes, a autonomia privada negocial apresenta-se como um princípio que estabelece o dever *prima facie* de respeitar as disposições negociadas livremente (sem vício de vontade) pelos indivíduos em seus ajustes privados.⁴⁷¹

467Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 1995, p. 68-72.

468Sobre o conceito de autonomia privada na acepção que aqui se entende por autonomia negocial, cf. STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2004, p. 190-191: “[...] define-se autonomia privada como o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livre e soberanamente, auto-regulem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões). A autonomia privada manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares.”

469Sobre doutrina ou concepção abrangente, ver a nota de rodapé n. 225.

470O conceito de autonomia existencial aqui esboçado, ao menos em parte, pode ser entrevisto nas aludidas exposições de Kant contra o paternalismo. Ademais, aproxima-se bastante do princípio de autonomia da pessoa formulado por Nino e do conceito de autonomia racional de Rawls. Cf. NINO, Carlos Santiago, op. cit., 1989, p. 204: “sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não devem interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta e impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução. Este é o princípio que subjaz o princípio mais específico e menos fundamental que veda a interferência estatal em condutas que não prejudicam terceiros [...]”. No original: “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustenta e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros. Ver também: RAWLS, John, op. cit., 2011, p. 86: “A autonomia racional [...] baseia-se nas faculdades intelectuais e morais das pessoas. Expressa-se no exercício da capacidade de formular, revisar e se empenhar na realização de uma concepção do bem, assim como de deliberar de acordo com essa concepção.”

471Sobre a relativização da autonomia privada (negocial) devido às colisões com os direitos fundamentais em sua eficácia horizontal (incidência na relação entre particulares), cf. SARMENTO, Daniel, op. cit., 2008, p. 144-

A autonomia existencial – que está em estreita relação com a autonomia moral –, também adquire a estrutura de princípio, pois estabelece o dever *prima facie* de respeitar as decisões e escolhas fundamentais do indivíduo no que concerne à construção e condução de seu próprio projeto de vida. O caráter *prima facie* desse dever se justifica na medida em que a visão abrangente de mundo, a concepção de bem ou o plano de vida adotado pelo sujeito pode invadir ou agredir interesses e direitos alheios, podendo ser relativizados a depender das circunstâncias do caso.

Nada obstante, pela sua importância central para a vida e a identidade do homem, enquanto ser racional dotado de humanidade (poder de estabelecer e perseguir fins), o princípio da autonomia pessoal adquire uma substancial “carga argumentativa”⁴⁷² em seu favor, ou seja, estabelece-se uma “precedência *prima facie*” (não absoluta)⁴⁷³ em benefício dele quando colidir com demais princípios, sendo necessário, pois, argumentos bastante relevantes para superá-lo no caso concreto.

A autonomia pública ou política, por sua vez, consiste no poder de participar na formação da vontade política do Estado por meio do voto e de outros instrumentos juridicamente previstos, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, de modo que o cidadão tenha condições de influir – ainda que de forma indireta – na elaboração das leis jurídicas a cuja observância ele está adstrito.⁴⁷⁴

Enquanto impõe ao Estado o dever *prima facie* de criar mecanismos que garantam e aprimorem a participação dos cidadãos na esfera política do Estado, seja por meio da fiscalização da atuação dos representantes, seja mediante a influência na elaboração de leis,

154; STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2004, p. 186-202.

472Sobre a inserção de uma carga argumentativa em favor de um princípio para fortalecer seu caráter *prima facie*, ou seja, para tornar seu operador deontico mais rígido, cf. ALEXY, Robert, op. cit., 2008, p. 105-106: “O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios [...] Ela [carga argumentativa] tem como consequência apenas a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação a outro caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida.”

473Cf. STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2004, p. 215: “As precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio [...] contudo estabelecem um ônus de argumentação para a precedência do outro princípio [...] no caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação a favor de um princípio e, por consequência, uma carga de argumentação contra o outro princípio. De um lado, essas precedências não estabelecem determinações definitivas; de outro, exigem o cumprimento ou a satisfação de um ônus de argumentação para serem afastadas.”

474Essa forma de liberdade encontra-se claramente refletida na obra kantiana. Cf. KANT, Immanuel, op. cit., 2011b, p. 179: “Os membros de uma tal sociedade (*societas civilis*), quer dizer, de um Estado, reunidos para legiferar chamam-se cidadãos (*cives*) e os seus atributos jurídicos incindíveis da sua natureza como cidadãos são: a liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei senão aquela a que deram o seu consentimento [...]” Ver também: idem, op. cit., 2008a, p. 138: “[...] A minha liberdade exterior (jurídica) deve antes explicar-se assim: é a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes pude dar o meu consentimento.”

nos debates públicos ou na adoção de políticas governamentais, a autonomia política se afigura como princípio.⁴⁷⁵

Constata-se, pois, que o “princípio” da dignidade humana, à luz das considerações acima expostas, tendo por base a referida proposta de “juridicização” do Imperativo Categórico, apresenta-se como um *feixe de diversas normas*: a) regra da universalidade; b) princípio do mínimo existencial; c) regra da inviolabilidade; d) regra da inegociabilidade; e) princípio da autonomia privada (negocial e pessoal); f) princípio da autonomia pública.

Ante uma composição normativa tão complexa e heterogênea, verifica-se que nem todas as diferentes normas que constituem o princípio da dignidade humana se ligam ao valor inestimável e absoluto do homem (dignidade enquanto qualidade) da mesma forma. Afigura-se desejável, pois, ordenar as diversas partes do princípio em níveis (como círculos concêntricos), de modo que as primeiras se ligam, de modo mais direto, ao valor-dignidade, enquanto que as últimas se reportam a ela de forma mais remota.

Com base no que fora exposto, propõe-se a seguinte ordem: a) o nível da proteção fundamental (inviolabilidade, inegociabilidade, universalidade); b) o nível da autodeterminação existencial (autonomia existencial e seu pressuposto fático – o mínimo existencial); c) o nível da autocondução pública e privada (autonomia negocial e pública).

Se essa classificação for razoável e conseguir exprimir bem as intuições morais da razão comum, pode-se afirmar que uma violação do primeiro nível agride a dignidade em maior intensidade que uma violação do segundo e assim por diante.

Por fim, com relação à terceira e última indagação – pode a dignidade ser compreendida como pedra de toque de outros importantes direitos fundamentais garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? –, propõe-se uma resposta afirmativa.

Com efeito, a regra de universalidade, na medida em que demanda igual condição de dignidade a todos, afigura-se como importante ponto de apoio para o princípio da isonomia⁴⁷⁶,

475Por sua enorme importância para a participação na vida política do Estado, pode-se considerar o direito de votar e o direito de ser votado como tendo caráter definitivo, sendo outorgados, pois, mediante *regra* específica decorrente do princípio da autonomia pública.

476Por princípio da isonomia, entende-se o conceito apresentado por Wilson Steinmetz à luz da teoria de Alexy: trata-se de norma triádica que apresenta uma dimensão positiva (mandamental) e uma dimensão negativa (proibitiva). A primeira desdobra-se em dois princípios: a) mandado de tratamento igual – “Se não há razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual” –; b) mandado de tratamento desigual – “Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual.” A segunda consiste na regra de proibição de tratamento discriminatório (diferença baseada nos critérios de cor, etnia, sexo, idade, condição social, econômica e qualquer outra distinção arbitrária). Cf. STEINMETZ, Wilson, op. cit., 2004, p. 235-245.

isto é, a ideia de que todos são iguais em dignidade exige, como regra, o tratamento igual e, apenas em casos devidamente justificados, aceita tratamento desigual.⁴⁷⁷

A regra da inviolabilidade, ao reivindicar respeito à integridade do sujeito em todas as suas dimensões (física, psíquica, moral e social) fundamenta importantes direitos protetivos, como os direitos à vida, à integridade física e à segurança pública, bem como a vedação ao tratamento desumano ou degradante, a proibição de penas cruéis, e o direito de resposta e de indenização em caso de difamação, calúnia e injúria.⁴⁷⁸

O princípio da autonomia privada existencial, por exigir que o indivíduo seja livre para constituir, modificar, revisar e concretizar seu projeto de vida e suas concepções do mundo e do bem, dá amparo a uma enorme gama de liberdades fundamentais, como as liberdades de consciência e de crença, de profissão, de associação, de reunião, de locomoção e de expressão.⁴⁷⁹

O princípio do mínimo existencial (solidariedade), ao exigir sejam concedidas as condições materiais indispensáveis aos sujeitos para que estes possam perseguir seus fins fundamentais e realizar plenamente sua autonomia existencial, relaciona-se a direitos sociais importantes, como educação, moradia, emprego, alimentação e seguridade social (saúde, previdência e assistência).⁴⁸⁰

O princípio da autonomia privada negocial, por sua vez, constitui alicerce para a livre iniciativa, a proteção da propriedade privada e a liberdade de contratar, ao passo que a autonomia pública fundamenta os direitos políticos positivos, ativos – como o direito de votar, de participar de plebiscitos e referendos e de ajuizar ação popular – e passivos – direito de ser votado.⁴⁸¹

Dessa forma, com base na filosofia moral kantiana, especialmente no Imperativo Categórico – em sua forma juridicizada –, pode-se apresentar uma concepção de dignidade

477O art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988 reza que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” O art. 5º, *caput*, por sua vez, preceitua que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”

478O art. 5º, *caput*, da Lei Maior garante os direitos à vida e à segurança. O inciso III do mesmo dispositivo veda a tortura e qualquer forma de tratamento desumano ou degradante, o inciso V assegura o direito de resposta à ofensa e confere o direito à indenização por dano moral, material ou à imagem e o inciso XLVII proíbe penas cruéis.

479As liberdades de expressão e manifestação do pensamento, de consciência e de crença, de profissão, de locomoção, de reunião e de associação estão consagradas respectivamente nos incisos IV e IX, VI e VIII, XIII, XV, XVI e XVII a XX do art. 5º da CRFB/88.

480O catálogo principal de direitos sociais encontra-se no art. 6º da CRFB/88.

481O direito de propriedade e o de herança estão previstos nos incisos XXII a XXX do art. 5º da CRFB/88. Os direitos políticos encontram-se, sobretudo, nos arts. 14 a 16 da CRFB/88.

humana racionalmente fundamentada (na autonomia moral do ser racional), razoavelmente definida – regras de inviolabilidade, inegociabilidade, universalidade e princípios da autonomia privada (negocial e existencial), pública e mínimo existencial – e que se apresente como o centro e a pedra angular de importante complexo de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

5 CONCLUSÕES

Diante do que foi exposto nos capítulos precedentes, pode-se concluir, em linhas gerais, o seguinte:

1) O sistema jurídico se define pelo seu caráter institucional, isto é, pela união harmônica e sistêmica de normas primárias de direitos e deveres e das normas secundárias de modificação, julgamento e reconhecimento;

2) Enquanto as normas de modificação e julgamento conferem a determinadas pessoas e órgãos respectivamente os poderes de criar, modificar e extinguir normas jurídicas e os de determinar, em última instância, o sentido e o alcance das normas, solucionando os conflitos oriundos de seu descumprimento, a regra de reconhecimento contém os parâmetros de validade das demais normas jurídicas e impõe às autoridades do sistema o dever de aplicar tais parâmetros corretamente;

3) Por conter os critérios de validade das normas jurídicas, a regra de reconhecimento se apresenta como norma última do ordenamento e, em um Estado no qual a Constituição goze de supremacia, ela pode ser enunciada como a regra que determina a plena conformidade das normas infraconstitucionais aos ditames da Lei Fundamental;

4) A moral pode ser classificada em moral ideal e social, sendo esta o conjunto de valores e preceitos efetivamente observados em determinado grupo social durante certo período histórico, ao passo que aquela diz respeito às normas que se julgam dignas e merecedoras de acatamento após reflexão e questionamento em face do código moral efetivamente obedecido. No interior da moral ideal, destaca-se a moral racionalmente fundamentada, isto é, o conjunto de princípios e critérios de avaliação e de ação moral articulados de modo sistemático e racionalmente justificados, como é o caso da filosofia prática de Kant;

6) A moral racional costuma tomar como ponto de partida, ainda que de modo precário e provisório, juízos ponderados e convicções arraigadas no seio da moral social (senso comum) a fim de articular preceitos de orientação e julgamento que constituam parâmetros de validade das mesmas intuições e pressupostos morais que lhe serviram de base inicial;

7) Embora haja inúmeras relações entre o direito e a moral (positiva e ideal), tendo os valores e princípios desta influência sobre a interpretação, a avaliação, a crítica, a

observância e a rejeição das normas daquele, ambos os sistemas normativos apresentam diferenças fundamentais e se apresentam como esferas autônomas, de modo que a existência de um não requer necessariamente a existência do outro;

8) Com Kant, podem-se apontar as seguintes diferenças fundamentais entre o direito e a moral racional: a) quanto ao âmbito de incidência (o direito se ocupa da liberdade externa, incidindo apenas sobre ações, ao passo que a moral diz respeito à liberdade interna, exigindo motivações e finalidades específicas); b) quanto ao fundamento normativo (a autoridade do direito é imposta externamente – heteronomia –, ao passo que a moral se funda na autonomia da vontade, isto é, na razão que é autolegisladora); c) quanto à possibilidade de emprego da coação para fazer cumprir seus ditames (isso é aceitável no direito, mas impossível no âmbito moral);

9) Por questões de segurança jurídica, clareza analítica e rigor terminológico, o positivismo conceitual, marcado pela *tese da separação* entre o direito e a moral, mostra-se um enfoque metodológico mais adequado para tematizar a relação entre essas duas esferas que as teses não positivistas, caracterizadas pela *tese da vinculação* entre ambos os sistemas normativos, e o pós-positivismo, assolado pela indeterminação do conteúdo de suas teses centrais e pela confusão com o neoconstitucionalismo;

10) No seio do próprio positivismo metodológico, o positivismo moderado (*soft positivism*), definido pela *tese da separabilidade*, apresenta-se capaz de oferecer uma explicação mais satisfatória do vínculo entre moral e direito, ilustrado em casos como o das cláusulas gerais e o do controle de constitucionalidade das normas, que o positivismo rígido (*hard positivism*), defensor da *tese das fontes sociais* (*source thesis*);

11) Para melhor analisar a interpretação e aplicação das normas, deve-se diferenciar a dimensão do significante – o texto (norma insaturada) – e a dimensão do significado – a norma propriamente dita (norma saturada);

12) As normas, consideradas enquanto entidades semânticas dotadas de operadores deônticos, podem ser classificadas, segundo a teoria de Robert Alexy, em princípios – mandamentos de otimização, portadores de operadores deônticos flexíveis e impositores de deveres *prima facie* – e regras – mandamentos definitivos, caracterizados por operadores deônticos rígidos e estabelecadores de deveres definitivos;

13) A linguagem corrente, como um todo, e as normas, em particular, empregam largamente termos gerais, que apresentam, em maior ou menor medida, uma zona central de

clareza e uma zona de penumbra, marcada por dúvida e imprecisão quanto à incidência em casos particulares, de modo que as normas apresentam uma indeterminação estrutural que pode ser mais ou menos acentuada, isto é, elas possuem uma textura aberta;

14) A interpretação das normas jurídicas tem um caráter híbrido, apresentando um componente cognitivo, pelo qual o exegeta fixa uma moldura hermenêutica, construída à luz do ordenamento, notadamente por meio dos elementos literal, sistemático, teleológico e histórico, e um componente volitivo, por meio do qual o intérprete escolhe uma das interpretações possíveis dentro desse quadro estabelecido cognitivamente;

15) Ante a textura aberta das normas jurídicas e o espaço de liberdade criadora do julgador dentro da moldura jurídico-hermenêutica e mesmo em sua fixação, vinculada ao modelo dogmático do legislador racional, constata-se que o direito apresenta diversos canais para o ingresso de princípios morais;

16) O princípio da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, sendo o supremo critério de validade substancial das normas infraconstitucionais, compõe a regra de reconhecimento do sistema jurídico brasileiro como parâmetro de validade de especial relevo;

17) Em razão de sua enorme textura aberta e de sua indeterminação estrutural profunda, o princípio da dignidade humana se mostra sujeito a diversas formas de interpretação e compreensão e bastante permeável a considerações de cunho moral, razão pela qual se afigura *possível* o emprego do Imperativo Categórico como fórmula de justificação e densificação de seu conteúdo normativo;

18) Tendo em vista a posição central do princípio da dignidade humana na regra de reconhecimento e na ordem jurídica como um todo, seu papel como pedra de toque de diversos direitos fundamentais e seu caráter vago e impreciso, verifica-se que é *necessário* buscar fundamentos racionais para delimitar e precisar o sentido e o alcance desse princípio;

19) Se a moralidade não for uma vã quimera, ela deve ter por base e princípio último um imperativo categórico, isto é, um mandamento universal e incondicional da razão, que, por sua estrutura lógico-conceitual, se revela como um *preceito tridimensional*, desdobrando-se na fórmula da lei universal (sua forma), por vincular todos os seres racionais; fórmula da humanidade (sua matéria), por impor a todos um fim objetivo (respeito e promoção da natureza racional); fórmula da autonomia (sua determinação completa), por exigir que a vontade não se submeta a nada mais além de si mesma, observando a lei pela lei e o dever

pelo dever;

20) O Imperativo Categórico, enquanto princípio da autonomia da vontade, é *formal*, isto é, não se baseia em finalidades concretas e específicas (objeto da vontade), cuja adoção é meramente contingente, mas constitui uma moldura moral deontológica (plexo de restrições procedimentais e substanciais que devem ser observadas na consecução dos fins particulares), a qual reivindica adesão universal e é imposta pela própria vontade para guiar a si mesma, contrapondo-se aos preceitos *materiais*, fundados em um conceito de perfeição teológica ou ontológica ou baseados somente na busca da felicidade própria, estando a vontade refém de ideias cuja autoridade lhe é externa ou de inclinações e impulsos sensíveis (heteronomia);

21) A partir do Imperativo Categórico, podem-se fundamentar deveres morais concretos: a) deveres em face de si – perfeitos, que determinam o zelo pela integridade física e moral e a busca de autoconhecimento, e imperfeitos, que estabelecem a busca da própria perfeição moral e natural –; b) deveres em face dos outros – deveres de amor, que prescrevem a ajuda aos fins do próximo, a gratidão e a compaixão, e deveres de respeito, que vedam a soberba, o desprezo, o escárnio e a maledicência;

22) A moralidade e o seu princípio (Imperativo Categórico) são possíveis se e somente se a liberdade da vontade for pressuposta. A partir dessa premissa, é possível partir da pressuposição da liberdade para defender a possibilidade de lei moral, o que se buscou fazer por meio do Argumento Prático-Transcendental (APT) ou partir da consciência da lei moral no espírito humano (fato da razão) para revelar a liberdade, o que se tentou demonstrar por intermédio do Argumento do Fato da Razão (AFR);

23) Tanto o APT quanto o AFR se mostram sujeitos às limitações da investigação prático-moral: a) a liberdade só pode ser pressuposta de um ponto de vista prático – referente às ações, interações, relações e fins humanos –, de modo que, do ponto de vista teórico, embora a razão se incline para uma explicação baseada em cadeias de causalidade (determinismo), a ideia de liberdade permanece aberta e meramente possível, não podendo ser comprovada nem refutada cabalmente; b) não se pode explicar como é possível a liberdade, isto é, como a vontade pode ser livre ou autônoma, ou, dito de outro modo, como se pode agir em conformidade ao dever somente por puro respeito ao próprio dever;

24) O princípio jurídico da dignidade humana funda-se no valor absoluto e inestimável que apresenta a humanidade (natureza racional) e o ser humano, enquanto dela possuidor, porquanto somente este é capaz de conduzir-se e de elevar-se acima das inclinações

e impulsos sensíveis, isto é, a vontade humana pode ser uma vontade legisladora universal por meio de suas máximas (capaz de autonomia moral);

25) Tendo em vista as diferenças entre os âmbitos do direito e da moral racional, é possível, respeitadas as peculiaridades de ambas as esferas normativas, empregar o Imperativo Categórico – supremo princípio da moralidade – como base de definição do conteúdo e da estrutura normativa do princípio da dignidade humana – princípio jurídico fundamental;

26) À luz das fórmulas do Imperativo Categórico e dos deveres dele decorrentes e levando em conta a necessária mediação entre direito e moral e o caráter híbrido da dignidade humana – princípio e regra –, pode-se definir o preceito da dignidade humana como um feixe das seguintes normas: a) regra da universalidade; b) princípio do mínimo existencial; c) regra da inviolabilidade; d) regra da inegociabilidade; e) princípio da autonomia privada (negocial e pessoal); f) princípio da autonomia pública;

27) Considerando a heterogeneidade das diversas normas que compõem o princípio da dignidade humana e os diferentes modos como elas se relacionam com o valor absoluto e inestimável que define a humanidade, pode-se dispor tais elementos normativos no seguintes níveis, em ordem decrescente de ligação com a ideia de dignidade, de modo que uma violação ao primeiro nível representa, ao menos *prima facie*, uma agressão maior à dignidade que o desrespeito ao último: a) inviolabilidade, inegociabilidade, universalidade; b) autonomia privada existencial e mínimo existencial; c) autonomia privada negocial e pública;

28) O princípio da dignidade humana pode ser apontado como base e fundamento de vários direitos fundamentais garantidos pela Constituição Brasileira de 1988, tais como os direitos à vida, à segurança, à igualdade, à liberdade, bem como os direitos políticos e diversos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. On balancing and subsumption. A structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

_____. **Conceito e validade do Direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Direito, Razão, Discurso**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALLISON, Henry E. **Kant's Theory of Freedom**. New York: Cambridge University Press, 1990.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": Entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14 ed. Malheiros: São Paulo, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos Fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 ed. Rio de Janeiro, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 6, p. 19-28, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/11022806/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 43-92, jan./mar. 2006. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista33/Revista33.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1995.

_____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6 ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Lei n.º 9868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Lei n.º 9882, de 03 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Lei n.º 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. In: _____. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12 – DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 01 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=12&processo=12>>. Acesso em 14 de jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Celso de Mello. In: _____. Ação Penal n.º 470 – MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP_470__EMBARGOS_INFRINGENTES.pdf>. Acesso em 13 out. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

COLEMAN, Jules L. The Conventionality Thesis. **Philosophical Issues**, v.11, n.1, p. 354-387, oct. 2001. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1758-2237.2001.tb00050.x/abstract>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2 ed. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSTA, Reginaldo da. **Ética e filosofia do direito**. Fortaleza: ABC Editora, 2006.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, denominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 36, n. 65, p. 25-41, jan./jul. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HILL, Thomas E. Jr. Humanity as an End in Itself. **Ethics**, v. 91, n 1. p. 84-99, oct. 1980. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0014-1704%28198010%2991%3A1%3C84%3AHAAEII%3E2.0.C%3B2-T>>. Acesso em: 29 mai. 2013.

KANT, Immanuel. **Lógica**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 1995.

_____. **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008a.

_____. **A religião nos limites da simples razão**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008b.

_____. **Crítica da razão pura**. 7 ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

_____. **Crítica da razão prática**. Tradução de Valério Rohden. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011a.

_____. **Metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamago. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011b

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006

KRAMER, Matthew Henry. Throwing light on the role of moral principles in the law: further reflections. **Legal Theory**, v.8, i.1, p. 115-143, mar. 2002. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/action/displayAbstract?fromPage=online&aid=115736>>. Acesso em 06 out. 2013.

_____. Of final things: morality as one of the ultimate determinants of legal validity.

Law and Philosophy, v. 24, p. 47-97, springer 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/30040335?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21102891880627>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

_____. Moral Principles and Legal Validity. **Ratio Juris**, v. 22, i. 1, p. 44-61, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1395161>. Acesso em: 12 jul. 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MARMOR, Andrei. **Positive law and objective values**. New York: Oxford University Press, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTENEGRO, Lucas Romero. **O direito como condição para a paz perpétua em Immanuel Kant**. 2012. 68f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012.

MOTA, Victor de Resende. Fundamentação pragmático-transcendental da validade universal dos direitos humanos. **Revista Jurídica da Fa7**, Fortaleza, v. VIII, n.1, p. 319-332, abr. 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

_____. **Introdução à Análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

OLBRECHTS-TYTECA, Lucie; PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação: A nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

QUINE, Willard Van Orman. Two dogmas of empiricism. In: _____ **From a logical point of view: logico-philosophical essays**. 2 ed. New York: Harper & Row, 1963

_____. **Methods of Logic**. 4 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1982

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002

_____. **História da filosofia moral**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Álvaro de Vita. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. **The authority of Law: essays on Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 1979.

_____. **Razão prática e normas**. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. **O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.º 48, p. 11-32, jun. 1997 Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 10 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salaomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. Coimbra: Coimbra Editora; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

SAUSSURE, Ferninad de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006.

SHAPIRO, Scott J. What is the rule of recognition (and does it exist)? **Yale Law School**

Public Law & Legal Theory Research Paper Series, n. 181, p. 1-33, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304645>. Acesso em: 13 jul. 2013

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2010

_____. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004

STRAWSON, Peter Fredrick. **Introduction to logical theory**. London: Methuen & Co, 1964.

_____. Freedom and resentment. In: _____. **Freedom and resentment and other essays**. New York: Routledge, 2008

TUGENDHAT, Ernst; WOLF, Ursula. **Propedêutica lógico-semântica**. Tradução de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Petrópolis: Vozes, 2005.

WALUCHOW, Wilfred J. **Inclusive legal positivism**. New York: Oxford University Press, 1994.

WALUCHOW, Wilfred J. The many faces of legal positivism. **University of Toronto Law Journal**, v. 48, n. 3, p. 387-449, 1998. Disponível em: <Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/826047?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=21102891574847>>. Acesso em: 13 de jun. 2013.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOOD, Allen W. **Kant's Ethical Thought**. Cambridge: Cambridge university press, 1999.

WOOD, Allen W., Duties to oneself, duties of respect to others. In: HILL Jr., Thomas E. **The blackwll guide to Kant's ethics**. Chichester: Wiley-Blackwell, 2009.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Latim no direito**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.