

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

FILOSOFIA DO DIREITO

CLARA ANGÉLICA GONÇALVES CAVALCANTI DIAS

JEAN CARLOS DIAS

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Clara Angélica Gonçalves C. Dias; Jean Carlos Dias; Leonel Severo Rocha – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-621-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

O GT FILOSOFIA debateu entre os seus membros e aprovou devido a sua excelente qualidade, em resumo, os seguintes textos:

TRABALHO 1.

Análise da linguagem e direito a partir de Montaigne. Crítica a linguagem -afirmando que a função representativa não é tão evidente quanto possa aparecer. No mesmo sentido, afirma-se a respeito da norma jurídica (preocupando-se com o fundamento da utilidade das leis) que o seu sentido linguístico pode ser objeto de reflexão nos mesmos modos dos textos não normativos.

TRABALHO 2.

O trabalho adota como referencial o pensamento de Habermas e propõe uma abordagem democrática inclusiva que exige uma conscientização dos agentes comunicativos para integrar-se aos procedimentos deliberativos.

TRABALHO 3.

Analisou de forma crítica a legislação que rege a imigração no Brasil, questionando as classificações legais e analisando várias situações em que essa norma pode gerar dificuldades de interpretação e aplicação.

TRABALHO 4.

O texto defendido defende uma abordagem kantiana da teoria dos princípios na teoria do Direito contemporâneo propondo uma reinterpretação da clássica distinção entre o Direito e a Moral.

Trabalho 5.

O trabalho analisa, segundo o pensamento de Hegel, as ideias gerais da chamada reforma trabalhista propondo uma leitura intervencionista dessas disposições rejeitando a possibilidade de autonomia e liberdade de negociação entre empregadores e empregados.

Trabalho 6.

O trabalho propõe uma reconstrução do pensamento kantiano, adotando uma perspectiva crítica fundada nas ideias de Foucault. Há sobretudo uma exposição a respeito do poder do conhecimento e sua forma de produção no mundo pós-moderno.

Trabalho 7.

O estudo baseado no pensamento de Hobbes indica a tendência atual de construção de estruturas de manipulação no Estados pós-modernos de modo a controlar os discursos e, assim, da própria subjetivação das relações de poder e saber conforme as ideias de Foucault.

Trabalho 8.

O texto apresentado sugere a reconstrução dos conceitos de Estado e Democracia tendo por eixo o debate sobre o direito adquirido, entendido como uma cláusula da estabilização das relações sociais e jurídicas, usando como fundamento uma tentativa de dialogo entre Habermas e Weber.

Texto 9.

O texto sustenta, com base em Hegel que o que marca a idade moderna e a posição que o homem tem que tomar frente a independência diante da autoridade. Examina a construção da subjetividade dos direito humanos sob uma perspectiva hegeliana.

Texto 10.

O estudo examina as relações éticas derivadas de relações tecnológicas de alta complexidade. Propõe assim uma base principiologica a partir do direito como integridade segundo a visão de Ronald Dworkin.

Trabalho 11.

A partir da demonstração de desproporções de representação nas relações políticas, em especial em desfavor dos povos indígenas, usa o instituto processual da suspensão de segurança como veículo para refletir a respeito das relações do biopoder com suporte no pensamento de Giorgio Agamben.

TRABALHO 12.

Reflexão sobre o estado de exceção na concepção de Carl Schmitt. Reflete acerca das democracias contemporâneas a partir da reconstrução da ideia de legitimidade do Estado para afastar a sustentar a manutenção da ordem jurídica vigente face o risco de constituição de um Estado totalitário.

TRABALHO 13.

O texto examina a Liberdade de expressão e de imprensa - direito comparado norte americano e brasileiro. Sugere uma Análise dos precedentes judiciais no Brasil e na suprema corte americana como veículo para sustentar a necessidade de fortalecimento dessa liberdade básica, em especial, no Brasil.

TRABALHO 14.

O texto propõe uma reconstrução do conceito da dignidade da pessoa humana a partir de um exame reconstutivo do tema no âmbito da história da filosofia geral. Sustenta que não é possível uma percepção exclusivamente normativa, regulada pelo direito, sem recurso a filosofia.

TRABALHO 15.

O texto propõe uma retomada do pensamento de Hans Kelsen sobretudo a partir de uma tentativa de confirmação da dualidade do ser e do dever-ser em seu pensamento. Sugere que essas premissas têm sido mal compreendidas e busca uma revisão a partir da ideia de norma fundamental.

TRABALHO 16.

O trabalho busca analisar o conceito de sanção, iniciando com uma perspectiva política centrada no pensamento de Hobbes e relacionando-o à teoria de Kelsen. O texto sugere que esse diálogo pode ser produtivo para a adequada compreensão do conceito de norma em Kelsen.

TRABALHO 17.

O texto propõe uma análise do Art. 48 da Constituição de Weimar como indutor para a reflexão a respeito do limite da ordem política e poder político. Em especial, reflete a respeito da questão da justiça política com base no pensamento de Rawls. Sustenta que seria a saída para unir a autonomia de autodeterminação, que significa escrever as leis nas quais você homem se insere como sujeito e objeto.

TRABALHO 18.

O trabalho propõe uma leitura mais rigorosa do pensamento de Kelsen. Sustenta a base democrática no positivismo político Kelsen sugerindo que uma abordagem consorciada entre a teoria da ciência política e a teoria do direito pode ser necessária para a correta compreensão do autor.

Trabalho 19.

O texto sugere a ideia de macrofilosofia aplicada ao direito, buscando explicar o conceito e cabimento da macrofilosofia na questão social.

A partir daí desenvolve o conceito da visão holística do objeto - algo que abarcasse o objeto com a visão da filosofia e outras áreas. Propõe, assim, a interdisciplinaridade no estudo do Direito.

Trabalho 20.

O texto sugere que o conceito de dúvida razoável tem impacto na atuação do Juri no Brasil. Critica o termo dúvida razoável e analisa o fato utilizando da jurisprudência norte americana. Analisa o que se espera realmente da figura do jurado; a segurança sobre a culpabilidade do réu e na dúvida razoável.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias – CESUPA

Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias - UFS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

KANT E O PÓS POSITIVISMO: O DIREITO EQUÍVOCO E O CONFLITO DE DEVERES EM KANT E SUAS CORRELAÇÕES COM AS ATUAIS CONCEPÇÕES DE PRINCÍPIO JURÍDICO E LEI DA PONDERAÇÃO.

KANT AND THE POSTPOSITIVISM: THE AMBIGUOUS RIGHT AND THE CONFLICT BETWEEN DUTIES IN KANT AND ITS CORRELATIONS WITH THE CURRENT THEORY OF LEGAL PRINCIPLES AND BALANCING.

Eduarda de Paula Sampaio ¹

Resumo

O objetivo deste artigo é revisitar algumas das ideias de Kant, em especial seu conceito de “direito equívoco”, relacionado-o com a atual concepção de princípio jurídico, bem como estabelecendo paralelos entre a proposta de Kant para a solução de conflitos entre deveres e a técnica da ponderação ou sopesamento proposta por autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin para a solução de conflitos envolvendo princípios jurídicos.

Palavras-chave: Immanuel kant, Direito equívoco, Princípios jurídicos, Conflito de deveres, Teoria dos princípios

Abstract/Resumen/Résumé

This work aims to revisit some of Kant's ideas, specially his concept of “ambiguous right”, stabilishing connections between it and the current theory of principles, as well as comparing Kant's proposal to solve conflits between duties and Robert Alexy's and Ronald Dworkin's proposals to solve conflits between legal principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Immanuel kant, Ambiguous right, Legal principles, Conflict between duties, Theory of principles

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, sob a orientação do Professor Walber Araújo Carneiro, integra o grupo de pesquisa Direito, Sentido e Complexidade Social.

1 INTRODUÇÃO

Immanuel Kant nasceu em 1724, em Königsberg, na Prússia Oriental, onde passou toda a sua vida. Sua “Crítica da Razão Pura” foi publicada em 1781, quando Kant já tinha cinquenta e sete anos e, em seguida, vieram suas duas outras críticas: “Crítica da Razão Prática”, em 1788, e “Crítica do Juízo”, em 1790 (MORRIS, 2002, p. 235-238).

As principais ideias exploradas neste artigo estão, contudo, na obra “A Metafísica dos Costumes”, subdividida em “A Doutrina do Direito” e “A Doutrina da Virtude”, publicada em 1797, quando Kant já contava com setenta e três anos. Por conta da avançada idade de Kant, há quem diga, a exemplo de Hannah Arendt e Schopenhauer, que sua produção em Direito não alcançou o brilhantismo do restante de sua produção acadêmica (BARRETTO; MOTA, 2011, p. 85).

Discussões acerca da genialidade de Kant à parte, o certo é que ele continua sendo estudado pela Filosofia Moral e pela Filosofia do Direito pela relevância de suas ideias e conceitos, especialmente após a crise do positivismo jurídico e de sua malfadada pretensão de separar completamente o mundo do direito do mundo da moral.

O problema delineado neste trabalho consiste no fato de que na era do pós-positivismo, esse movimento que parece abarcar tantas ideias distintas, enfrenta-se um desafio: o de encontrar a síntese entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, ou seja, um sistema de regras e princípios que possua mecanismos internos de controle de validade de suas normas, mas que ainda assim possua pontos de abertura valorativa.

Nessa busca, voltam à cena jurídica a retórica aristotélica e a tópica de Theodor Viehweg, são debatidas a nova retórica de Chaïm Perelman e as teorias dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy, bem como a teoria da justiça de John Rawls e a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, apenas para citar a contribuição de alguns dos mais importantes pensadores contemporâneos.

E revisita-se também o pensamento de Immanuel Kant, que, antes mesmo do pós-positivismo, já afirmava que tanto a moral quanto o direito fazem parte da Ética, estando ambas as dimensões fundadas em um dever de moralidade universal: o imperativo categórico.

A justificativa deste trabalho reside, portanto, na importância que ainda tem o pensamento de Immanuel Kant para a Filosofia Moral e para a Filosofia do Direito, e nas possíveis contribuições que seu pensamento pode dar para a solução dos atuais dilemas do pós-positivismo, em especial essa necessidade de encontrar uma síntese entre o

jusnaturalismo e o positivismo jurídico, que aqui buscaremos através da abertura valorativa possibilitada pela categoria dos princípios jurídicos.

São temas centrais deste artigo algumas das ideias trazidas por Kant em seu “A Metafísica dos Costumes”, em especial seu conceito de “direito equívoco”; a atual concepção de princípio jurídico, com a qual a formulação de Kant será relacionada; a proposta de Kant para a solução de conflitos entre deveres e suas correlações com a técnica da ponderação ou sopesamento proposta por autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin para a solução de conflitos envolvendo princípios jurídicos.

Quanto à metodologia, a pesquisa aqui proposta é teórica e qualitativa, sendo utilizado o procedimento de análise de conteúdo bibliográfico.

O desenvolvimento da pesquisa ocorrerá da seguinte forma. Inicialmente, far-se-á uma contextualização de Kant em relação ao pós-positivismo, demonstrando que o autor tem muito a contribuir para o atual desafio de conciliar o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

Em seguida, serão abordados os conceitos de princípios jurídicos trazidos pelos dois autores citados – Alexy e Dworkin –, distinguindo-os das regras jurídicas, e serão abordadas as propostas de ambos para a solução de conflitos envolvendo estes princípios.

Por fim, será abordado o conceito de direito equívoco de Kant e o tratamento por ele conferido ao conflito entre deveres.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que Kant, desde o Século XVIII, já vislumbrava uma categoria jurídica encravada entre a dimensão moral e a dimensão jurídica, uma categoria para a qual o juiz não encontrava parâmetros previamente estabelecidos; e que já vislumbrava também que alguns conflitos entre deveres exigem uma análise diante do caso concreto, inexistindo possibilidade de universalização de respostas para a solução da antinomia.

2 KANT E O PÓS POSITIVISMO

Durante boa parte do Século XX, o cenário jurídico foi dominado por um rígido formalismo cujas diversas concepções foram hoje amalgamadas sob o insígnia de positivismo jurídico (BARRETTO; MOTA, 2011, p. 79).

Alexandre Traverssoni Gomes critica veemente essa amálgama, afirmando que a doutrina brasileira confundiu as ideias defendidas pelos três principais positivistas, quais sejam, Kelsen, Hart e Bobbio, com as teses legalistas da escola da exegese e da jurisprudência dos conceitos (GOMES; MERLE, 2007, p. 177).

O positivismo nunca teria defendido, por exemplo, um modelo puro de regras ou uma aplicação mecanicista e silogística das normas jurídicas, como costumam afirmar alguns doutrinadores (GOMES; MERLE, 2007, p. 163-268).

A crítica parece acertada, já que muito do que se afirma sobre o positivismo jurídico não pode, de fato, ser encontrado nas ideias dos três autores. Hart demonstra grande preocupação com o que ele chamada de “textura aberta do direito” e Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, debruça-se sobre o problema da indeterminação das normas jurídicas gerais.

A título de exemplo, Kelsen afirma que a norma é uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de execução, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível, razão pela qual, na interpretação de uma lei, não há apenas uma decisão certa, mas sim várias (KELSEN, 2007, p. 116-117).

E Kelsen continua, afirmando que a elaboração da norma individual do caso concreto é uma função da vontade, tendo a atividade de execução da lei caráter jurídico-político. Assim, a aplicação da lei não é uma atividade cognitiva, um conhecimento do direito positivo, mas sim de outras normas que influenciam no processo de produção jurídica: normas de moral, de justiça, juízos sociais de valor, que costumam ser designados pelos chavões “bem do povo”, “interesse do Estado”, “progresso”, e assim por diante. Para ele, seria o caso, então, que tais normas metajurídicas, como a moral e a justiça, fossem transformadas em normas de direito positivo (KELSEN, 2007, p. 118-119).

Verifica-se, portanto, que Kelsen nunca defendeu uma aplicação mecanicista ou silogística das normas jurídicas, até porque isso seria, para ele, impossível em virtude das diversas possibilidades de interpretação comportadas pela moldura desta norma. Ele tampouco deixou de reconhecer a influência da moral sobre o direito, chegando a abordar a possibilidade de que esta fosse transformada em direito positivo. O que ele buscava era diferenciar as duas dimensões – a da moral e a do direito –, conferindo cientificidade e racionalidade à aplicação das normas jurídicas.

Dizer que o positivismo jurídico pregava a aplicação meramente silogística do direito, como fazem Lênio Streck, Luís Roberto Barroso e Ronald Dworkin é, portanto, uma confusão teórica (GOMES; MERLE, 2007, p. 163).

Contudo, exageros retóricos à parte, o positivismo jurídico de fato tinha uma pretensão de separar a dimensão moral da dimensão jurídica, o que possibilitaria o desenvolvimento de

uma verdadeira ciência do direito, axiologicamente neutra, na qual o que não estivesse positivado não pertencia à ordem jurídica – realm of law (GOMES; MERLE, 2007, p. 162).

Kant, apesar de ter precedido cronologicamente o movimento positivista, tendo, como já dito, publicado a primeira edição de sua *Crítica da Razão Pura* em 1781 (KANT, 2008, p. 22), já defendia o que hoje é a principal bandeira do pós-positivismo: a necessária complementaridade entre a moral e o direito (BARRETO; MOTA, 2011, p. 79).

A questão passa pela legitimidade da ordem jurídica, ou seja, pelo fundamento de validade do direito. Após o esvaziamento da perspectiva positivista, que defendia um fundamento de validade apenas formal para o Direito, sendo a “norma hipotética fundamental” de Kelsen o corolário desta concepção, voltamos ao que é o principal desafio da atual Filosofia do Direito: conciliador o jusnaturalismo com o positivismo jurídico (GOMES; MERLE, 2007, p. 164).

Para Barroso (2016, p. 67), as duas correntes foram harmonizadas pelos princípios, já que estes proporcionam uma abertura do sistema jurídico ao sistema da filosofia moral. Os princípios, assim, representariam uma ordem moral de valores condicionantes da interpretação do sistema jurídico como um todo.

É também a concepção de Sarmento (2016, p. 56-57), para quem os princípios são “portas de entrada” da argumentação moral e filosófica no campo jurídico. Para ele, o processo de positivação dos direitos naturais nos códigos e nas constituições liberal-burguesas inclusive teria tornado irrelevante a dimensão moral dos princípios, já que eles passaram a integrar o ordenamento jurídico, o que teria obrigado até mesmo o mais radical positivista a reconhecer sua aplicabilidade.

E ele continua, afirmando que o reconhecimento da força normativa dos princípios, impregnados de conteúdo moral, apesar de não abolir a diferença entre direito e moral, essencial em sociedades complexas, torna muito mais porosas as barreiras existentes entre ambos (SARMENTO, 2016, p. 57).

Pode-se deduzir, a partir da afirmação de Sarmento, que pouca polêmica existe quanto à eficácia jurídica dos princípios quando eles estão positivados no sistema jurídico, até porque, como já visto, até mesmo o próprio Kelsen admitia esta possibilidade, mas que ainda poderia haver resistência quanto aos princípios implícitos, ou seja, aqueles que podem apenas ser deduzidos.

E é por conta deste desafio enfrentado pela filosofia do direito e pelo pós-positivismo que as ideias de Kant merecem ser revisitadas. A hipótese é que o filósofo de Königsberg,

desde o Século XVIII, já teria logrado êxito nessa harmonização entre a moral e o direito, tendo desenvolvido inclusive ideias que são embriões da atual concepção de princípios jurídicos e feito incursões na técnica de solução de conflito entre princípios que hoje conhecemos como ponderação ou sopesamento.

Para Alexandre Traverssoni Gomes (2007, p. 164-165), Kant se antecipou à filosofia do direito atual, podendo ser considerado pós-positivista antes mesmo do surgimento do positivismo jurídico, já que fundamenta sua ética no imperativo categórico e na liberdade, não podendo ser considerado jusnaturalista porque a fundamentação do direito não está em uma ordem natural superior e anterior ao direito positivo, mas também não é positivista, já que prega uma ideia de justiça.

Kant preocupa-se com o fato de que o Direito, apesar de sua importância e prestígio, nunca refletiu filosoficamente sobre os princípios que pudessem servir de fundamento racional para a ciência do direito (BARRETO; MOTA, 2011, p. 83). Tentando responder à histórica questão “o que é o direito”, Kant (2008, p. 75-76) afirma que definir o direito como as leis de algum país em alguma época é irracional, devendo-se abandonar o empirismo em busca de um critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado.

E Kant continua (2008, p. 76-77), estabelecendo como princípio universal do direito que *“qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”*.

Para Kant, essa ideia de liberdade fundamenta a ética de modo geral. Como a ética subdivide-se em moral e direito, conclui-se que ambas as dimensões têm exatamente o mesmo fundamento, estando interconectadas.

Decorre disto que injustiça, para Kant, é a perturbação do estado de livre coexistência, pois o impedimento da liberdade de um não pode subsistir com a liberdade de todos, segundo leis gerais: *“Age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos, segunda uma lei universal”*. Com isso, o Direito limita a liberdade pessoal irrestrita de cada indivíduo no estado de natureza (BARRETO; MOTA, 2011, p. 104).

Em Kant, o sistema de moralidade e o sistema jurídico são necessariamente complementares e o ato moral não disputa com o ato legal, mas sim representa um reforço de suas exigências. E isso porque a moralidade é conformar as máximas de ação com os deveres, ou seja, submeter a liberdade interna a leis que sejam boas e justas universalmente. Já o direito é a soma das condições que permitem que o arbítrio de um indivíduo seja conciliado

com o de outro, segundo uma lei universal de liberdade. Assim, a legalidade, que é o exercício da liberdade externa conforme uma lei universal de liberdade - “conformidade com o dever” - apenas complementa a moralidade, que é o exercício desta mesma liberdade no plano interno - “dever” (BARRETO; MOTA, 2011, p. 98-100).

No plano do direito, contudo, não são analisadas as inclinações do agente ou a finalidade por ele pretendida, bastando que sua ação esteja conforme a lei. É o “agir por dever”, a “necessidade de realizar uma ação por respeito à lei”. O Direito é heterônomo e coativo. Já no plano da moral, a legislação é interior, ou seja, dada ao sujeito por si mesmo, resultando do exercício de sua autonomia e de sua razão prática (BARRETO; MOTA, 2011, p. 101).

Veremos agora as concepções de princípios jurídicos de Robert Alexy e Ronald Dworkin e, em seguida, as principais ideias trazidas por Kant em sua “Doutrina do Direito”, estabelecendo paralelos entre o “direito equívoco” (*ius aequivocum*) de Kant e a atual concepção de princípio jurídico, tecendo considerações sobre as semelhanças entre algumas das técnicas propostas por Kant e a atual ponderação ou sopesamento.

3 PRINCÍPIOS E REGRAS EM ALEXY E DWORKIN

Robert Alexy (2008, p. 87), ao tratar dos critérios diferenciadores dos princípios e das regras, entende que ambas são normas jurídicas. Sua posição é, portanto, contrária àquelas que afirmam existir uma oposição entre normas e princípios. Para o autor, tanto princípios quanto regras são normas justamente porque os dois são formulados por meio de expressões deônticas, ou seja, prescritivas, básicas de dever, permissão e proibição. Em outras palavras, ambos ditam o que deve ser em uma dada realidade.

Neste ponto, é interessante registrar a observação de Eros Roberto Grau (2005, p. 158), para quem os princípios, a despeito de serem proposições jurídicas prescritivas (deônticas), podem ser enunciados sob revestimento não prescritivo. Basta que possam ser extraídos, de uma dada proposição jurídica, efeitos e conseqüências relacionadas a uma obrigação, permissão ou proibição. A forma como esta proposição é enunciada é livre. E isto ocorre justamente porque existe uma diferença entre o enunciado normativo e a norma, ou seja, entre o aspecto formal e o aspecto material.

Há três teses acerca das diferenças entre regras e princípios. A primeira sustenta que esta diferenciação está fadada ao fracasso, visto que a grande quantidade de critérios existentes leva qualquer tentativa a uma contradição. Assim, uma norma pode, por exemplo,

ter um alto grau de generalidade, caso em que seria um princípio, e ser uma norma de comportamento, caso em que seria uma regra. Os critérios existentes colidiriam a tal ponto de tornar a diferenciação impossível. A segunda sustenta que existe uma diferença, mas que esta é apenas de grau. Assim, os princípios seriam diferentes das regras por sua generalidade, e não por seu conteúdo. A terceira tese, com a qual concorda Alexy (2008, p. 89-90), entende que a diferença é qualitativa, e não apenas de grau.

Alexy (2008, p. 90-91) entende que os princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo o âmbito destas últimas determinado pelos princípios e regras colidentes. Assim, eles podem ser satisfeitos em diversos graus. Já as regras são satisfeitas ou não. Elas contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Assim, se uma regra é válida e pode ser cumprida, ela deve ser cumprida.

As diferenças entre regras e princípios também estão nas formas de resolução dos conflitos que entre eles se estabelecem. Alexy (2008, p. 92-93) afirma que o conflito de regras apenas pode ser solucionado mediante a inserção de uma cláusula de exceção ou se uma das regras for declarada inválida. Se uma regra é válida e aplicável a um caso, então ela deve ser aplicada. Duas regras não podem ser ambas válidas e aplicáveis a um mesmo caso, já que isto implicaria numa contradição entre dois juízos concretos de dever-ser. Quando isto ocorre, deve ser inserida em uma das regras uma cláusula de exceção que a torne compatível com a regra colidente. Se isto não for possível, uma delas deve ser declarada inválida, seja pelo critério da anterioridade, especificidade ou generalidade. Assim, o conflito se dá na dimensão da validade.

Alexy (2008, p. 93-94) afirma que a colisão entre princípios, por sua vez, é solucionada de forma completamente distinta. Quando dois princípios entram em conflito, um deve ceder. O princípio que é afastado não é, contudo, declarado inválido ou tampouco é inserida uma cláusula de exceção. O princípio tem precedência em face de outro apenas sob determinadas condições. Alterado o caso concreto, poderia prevalecer o outro princípio. Assim, o conflito se dá na dimensão do peso, prevalecendo o que pesa mais.

Alexy (2008, p. 97) afirma que não há princípios absolutos. E isto porque não há relações incondicionadas de precedência, ou seja, não há precedências abstratas ou absolutas. Um princípio só prevalece sobre outro em certas situações concretas. E é justamente por isto que o autor considera correta apenas a expressão matemática $(P1 \succ P2)C$, sendo P1 um

determinado princípio, P2 um princípio colidente e C as condições do caso concreto. P1 tem peso maior que P2 quando presentes estas condições. Não há, entretanto precedência absoluta, que poderia ser expressa através da expressão matemática $P1 \succ P2$, significando que P1 sempre deverá prevalecer.

Alexy (2008, p. 99) faz referência, ainda, a uma Lei de Colisão, que ele explica através da seguinte expressão lógica e matemática:

(K) Se o princípio P1 tem precedência em face do princípio P2 sob as condições C: $(P1 \succ P2)$, e se do princípio P1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então, vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: $C \rightarrow R$.

A tese é bastante interessante, já que da precedência de um princípio decorre uma regra que será aplicada em um determinado caso concreto. Da precedência de P1 em certas condições, resultará uma consequência.

Neste sentido, princípios contêm mandamentos *prima facie*. Ainda que um princípio seja relevante para um dado caso concreto, isto não significa que ele será utilizado. A aplicação dos princípios sempre depende das possibilidades fáticas e jurídicas. Isto não significa, entretanto, que as regras sempre contenham mandamentos definitivos. Se uma cláusula de exceção é, por exemplo, inserida a uma regra, então ela não continha um mandamento definitivo. Mas este caráter *prima facie* das regras nunca será igual ao dos princípios. Estes, por mais carga valorativa que se ponha em seu favor, somente prevalecerão em certas circunstâncias.

Já Dworkin (2002, p. 39-40) afirma que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica. Ambos apontam para certas decisões, em certas situações específicas. A diferença está na natureza desta orientação, já que as regras são aplicadas de uma maneira “tudo-ou-nada”. Ou elas são válidas, caso em que devem ser aplicadas integralmente, ou elas são inválidas, caso que não devem ser aplicadas.

Dworkin (2002, p. 40) exemplifica sua assertiva com as regras de um jogo de beisebol. Se há uma regra afirmando que o bateador que errou três bolas é eliminado, então ele será eliminado quando errar três bolas. Caso existam exceções a esta regra, elas devem estar contidas em seu enunciado, sob risco de incompletude. Não haveria, ao menos em teoria,

qualquer empecilho para a listagem completa das exceções¹. Quanto mais exceções fossem arroladas, mais completo estaria o enunciado da norma.

Em nossa Constituição Federal, são regras, por exemplo, os artigos 77 e 81. O artigo 77 dispõe que a eleição do Presidente e do Vice-presidente ocorrerá de forma simultânea, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. Já o artigo 81 determina que, em caso de vacância dos cargos de Presidente e Vice-presidente, deverá ocorrer nova eleição em noventa dias, contados da abertura da última vaga. Verifica-se, assim, que estas normas devem ser aplicadas no todo. Caso haja desrespeito a qualquer de suas disposições, haverá uma inconstitucionalidade. A regra é aplicada no todo ou não é aplicada. Não há meio-termo.

Já os princípios não trazem conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Há, por exemplo, o princípio de que ninguém se beneficiará de sua própria torpeza, mas não é também verdade que se um preso foge da prisão e faz um investimento brilhante, ele mantém seus lucros? Não existe também a usucapião não fundada em boa-fé? E tampouco se pode afirmar que estas situações são meras exceções ao princípio, já que as possibilidades são inúmeras e não podem sequer teoricamente ser listadas (DWORKIN, 2002, p. 40-41).

O princípio enuncia uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas há também outros princípios e outras políticas que argumentam em outra direção. Se estas outras razões se mostrarem mais fortes no caso concreto, então o princípio não será aplicado. Isto não significa, entretanto, que ele seja inválido, já que se em outra situação ele for mais forte, então é ele que prevalecerá (DWORKIN, 2002, p. 41-42).

Os princípios têm, portanto, uma dimensão de peso ou importância. Quando dois princípios se inter cruzam, o conflito é solucionado pela força relativa de cada um deles. Já as regras não têm esta dimensão. Elas não podem ser consideradas mais ou menos importantes. Se duas regras estão em conflito, então uma delas não é válida. O próprio ordenamento jurídico se encarrega de determinar qual das regras não será válida, seja pelo critério da especialidade, da hierarquia, da anterioridade ou da sustentação pelos princípios mais importantes (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

1 Alexy discorda de Dworkin neste ponto, afirmando que as cláusulas de exceção não são nem ao menos teoricamente enumeráveis, já que nunca é possível afirmar, em um novo caso, que não será necessária a introdução de uma cláusula de exceção.

Dworkin (2002, p. 44-45) alerta que nem sempre a diferença entre os princípios e as regras é clara apenas pela forma de seu enunciado normativo. Ele dá como exemplo uma norma que afirmava ser nulo todo contrato que implicasse proibição de comércio. A Suprema Corte Americana entendeu que o dispositivo deveria ser interpretado como se dissesse ser nulo todo contrato que implicasse proibição de comércio não razoável. Assim, a norma passou a funcionar como regra do ponto de vista lógico, já que deve ser declarado nulo todo contrato que implique numa proibição não razoável ao comércio, e como princípio do ponto de vista substancial, já que apenas levando em conta vários princípios e normas é possível determinar o que é razoável ou não. Palavras como “razoável”, “negligente” e “injusto” fazem com que a aplicação da regra dependa da utilização de princípios e políticas que estão fora dela. Isto não significa, entretanto, que a regra é um princípio.

Para Dworkin, os princípios são, portanto, normas que não têm condições de aplicação pré-determinadas. Diante de um caso concreto, o aplicador do direito buscará determinar quais são as questões de fato (o que ocorreu), quais são as questões jurídicas (as leis aplicáveis ao caso) e quais são as questões interligadas à moralidade e fidelidade (o que é certo ou errado) (CAUDURO, 2007, p. 41-42).

Dworkin afirma que a interpretação da norma deve sempre ocorrer no caso concreto, já que a interpretação literal e isolada da lei afasta o juiz da busca do que é moralmente correto. O aplicador do direito deve agir com prudência, buscando um resultado que represente a vontade do povo, ainda que isto contrarie a interpretação literal do dispositivo (CAUDURO, 2007, p. 43-44).

Assim, o julgador, diante de um caso difícil, deve valer-se das normas já existentes no sistema, mas sempre as interpretando com base na política, nos princípios e nos precedentes judiciais (CAUDURO, 2007, p. 46).

Dworkin defende o direito como integridade. Uma decisão seria justa quando respeitasse a integridade do direito, fornecendo a resposta correta, ainda que esta não se baseie na estrita legalidade. Quando há conflito entre princípios, por exemplo, a decisão deve partir do caso concreto e revelar que princípio melhor se amolda ao caso. Esta decisão não deixa de ser racional, já que tem por base um sistema de regras e princípios (SÁ, 2001, p. 169-171).

4 O DIREITO EQUÍVOCO DE KANT E O TRATAMENTO POR ELE CONFERIDO AO CONFLITO ENTRE DEVERES

Kant subdivide os deveres éticos em deveres de virtude e deveres de direito e concebe três critérios para diferenciá-los: a) coercibilidade; b) amplitude; c) possibilidade de exceções. Vejamos em detalhes cada uma destas distinções (GOMES; MERLE, 2007, p. 122)

Em primeiro lugar, os deveres de virtude são aqueles que não podem ser impostos coercitivamente, admitindo apenas autoconstrangimento. Já os deveres de direito admitem coerção externa (GOMES; MERLE, 2007, p. 123)

Em seguida Kant elucida que os deveres de virtude são amplos, já que a ética não prescreve leis para ações, mas sim máximas para ações, deixando uma margem para a livre escolha, até porque a lei não poderia, ainda que assim pretendesse, especificar precisamente de qual maneira alguém deve agir e quanto alguém precisa fazer para, através da ação, alcançar esse dever que o fim da conduta. Já os deveres de direito são estritos, já que o Direito dita leis para ações. (GOMES; MERLE, 2007, p. 123)

Como elucida Rawls (2005, p. 215), os deveres de justiça (ou deveres de direito) podem ser externamente legislados e impingidos, ou impostos a nós por outrem através de sanções, punições ou recompensas, sendo suficiente um ato específico nosso, independentemente do motivo, que pode inclusive ser um interesse próprio. Por outro lado, os deveres éticos (ou deveres de virtude) não podem ser externamente impostos, devendo ser impostos por nós mesmos através de uma legislação interna. São deveres de agir segundo um certo motivo.

Por fim, Kant trata da possibilidade de exceções. Os deveres perfeitos seriam justamente aqueles que não admitiriam exceções, ao contrário dos imperfeitos. Os deveres de virtude, em sua amplitude, seriam imperfeitos, visto que são máximas para ações. Já os deveres de direito seriam perfeitos (GOMES; MERLE, 2007, p. 126).

É principalmente nesse terceiro critério distintivo que Alexandre Traverssoni Gomes (2007, p. 138-150) encontra incoerências na doutrina do direito de Kant, já que este, para solucionar alguns problemas práticos advindos de uma aplicação rigorosa de sua teoria, concebeu o conceito de um direito equívoco, que seria aquele para o qual não existiria uma lei definidora de competência coercitiva, ou seja, uma lei que permitisse o uso da coerção pela máquina do Judiciário.

Um exemplo disso seria a equidade, que Kant (2008, p. 80-81) define da seguinte forma: “o direito mais estrito é a maior injustiça”. Se um contrato determina que os sócios dividam igualmente os lucros, mas um sócio contribuiu mais que os outros, este sócio pode exigir receber mais quando da dissolução da sociedade, ainda que inexistente previsão escrita. Da mesma forma, um empregado que recebe apenas no final do ano pode exigir um pagamento superior ao inicialmente combinado caso tenha ocorrido depreciação da moeda no período.

Como nenhum sistema jurídico pode precisar, de antemão, as condições necessárias para que uma corte defina de que maneira a equidade seria exercida, Kant afirma que não é possível que o caso seja submetido a um juiz, o que também torna impossível o uso da coerção. Uma “corte de equidade” só seria possível se o juiz fosse a própria pessoa a suportar as consequências, a exemplo de uma Coroa que decidisse ela mesma indenizar aqueles que sofreram danos prestando serviços para ela (KANT, 2008, p. 80-81).

Por conta desta situação peculiar, Kant acaba por afirmar que a equidade não é nem um dever de virtude e nem um dever de direito, já que ela não se adequa perfeitamente a nenhuma das duas categorias. Para ele, a equidade é um direito amplo (*ius latium*) que não pertence ao sistema legal e não admite coerção (KANT, 2008, p. 79).

Neste ponto, fica óbvia a grande semelhança existente entre a concepção pós-positivista de princípio jurídico tratada no tópico anterior e o direito equívoco de Kant, já que ambos estão na zona de interseção entre a moral e o direito. A equidade referida por Kant nada mais é que um valor de justiça e igualdade, não sendo possível sua definição *a priori*, mas tão somente diante do caso concreto.

Na hipótese de Alexandre Traverssoni Gomes (2007, p. 140), Kant não conseguia conceder um Direito que não tivesse precisão matemática e que não determinasse exatamente o que alguém deve fazer.

Kant apresenta, contudo, uma solução diferente quando traz o exemplo de um contrato de locação que não prevê a possibilidade de rompimento em caso de sucesso na venda do imóvel a terceiro. Ele sustenta ser possível o rompimento do contrato, desde que o locatário soubesse ou devesse ter sabido da promessa do locador ao futuro comprador (GOMES; MERLE, 2007, p. 144).

São soluções diametralmente opostas, já que, a despeito de inexistência, em ambos os casos, de regras escritas que permitam as exceções contratuais, Kant não as admite em um caso, mas as admite em outro.

Tudo indica que Kant atribuía grande importância às regras escritas, justamente pela segurança jurídica que elas são capazes de fornecer, mas tentou harmonizar sua teoria com os problemas práticos que qualquer formulação demasiado rígida se vê forçada a enfrentar, incorrendo em incongruências no seu raciocínio.

Neste ponto da análise, é forçoso lembrar que Kant concebeu sua Doutrina da Virtude e sua Doutrina do Direito no Século XIX, quando categorias menos rigorosas de normas jurídicas, como é o caso do atual conceito de princípio, não eram sequer imaginadas pelos juristas.

Fazendo um paralelo com os conceitos pós-positivistas, pode-se afirmar que a “Doutrina do Direito” de Kant está voltada para o que hoje chamamos de regras jurídicas, cuja aplicação ao caso concreto exige menos da discricionariedade do magistrado. Mas ele já intuía a existência de uma categoria mais ampla, encravada entre a dimensão moral e a dimensão jurídica, cuja aplicação não poderia ser precisada aprioristicamente, mas apenas e tão somente diante de uma situação específica. Não foi tão longe, contudo, a ponto de considerar esta categoria como uma norma jurídica passível de coercibilidade.

É um exercício meramente especulativo imaginar que alterações teria Kant feito em sua doutrina caso vivesse nos dias atuais, mas parece emblemático que ele tenha definido deveres de direito como leis para ações e deveres de virtude como máximas para ações quando Robert Alexy (2008, p. 90), já no século XX, define os princípios como “mandamentos de otimização”.

Considerando que o imperativo categórico é, em última instância, o fundamento do princípio do direito e aquilo que justifica o uso da coerção, não seriam os princípios, com sua forte base axiológica, justamente a porta de entrada dos deveres de virtude no sistema jurídico? Expliquemos melhor tal hipótese.

Como já referido, para Kant *“qualquer ação é justa se puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”* (KANT, 2008, 76-77). A doutrina do direito de Kant, portanto, e sua concepção de ação justa, deriva de um princípio supremo de moralidade: o imperativo categórico, que é justamente essa universalização do uso externo da liberdade (GOMES; MERLE, 2007, p. 134).

Kant legitima o uso da coerção na aplicação das leis entendendo que, ao contrário da vítima, cuja liberdade é completamente suprimida, o infrator é alguém que escolheu

livremente agir, a despeito de conhecer as consequências de sua conduta. O grau de interferência na liberdade do infrator é muito menor do que a supressão da liberdade da vítima, o que faz com que a coerção contribua para uma liberdade universal (GOMES; MERLE, 2007, p. 135).

Em outras palavras, a doutrina do direito e a doutrina da virtude de Kant estão intimamente ligadas, estando ambas fundadas no imperativo categórico e, conseqüentemente, na liberdade, razão pela qual tanto os deveres de direito quanto os deveres de virtude são deveres éticos.

Kant também parece ter intuído a inexistência de princípios absolutos e a necessidade de ponderá-los quando em conflito no caso concreto. O seguinte trecho de *Metafísica dos Costumes* elucida o motivo de tal afirmação:

Um conflito de deveres (collisio officiorum, s. obligationum) seria uma relação recíproca na qual um deles cancelasse o outro (inteira ou parcialmente). Mas visto que dever e obrigação são conceitos que expressam a necessidade prática objetiva de certas ações, e duas regras mutuamente em oposição não podem ser necessárias ao mesmo tempo, se é um dever agir de acordo com uma regra, agir de acordo com a regra oposta não é um dever, mas mesmo contrário ao dever; por conseguinte, uma colisão de deveres e obrigações é inconcebível (obligationes non colliduntur). Entretanto, um sujeito pode ter numa regra que prescreve para si mesmo dois fundamentos de obrigação (rationes obligandi), sendo que um ou outro desses fundamentos não é suficiente para submeter o sujeito à obrigação (rationes obligandi non obligantes), de sorte que um deles não é um dever. Quando dois fundamentos tais conflitarem entre si, a filosofia prática diz não que a obrigação mais forte tem precedência (fortior obligatio vincit), mas que o fundamento de obrigação mais forte prevalece (fortior obligandi ratio vincit) (KANT, 2008, p. 67).

O fundamento da obrigação nada mais é, nesse caso, do que um valor, afirmando Kant, portanto, que quando dois deveres estão em conflito deve-se analisar que valor é mais forte para que se possa definir qual prevalecerá.

Exemplos dados pelo próprio Kant (2008, p. 264-265) ajudam a esclarecer a questão. Ele sustenta que existe um dever de não se suicidar, já que dispor de si mesmo como um mero

meio para algum fim discricionário é rebaixar a humanidade na própria pessoa e uma supressão da moralidade pela eliminação do sujeito desta mesma moralidade.

Contudo, ao falar dos estóicos, que pensavam ser uma prerrogativa da personalidade do sábio deixar a vida segundo seu critério, com serenidade de alma, livre da pressão de males presentes e antecipados pelo fato de não poder ser mais útil na vida, Kant afirma que *“deveria ter havido nessa própria coragem, nessa força de alma de não temer a morte e conhecer algo a que um ser humano pode atribuir um valor ainda mais elevado do que ao da sua vida, um motivo ainda mais forte para ele não destruir a si mesmo (...)”*.

O que ele afirma, portanto, é que devemos buscar um valor mais importante que nossa própria vida para evitar o suicídio, mas e se esse valor não existe? E se esse valor tem tamanha importância que justifica a supressão da vida? O próprio Kant levanta alguns questionamentos. É assassinato de si mesmo lançar-se a uma morte certa com o propósito de salvar a pátria? É errado o suicídio quando alguém, acometido de raiva, ceifa a própria vida para evitar ferir os outros em acessos de loucura? (KANT, 2008, p. 265).

Kant não apresenta respostas para suas questões casuístas, o que parece indicar que ele não conseguiu reconhecer a existência de um dever apriorístico de não cometer suicídio, sendo necessária a análise caso a caso.

A despeito de vozes em sentido contrário, Alexandre Traverssoni Gomes (2007, p. 172-173) defende que existe, na filosofia prática de Kant, um senso de adequação, ou seja, uma tentativa de adaptar leis gerais a um caso concreto para evitar graves injustiças, afirmando Kant, por exemplo, que deveres éticos não podem especificar precisamente o que alguém pode fazer, deixando uma folga para a livre escolha.

O trecho pouco acima transcrito, em que Kant trata dos conflitos entre deveres, seria um exemplo da adequação proposta pelo filósofo, já que os mesmos fundamentos de obrigação podem gerar soluções diferentes a depender do caso em análise, sendo a escolha do fundamento mais forte direcionada pelo imperativo categórico, ou seja, por um teste de universalização de máximas (GOMES; MERLE, 2007, p. 175).

5 CONCLUSÕES

O Século XX foi marcado pelas ideias do positivismo jurídico e por sua preocupação com o desenvolvimento de uma verdadeira ciência do direito, que separasse a dimensão jurídica da dimensão moral.

Como afirma Kelsen (2008, p. 5) no prefácio a primeira edição de sua “Teoria Pura do Direito”, sua intenção foi alçar a Ciência do Direito à altura de uma autêntica ciência, aproximando, tanto quanto possível, os resultados obtidos do ideal de toda ciência, ou seja, objetividade e exatidão.

Mas foi também durante o Século XX que adveio a experiência que talvez mais tenha repercutido nos rumos da sociedade contemporânea: os horrores da 2ª Guerra Mundial e do holocausto dos judeus.

Com isso, os debates acerca dos direitos humanos voltaram à cena, tendo muitos deles sido consagrados como direitos fundamentais nas constituições contemporâneas.

Como muitos destes direitos fundamentais possuem um caráter abstrato e eminentemente axiológico, sua positivação ocorre principalmente na forma de princípios, e não regras jurídicas. E há ainda princípios implícitos, ou seja, não positivados no ordenamento jurídico.

Um dos maiores desafios do pós-positivismo é, portanto, o de definir os critérios de interpretação e aplicação destes princípios jurídicos.

Essa resposta não pode ser encontrada nem no jusnaturalismo, que entendia que os direitos naturais eram universais, gerais e intuitivos e tinham prevalência sobre os direitos positivados, e nem no positivismo, que expurgava do reino do direito tudo aquilo que não estivesse positivado, separando o mundo da moral do mundo do direito.

É tarefa do pós-positivismo fazer a síntese entre essas duas correntes do pensamento jurídico e, para isso, é essencial revisitar Kant que, desde o Século XVIII, já afirmava serem complementares a dimensão moral e a dimensão jurídica, compondo ambos a Ética.

O imperativo categórico de Kant, fundado, em última instância, na liberdade, é a base tanto de sua Doutrina do Direito quanto de sua Doutrina das Virtudes. Assim, uma ação justa é aquela em que o indivíduo exercita sua liberdade sem impedir que outros indivíduos também exercitem suas liberdades, devendo as escolhas de condutas ser feitas pensando na universalização do comportamento, sempre através de um juízo racional.

Enquanto na dimensão moral o indivíduo age porque verdadeiramente acredita na importância e virtude do comportamento adotado, na dimensão jurídica é indiferente a motivação da conduta, bastando que a ação seja conforme a lei.

Tanto a moral quanto o direito têm, contudo, o mesmo fundamento, que é o de permitir a convivência pacífica das liberdades de todos os indivíduos que compõem uma determinada sociedade.

Daí porque há quem afirme, a exemplo de Alexandre Traverssoni Gomes, que Kant defendeu as ideias pós-positivistas antes mesmo do surgimento do positivismo jurídico.

Kant também desenvolveu o conceito de “direito equívoco”, que é uma categoria jurídica encravada entre os deveres jurídicos e os deveres morais.

O maior exemplo de Kant de um direito equívoco, que é a equidade, evidencia que o filósofo enfrentou uma dificuldade de enquadramento, já que a equidade, por um lado, não pode ser assegurada de maneira coercitiva, como um dever jurídico, já que inexistem critérios objetivos que permitam ao juiz sua aplicação ao caso concreto, mas, de outro lado, é uma norma de aplicação heterônoma, podendo as partes demandar sua aplicação a uma “corte de equidade”.

O “direito equívoco” de Kant aproxima-se bastante, portanto, do atual conceito de princípio jurídico.

Neste sentido, pode-se afirmar que tanto os direitos equívocos de Kant quanto os princípios jurídicos são categorias jurídicas que se encontram na zona de interseção entre o direito e a moral, ou seja, são normas repletas de conteúdo valorativo cujos critérios de interpretação e aplicação não podem ser definidos *a priori*, mas somente diante do caso concreto.

Ademais, Kant defende, em caso de conflito entre deveres, a análise do peso do fundamento de cada dever, devendo prevalecer aquele de maior peso, formulação que muito se assemelha à técnica da ponderação ou sopesamento desenvolvida por dois dos mais importantes juristas contemporâneos: Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Tanto Kant quanto os pós-positivistas demonstram, portanto, que não há como separar completamente, como almejavam os positivistas, o reino da moral do reino do direito, já que ambos estão fundados nos mesmos valores. Um sistema jurídico que não oxigenado por categorias jurídicas imbuídas de moral é injusto e incapaz de proteger os direitos de liberdade de seus cidadãos.

Mas tampouco se pode admitir uma aplicação das regras jurídicas que não passe por critérios de racionalidade, por técnicas de adequação, ponderação ou sopesamento, como defendia o jusnaturalismo.

Assim, o pensamento de Kant e sua extensa produção acerca do sistema de moralidade e do sistema jurídico alinham-se perfeitamente ao movimento pós-positivista, merecendo suas considerações, inicialmente descartadas pelo positivismo, ser agora revisitadas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARRETTO, Vicente de Paulo; MOTA, Maurício. **Por que Estudar Filosofia do Direito?:** Aplicações da Filosofia do Direito nas Decisões Judiciais. Brasília: ENFAM, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. 4ª Reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.
- CAUDURO, Joseane. **O conceito de eutanásia em Ronald Dworkin**. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2007, 107 p. Dissertação (Mestrado).
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GOMES, Alexandre Traverssoni Gomes; MERLE, Jean-Christophe. **A Moral e o Direito em Kant: Ensaio Analítico**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 2ª ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito: Introdução à Problemática Científica do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MORRIS, Clarence (org.). **Os Grandes Filósofos do Direito: Leituras Escolhidas em Direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. Revisão da tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. Organizado por Barbara Herman. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. Revisão da tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.