

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
CENTRO DE FILOSOFIA E EDUCAÇÃO  
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA**

**MATEUS SALVADORI**

**PARA ALÉM DA JUSTIÇA FORMAL  
Hegel e o formalismo kantiano**

Porto Alegre

2014

**MATEUS SALVADORI**

**PARA ALÉM DA JUSTIÇA FORMAL**

**Hegel e o formalismo kantiano**

Tese de Doutorado apresentada como requisito necessário para a obtenção do título de Doutor em Filosofia na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre

2014

**MATEUS SALVADORI**

**PARA ALÉM DA JUSTIÇA FORMAL**

**Hegel e o formalismo kantiano**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia como requisito necessário para a obtenção do título de Doutor em Filosofia na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador:

Prof. Dr. Thadeu Weber - PUCRS

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Agemir Bavaresco - PUCRS

Prof. Dr. Inácio Helfer - UNISINOS

Profa. Dra. Maria de Lourdes A. Borges - UFSC

Prof. Dr. Rudinei Müller - IFRGS

Conceito:

Aprovado

Porto Alegre, 26 de outubro de 2014

Para meus pais e Louise

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Thadeu Weber,  
pela amizade, manifesta em incentivo e paciência nas orientações  
ao longo da confecção desta tese.

Esta pesquisa contou com apoio financeiro do CAPES e  
com o aporte institucional da PUCRS.

*“O conceito de ‘justiça’ é, em geral simbolizado de modo bem determinado: como a Justitia, de olhos vendados, com uma balança numa das mãos e uma espada na outra. Os olhos vendados simbolizam a imparcialidade, sua característica central; a balança representa a ideia de ponderação, de medida igual, que atribui ‘a cada um o seu’; a espada sublinha o caráter definitivo e a autoridade de seu juízo. A justiça é a virtude político-moral mais elevada, pela qual podem ser medidas como um todo as relações jurídicas, políticas e sociais – a estrutura básica da sociedade” (FORST, 2010, p. 07).*

## RESUMO

Esta tese tem um duplo objetivo: defender a crítica de Hegel ao formalismo kantiano e demonstrar que, a partir da teoria da justiça de Hegel, há uma superação da justiça formal kantiana. Enquanto Kant, por meio do imperativo categórico do direito, permanece preso ao formalismo, Hegel, através de uma teoria da justiça não formal, aponta os princípios conteudísticos para, a partir deles, estabelecer deveres particulares. Para além, Kant, ao tratar do direito, conduz uma fundamentação moral do jurídico; porém, diante do direito de equidade e do direito de necessidade, ele acaba não os reconhecendo como direitos, e afirma que o juiz nada pode fazer em relação a eles, pois ambos são “direitos duvidosos”. Para Hegel, por sua vez, o direito de emergência não é uma mera concessão, mas um direito fundamental. E, ao tratar do “direito de dizer não”, da Constituição (não formal, não valorativa e não normativa) e do “espírito do mundo” (como um critério de justiça não formal), ele defende que o formalismo é insuficiente, uma vez que, sem princípios conteudísticos, não é possível conhecer o “meu dever”. Segue-se que uma teoria da justiça deve ser construída a partir do *ethos* de um povo. *Estado, Direito, justiça e liberdade* são os conceitos centrais desta tese.

**Palavras-chave:** Kant; Hegel; justiça; Direito; moralidade; eticidade; história, liberdade.

## ABSTRACT

This thesis has a dual purpose: to defend Hegel's criticism of Kant's formalism and to show that, from Hegel's theory of justice, there is an overcoming of Kant's formal justice. While Kant remains attached to the formalism by the categorical imperative of duty, Hegel, through a non-formal theory of justice, points out contentful principles in order to establish particular duties from them. In addition, Kant, when dealing with the law, carries a moral justification of the legal; however, in front of the law of equity and of the law of necessity, he ends up not recognizing them as rights and claiming that the judge cannot do anything about them because both of them are "doubtful rights". For Hegel, in turn, the emergency law is not merely a concession, but a fundamental right. Moreover, when dealing with the "right to say no", the Constitution (non-formal, non-judgmental and non-normative) and the "World Spirit" (a non-formal criterion of justice), he argues that formalism is insufficient, since without contentful principles one cannot know "my duty". It follows that a theory of justice must be built from the *ethos* of a people. *State, Law, justice* and *freedom* are the central concepts of this thesis.

**Keywords:** Kant; Hegel; justice; Law; morality; ethnicity; history; freedom.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1. A JUSTIÇA FORMAL EM KANT .....	16
1.1 Arbítrio, desejo e faculdade de desejar inferior e superior .....	17
1.2 Moralidade e legalidade .....	23
1.3 Direito de equidade e direito de necessidade .....	34
2. DIREITO E JUSTIÇA EM HEGEL .....	47
2.1 Direito, justiça e liberdade .....	50
2.2 Via da cura e da expiação .....	56
2.3 Responsabilidade e direito de emergência .....	67
3. PARA ALÉM DA JUSTIÇA FORMAL .....	77
3.1 O “direito de dizer não” como instância mediadora das determinações ético-políticas.....	81
3.2 Uma fundamentação ética e não formal da Constituição.....	91
3.3 O tribunal da história como critério de justiça não formal .....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117

## INTRODUÇÃO

Qual é o critério que deve perpassar por uma teoria da justiça? Que critério de fundamentação e de justificação um princípio deve ter para se justificar enquanto princípio? Como justificar e fundamentar as normas éticas, morais e jurídicas? A justiça depende do contexto e da história ou deve ser pensada de forma apriorística, formal e abstrata?

A grande questão continua sendo se os seres humanos são independentes uns em relação aos outros com características únicas ou se são seres sociais moldados pelo grupo em que estão inseridos. Refletir sobre o justo e o Direito é fundamental para a democracia, pois é a partir do justo (de cada sociedade) que o Direito e seus operadores visam uma defesa de seus valores fundamentais.

O homem é um *zoon politikon* no interior de uma *pólis* (Aristóteles). É parte do espírito objetivo da eticidade e a sua liberdade só se concretiza dentro de instituições sociais (Hegel). O *self* isolado é uma abstração. Somente é possível pensar o indivíduo dentro de uma comunidade. Somente é possível pensar uma teoria da justiça dentro de um contexto. A presente tese intitulada *Para além da justiça formal: Hegel e o formalismo kantiano* tem como tema a defesa da concepção da justiça e do direito hegeliana como superação do direito e da justiça formal kantiana através do conceito de mediação e de concretização da ideia de liberdade.

As teorias de Kant e de Hegel são fundamentais para a ética, para a filosofia política e jurídica contemporânea. Enquanto Kant afirma que o alicerce de sua filosofia prática acerca da política é a moral, Hegel, ao criticar Kant e o contratualismo, defende que a política não deve ser pensada a partir da moralidade, mas a partir da eticidade (vida ética), ou seja, a partir das instituições sociais e dos valores e costumes da sociedade. O *ethos*, portanto, é fundamental ao se tratar de justiça. O direito e as leis são resultado da religião, da arte, dos costumes e da história. A construção de um procedimento abstrato e formal, que não considera o conteúdo, mas apenas a forma do

arbítrio, é insuficiente, pois assim poder-se-iam justificar leis injustas. Uma teoria da justiça jamais poderia justificar isso, pois senão ela cairia em contradição.

Os problemas que movem esta tese são o seguinte: Como explicitar uma fundamentação moral do direito? Por que Kant não resolve o problema do direito da equidade e do direito da necessidade a partir dessa fundamentação? Qual é a justificativa da punição? A função da pena é a via da cura (a punição é um direito do criminoso) ou a via da expiação (a responsabilidade do crime é do criminoso)? A pena é uma necessidade ética (imperativo categórico) ou uma necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena)? Qual é o alcance objetivo da responsabilidade? Somente se é responsável pelo saber e pelo querer? O agente pode ser responsabilizado pelas consequências não previstas de sua ação? O direito de emergência, tratado por Hegel, supera o formalismo kantiano? O “direito de dizer não”, como instância mediadora das determinações ético-políticas, a fundamentação ética e não formal da Constituição e o tribunal da história como critério de justiça não formal superam uma teoria da justiça formalista? Enfim, a crítica de Hegel ao formalismo jurídico kantiano é válida e plausível? Até que ponto o princípio da liberdade hegeliana supera o conceito de justiça formal kantiana?

Defende-se a tese de que a crítica de Hegel ao formalismo jurídico kantiano é válida e plausível. O contexto, portanto, é essencial para a justiça. Critérios meramente *a priori* e universais são insuficientes para uma teoria da justiça. O objetivo desta tese é fazer uma crítica ao critério formal da justiça e do direito, apresentando, por meio da filosofia hegeliana, o desdobramento objetivo da ideia da liberdade nas instituições sociais. Se o princípio não nos diz o que deve ser feito, ele permanece em uma indeterminação abstrata. É do “espírito do povo” que surgem princípios práticos a partir da cultura, da história, dos costumes e das origens. A liberdade natural e imediata é uma abstração. A liberdade, através das mediações, se torna substancial e isso ocorre por meio das instituições sociais. Através das famílias, das corporações e das leis estatais os sujeitos são determinados. A vontade natural (primeira natureza) é superada pela vontade mediatizada (segunda natureza). A eticidade somente é possível na segunda natureza.

Justiça, direito, moralidade, eticidade, liberdade e contradição são conceitos centrais para a presente tese. A liberdade no sentido positivo, segundo Kant, é a liberdade como sendo autonomia. Agir com liberdade é agir visando que a ação seja universalizável. A motivação moral não deve ser buscada na matéria, pois senão a ação

jamais poderia ser universal. Já para Hegel, a liberdade implica mediação e reconhecimento. Leis éticas e leis jurídicas, segundo Kant, têm validade apriorística. Portanto, o objetivo central em Kant é demonstrar, a partir do “entendimento mais vulgar”, o princípio supremo da moralidade e da justiça formal.

A contradição, para Kant, ocorre quando o sujeito quer que o princípio seja objetivamente válido para todos, porém querendo, ao mesmo tempo, que haja uma exceção em favor a si próprio. Isso é caracterizado como um ato contraditório, imoral e injusto, pois querer que a máxima continue valendo universalmente para todos, reconhecendo objetivamente a sua validade como princípio, mas querer abrir uma exceção para si mesmo devido às suas inclinações subjetivas significa caracterizar a ação como injusta.

Hegel diz que não pode haver contradição se nada for determinado. Portanto, não há contradição na indeterminação. O critério da não contradição de Kant é, segundo Hegel, vazio e indeterminado, pois ele serve tanto para justificar quanto para negar o depósito, por exemplo. Somente determinando o conteúdo é possível tratar acerca do justo e do injusto, segundo Hegel.

Forma e conteúdo não estão separados, mas unidos. Quando a fundamentação da justiça é apenas formal, é impossível diferenciar atos justos de atos injustos. Isso somente é possível se houver um processo de mediação. Sem mediação não há contradição. Um exemplo tratado por Hegel acerca da possibilidade da existência de exceções é o direito de emergência. A vida é um direito que está acima dos outros e, por isso, é possível lesar o direito da propriedade, por exemplo, para garantir o direito da vida. Portanto, exceções, em casos extremos, não são somente possíveis, mas também necessárias. Kant jamais aceitaria qualquer forma de exceção, pois isso geraria contradição e imoralidade. Isso mostra que a justiça formal kantiana é insuficiente. A mediação e o conteúdo são essenciais para uma teoria da justiça.

O primeiro capítulo desta tese (A justiça formal em Kant) investiga a moralidade, a legalidade e a teoria da justiça kantiana a partir de seu universalismo e de seu formalismo. As leis da liberdade - leis morais - englobam tanto as leis éticas quanto as leis jurídicas e elas se diferenciam a partir de sua motivação interna e externa, respectivamente. O direito, portanto, possui uma fundamentação moral provinda da razão. O princípio da autonomia é característica das duas formas de legislação.

A relação entre liberdade e lei é central tanto para o direito quanto para a ética. Ao tratar do jurídico, Kant distingue o direito natural do direito positivo. O direito

natural tem como fonte a razão e é, portanto, *a priori*. Ele refere-se ao justo. O direito positivo relaciona-se com as leis positivadas pelo legislador. Direito positivo é direito posto pelo homem. Está situado, portanto, no espaço e no tempo. Esse direito surge a partir do direito natural, ou seja, ele deve se embasar nas leis naturais e metafísicas. O direito positivo diz apenas o que é lícito e ilícito, mas jamais o que é justo e injusto. A justiça é definida apenas pelo direito racional. O *dever ser* não pode ser definido a partir do *ser*. Isso é cair em falácia naturalista. Kant evita tanto a falácia naturalista quanto a falácia normativista. Somente a razão define o que é justo e injusto. O direito empírico não faz isso.

Kant aborda a existência de um direito no sentido estrito e um direito no sentido lato (“direito equívoco”: equidade e direito de necessidade). Ele destaca que o direito estrito “é a maior injustiça” e que não é possível remediar o mal dos “direitos equívocos” pela via judicial. Assim, ele trata desses dois direitos – equidade e direito de necessidade - apenas internamente. Apesar de realizar uma fundamentação moral e metafísica do jurídico, Kant não resolve o problema do direito de equidade e do direito de necessidade a partir dessa fundamentação. Por isso, Kant será criticado nesta tese a partir do pensamento hegeliano. Será defendido, neste capítulo, que uma teoria da justiça formal, nos moldes kantianos, é insuficiente, pois quando se trata do direito e da justiça, além da forma é necessário também abordar o conteúdo. Conforme Hegel, por meio da mediação das vontades e seus conteúdos (interesses) é possível legitimar as leis e as instituições sociais. Somente através do nível da objetividade (e não da subjetividade) e do conteúdo histórico (e não da validade apriorística do imperativo categórico), o direito e a justiça devem ser pensados.

O segundo capítulo (Direito e justiça em Hegel) estuda a superação da justiça formal a partir da teoria da justiça hegeliana. A fim de alcançar este objetivo, será analisada a relação entre direito, justiça e liberdade em Hegel e a sua crítica tanto ao empirismo quanto ao formalismo científico. A teoria defendida será de uma ciência especulativa. Por isso, pensar o indivíduo tomado de forma isolada e tratar o direito apenas como uma coerção estatal preocupado somente com a forma do contrato é um erro. O contrato social é insuficiente para explicar o jurídico. O formalismo da mesma forma. Para Hegel, o direito é produto do *ethos*, da história, dos costumes e das tradições. O direito é fundamentado a partir da moral. Portanto, ele tem uma natureza ética.

Além disso, será verificado o direito penal hegeliano (resultado da quebra do contrato entre os proprietários) a partir da via da cura e da via da expiação. Neste momento, analisar-se-á a concepção retributivista hegeliana como uma forma de superar o retributivismo kantiano. Serão investigadas as três formas de delito apresentadas por Hegel, a saber, o dano, a fraude e o crime. O *dano* é uma injustiça não maldosa, não intencional. Na *fraude*, o delinquente não respeita o direito, mas mantém a aparência do direito. O *crime* é o querer ser injusto. Nele, tanto o direito quanto a aparência do direito são desrespeitadas. Por fim, será estudada a teoria da responsabilidade em Hegel e o direito de emergência. O formalismo é importante para uma teoria da justiça, mas insuficiente, pois exclui o conteúdo. É possível conhecer o “meu dever” somente por meio de contextos concretos e jamais em um vazio formalismo. O imperativo categórico do direito é uma pura indeterminação. Sem princípios conteudísticos, ações injustas e imorais poderiam ser justificadas. Defende-se, neste capítulo, uma total superação da justiça formal a partir da concretização da liberdade por meio das instituições sociais e do rompimento da dicotomia forma-conteúdo no direito abstrato, na moralidade e na eticidade, apresentando a superação da relação ética imediata até alcançar a substancialidade ética.

O terceiro e último capítulo (Para além da justiça formal) analisa, inicialmente, o “direito de dizer não” e a opinião pública como instâncias mediadoras das determinações ético-políticas. A opinião pública por meio do “direito de dizer não” é fundamental para se opor a governos tiranos e leis injustas. Uma concepção acerca da teoria da justiça e do direito deve aceitar essas instâncias mediadoras para resolver problemas provindos da má administração.

Em um segundo momento, defende-se a posição de Hegel acerca da Constituição, a saber, que a mesma possui uma fundamentação ética e não formal. Isso significa que Hegel não está tratando da Constituição escrita, mas da Constituição que surge a partir do “espírito do povo”. Com a defesa da Constituição não formal, supera-se a concepção da justiça formal, que entende a Constituição apenas como um documento escrito, e a visão atomista dos contratualistas Hobbes e Locke, que pensavam os indivíduos tomados isoladamente. A mediação é um aspecto central para uma teoria da justiça.

Por fim, defende-se o “tribunal da história” (“espírito do mundo”) como um critério de justiça não formal. A justiça deve ser analisada a partir do *ethos* de um povo com a sua religião, a sua arte, as suas leis, os seus costumes e a sua história. O último

capítulo tem como objetivo demonstrar a possibilidade de pensar a justiça e o direito vinculados com a liberdade e com a história. Não se pode abstrair o conteúdo empírico e histórico da repercussão de um ato e de uma teoria da justiça, senão se cai em uma indeterminação abstrata.

## 1. A JUSTIÇA FORMAL EM KANT

*“Age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (MS, 2008, p. 77).*

O justo é definido a partir de quê? Há um critério para isso? Ele tem relação com o direito? E o Direito Positivo tem relação com o Direito Natural? Essas questões foram investigadas por Kant, na obra *A Metafísica dos Costumes* e por Hegel, na obra *Princípios da Filosofia do Direito*. Os conceitos *direito* e *justiça* são centrais para a presente tese. O direito está vinculado à justiça e, portanto, o justo deve nortear as normas jurídicas. Isso somente é possível por meio de uma superação da concepção da justiça formal.

*A Metafísica dos Costumes* trata da “Doutrina do Direito” e da “Doutrina da Virtude”. A “Doutrina do Direito”, intitulada “Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito”, primeira parte da obra, centra-se no estudo do jurídico. Kant não irá investigar o Direito Positivo, mas o Direito Natural, que contém princípios metafísicos e que dão suporte principiológico *a priori* ao direito posto pelo homem. A origem desses princípios, por serem *a priori*, é a razão. Enquanto o direito positivo trata do lícito e do ilícito, o direito natural trata do justo e do injusto. Esse é o papel da metafísica do direito.

O objetivo deste capítulo é apresentar a Doutrina do Direito de Kant, demonstrando os problemas que o formalismo gera. Será visto que o critério de justiça kantiano (imperativo categórico do direito) é a coexistência de liberdades com leis universais e que a injustiça caracteriza-se quando isso for impedido. Kant propõe princípios metafísicos ao direito, buscando assim realizar uma fundamentação moral do jurídico. Ele distingue as leis éticas das leis jurídicas e estabelece um fundamento comum para ambas: as leis morais. Assim, o direito possui uma fundamentação moral.

Todavia, isso é ignorado quando Kant trata do direito de necessidade e do direito de equidade. Segundo o autor, a coerção é necessária para o direito. Porém, há dois casos em que isso não ocorre: no direito de equidade (direito sem coerção) e no direito de necessidade (coerção sem direito). Por que Kant não resolve o problema desses dois direitos a partir da fundamentação metafísica do direito? É possível uma teoria da justiça estritamente formal, nos moldes kantianos? A presente tese defende que uma teoria da justiça formal é insuficiente.

### 1.1 Arbítrio, desejo e faculdade de desejar inferior e superior

O direito, segundo Kant, caracteriza-se por ser uma relação de arbítrios e por referir-se apenas à forma e não à matéria do arbítrio. A faculdade de desejar, que se refere à matéria, é considerada inferior e a faculdade que lida com as leis puramente formais é considerada superior.

A relação jurídica não é uma relação entre arbítrios e desejos ou entre dois desejos, mas entre dois arbítrios. Portanto, a relação jurídica não se refere a desejos. Desejo é a mera expressão da vontade e indica uma finalidade que o sujeito quer alcançar; é o apetite (inclinação, tendência), a determinação espontânea da força própria de um sujeito, que acontece por meio da representação de uma coisa futura considerada como efeito da forma mesma; é apetite habitual de natureza sensível (cf. Anthr., § 73)<sup>1</sup>. Já o arbítrio é a consciência da capacidade de atingir e realizar o desejo ou o fim proposto. O direito somente é possível quando há dois arbítrios, ou seja, quando há duas capacidades autônomas que tem a possibilidade de deliberar e alcançar os seus desejos, a partir de uma relação recíproca.

Por exemplo, para a possibilidade de um contrato de compra e venda “não é suficiente que o arbítrio do comprador se encontre com o desejo do vendedor, mas é preciso que também por parte do vendedor o desejo se resolva em arbítrio” (BOBBIO,

---

<sup>1</sup> As abreviações de algumas das obras citadas nesta tese são as seguintes: *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio* (Enz), *Fenomenologia do Espírito* (PhG), *Ciência da Lógica* (WL), *Princípios da Filosofia do Direito* (*Rechtsphilosophie* - Rph), *Lições sobre a Filosofia da História* (Vorlesungen), *Crítica da Razão Pura* (KrV), *Crítica da Razão Prática* (KpV), *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (GMS), *A Metafísica dos Costumes* (MS), *A religião nos limites da simples razão* (Religion), *Antropologia* (Anthr.), *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita* (Idee). As obras citadas serão as traduções indicadas nas referências.

1991a, p. 69). Somente se há dois arbítrios é possível classificar a relação como jurídica. Outro exemplo é em relação a um mendigo. Pode-se dizer que ele tem desejo de receber esmola, mas jamais arbítrio para tal. E sobre o mero desejo não é possível existir uma relação jurídica.

Desta forma, para que haja uma relação jurídica é necessário reciprocidade (de arbítrio); assim, na relação jurídica, não é levado em consideração a matéria do arbítrio, isto é, o fim que cada sujeito se propõe com o objeto que quer alcançar, mas somente é levada em consideração a forma. Não se pergunta se alguém leva vantagens ou não com a mercadoria que está comprando, mas pergunta-se apenas sobre a forma da relação do arbítrio recíproco; conforme já foi visto, em um contrato de compra e venda, não importam as relações subjetivas dos contratantes, mas importam apenas as condições externas, isto é, as condições formais que legitimam um contrato. As vantagens ou desvantagens em um contrato de compra e venda não são consideradas pelo direito; somente são relevantes as condições formais do contrato.

O direito não trata da intenção do sujeito agente. Ele refere-se apenas a ações externas e à sua conformidade à lei. Quando há a regulação do direito acerca da instituição do casamento, por exemplo, o direito não se questiona sobre com quem se deve casar ou sobre os fins individuais almejados através desta instituição; ele “limita-se a fixar as modalidades por meio das quais torna-se a atuação das minhas intenções” (BOBBIO, 1991a, p. 69-70). Portanto,

O direito é a forma universal de coexistência dos arbítrios [...]. Enquanto tal é a condição ou o conjunto das condições segundo as quais os homens podem conviver entre si, ou o limite da liberdade de cada um, de maneira de que todas as liberdades externas possam coexistir segundo uma lei universal. [...] O direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não-liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele (BOBBIO, 1991a, p. 71).

Dessa concepção formal acerca do conceito do direito surge o positivismo jurídico, representado por pensadores como Kelsen, Del Vecchio, Stammler e outros. O juspositivismo não trata o direito em um sentido prescritivo, mas apenas descritivo e defende um conceito de validade meramente formal.

Já em relação à faculdade de desejar, Kant distingue duas formas de faculdade: a inferior e a superior. A faculdade de desejar inferior refere-se aos sentimentos, às paixões; a faculdade que lida com regras práticas materiais, a saber, os sentimentos, os

desejos (apetite) é uma faculdade inferior, pois pressupõe sempre como seu motivo determinado um objeto empírico. A faculdade de desejar superior refere-se às leis puramente formais. É determinada pela simples representação da lei.

Justificar uma lei é mostrar qual é o princípio que a fundamenta. O princípio último se põe por si mesmo. Esse princípio último não pode ser material; ele só pode ser e é um princípio formal. Não há como explicitar o princípio material como, por exemplo, a felicidade pessoal, a não ser apelando-se para a experiência. O problema da experiência é que ela é particular e contingente e o princípio precisa ser universal. Conforme Kant,

Todas as regras práticas **materiais** põem o fundamento determinante da vontade na **faculdade de apetição inferior** e, se não houvesse nenhuma lei **meramente formal** da vontade, que a determinasse suficientemente, não poderia tampouco ser admitida uma faculdade de apetição superior (KpV, 2011, p. 38).

A vontade é determinada ou pela matéria ou pela forma. Eliminando a matéria, resta apenas a forma. A razão é uma faculdade de desejar superior. A faculdade de desejar inferior está sujeita a faculdade de desejar superior. Kant não afirma que uma lei não tem matéria, pois toda lei tem forma e matéria, mas a matéria não deve determinar a vontade para que a ação tenha valor moral.

Kant não nega a existência das consequências de uma ação, porém não é a expectativa das consequências que determina a vontade para que ela seja universalizável. Os princípios práticos materiais não servem para serem os princípios supremos da moralidade e da legalidade. No momento em que se introduz conteúdo empírico através de mediações sociais ou através de um princípio prático material, o apriorismo cai. Para Kant, o empírico não pode determinar a criação das leis. Se determinasse, haveria um número enorme de possíveis determinações de vontade. Desta forma, Kant busca um modelo único, uma ideia reguladora. As leis práticas têm conteúdo e circunstância, pois é próprio da lei delimitar e definir um conteúdo determinado. Todavia, o princípio que serve de ideia reguladora deve ser *a priori*. No teorema III da *Crítica da Razão Prática*, Kant diz:

A matéria de um princípio prático é o objeto da vontade. 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 (à relação da representação determinante com o sentimento de prazer e desprazer), 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. Logo, um ente racional ou não pode absolutamente representar **seus** princípios prático-subjetivos, isto é, suas máximas, ao mesmo tempo como leis universais, ou tem de admitir que a simples forma dos mesmos, segundo a qual eles convêm à legislação universal, torna-os por si só uma lei prática (KpV, 2011, p. 45).

Separando a matéria da forma, se retira tudo aquilo de empírico que possa motivar a ação. Sobra, assim, apenas a forma da lei, isto é, a sua universalidade. Já para Hegel não tem como separar forma e matéria, pois a concretização do princípio formal é uma exigência de sua determinação. Não é possível eliminar a matéria da lei, pois a mesma é constitutiva do princípio.

A prova disso se encontra nas mediações sociais. A mediação social da vontade livre cria leis a partir de costumes, hábitos e tradições. Não dando uma base material ao princípio, ele fica vazio, permanecendo uma indeterminação. Consequência disso, o critério da não-contradição não se põe. Não existe contradição formal. A contradição somente se põe quando se fere uma determinação ou um princípio que diz o que deve ser feito. A dicotomia forma-conteúdo só é possível pela permanência no vazio formalismo. Esse vazio formalismo afeta a construção do imperativo categórico. Segundo Rawls,

é importante reconhecer que a lei moral, o imperativo categórico e o procedimento do IC são três coisas distintas. A lei moral é uma ideia da razão. Determina um princípio que se aplica a todos os seres razoáveis e racionais (ou seres razoáveis, para abreviar) sejam ou não, como nós, seres finitos imbuídos de necessidades. Emprega-se para Deus, para os anjos e para os seres razoáveis presentes em outras partes do universo (se existirem), assim como para nós. O imperativo categórico, sendo um imperativo, dirige-se apenas àqueles seres razoáveis que, por serem finitos e imbuídos de necessidades, experimentam a lei moral como uma restrição. Na qualidade de seres assim definidos, experimentamos a lei moral dessa maneira e, assim, o imperativo categórico especifica como essa lei deve aplicar-se a nós [...]. Para que o imperativo categórico se aplica à nossa situação, precisa adaptar-se às nossas circunstâncias na ordem da natureza. Essa adaptação é realizada pelo procedimento do IC, na medida em que leva em conta as condições normais da vida humana por meio da formulação da lei da natureza [...] (2005, p. 192-3).

Conforme Weber, “a não contradição entre uma máxima e a lei universal é o critério de moralidade adotado por Kant na Filosofia prática” (2009, p. 91). Contradição em Kant ocorre, portanto, quando o agente deseja que o princípio seja válido para todos, porém querendo, ao mesmo tempo, que haja uma exceção em favor a si mesmo. Assim, querer que a máxima continue valendo como lei universal, mas querer que haja uma

exceção para si é cair em uma contradição, segundo Kant. Explicitando o significado de máxima, Höffe destaca o seguinte:

Por máxima Kant entende proposições fundamentais subjetivas do agir [...], que contêm uma determinação universal da vontade e dependem de diversas regras práticas [...]. (1) Como proposições fundamentais *subjetivas*, elas são diversas de indivíduo a indivíduo. (2) Como determinações da *vontade*, elas não designam esquemas de ordem, que um observador objetivo atribui ao agente; trata-se de princípios que o ator mesmo reconhece como seus. (3) Como *proposições fundamentais* de que dependem diversas regras, as máximas contêm a maneira pela qual as pessoas conduzem o todo de sua vida em relação a determinados aspectos fundamentais da vida e da convivência, como, por exemplo, a indignância, o tédio da vida ou as ofensas (2005, p. 203).

Leis procedem da vontade; não se pode classificar a vontade como livre ou não livre, pois a vontade refere-se apenas à produção de leis e não à ações. Já as máximas procedem de escolhas, do arbítrio. A partir dos diversos princípios subjetivos (máximas), Kant distingue as máximas morais das máximas não-morais e, a partir do critério da universalização, indica que se deve seguir apenas as máximas morais. Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant trata de quatro exemplos a fim de apresentar o procedimento da universalização. Ei-los:

I) um homem, por passar por uma série de males, se encontra em desespero. Estando de posse de sua razão, ele questiona-se se tirar a própria vida seria uma violação do dever para consigo mesmo. Será que, em casos extremos, a dor pode justificar o suicídio?

II) é ético em uma situação totalmente excepcional (por exemplo, graves necessidades financeiras) não cumprir a palavra dada? O ato de mentir e de fazer falsas promessas constituem ações imorais, pois suas máximas não podem ser queridas como leis universais. A pureza da intenção, no cumprimento do dever, é a condição de uma vontade boa em si, cujo valor é superior a tudo aquilo que a inclinação louva. O valor moral de uma ação consiste no respeito à lei prática pelo puro dever de cumpri-la, sem ser movido por inclinação alguma. Assim, o dever contém em si a boa vontade;

III) um homem talentoso prefere ficar no ócio, entregando-se ao prazer e não esforçar-se a fim de ampliar o seu talento. É justificável não desenvolver os próprios talentos para se dedicar apenas ao ócio? O imperativo categórico impõe a todos os indivíduos não pecar por omissão, ou seja, deve-se sim desenvolver da melhor forma possível seus talentos. Sem isso, a civilização acabaria retrocedendo;

IV) um homem, bem sucedido, vendo que outros homens estão em dificuldade prefere não ajudá-los nas suas necessidades. Isso seria justificável? É eticamente lícita uma atitude de indiferença em relação aos outros? A generalização do comportamento egoísta pode tornar-se prejuízo para o próprio egoísta. Portanto, esse comportamento não pode ser universalizado.

O primeiro e o segundo exemplo (“suicídio” e “falsa promessa”, respectivamente) mostram que se eles se convertessem em leis universais, cairiam em contradição consigo mesmo. Fazer uma falsa promessa é em si mesmo contraditório, pois assim as promessas desapareceriam. Esses dois exemplos tratam de “deveres perfeitos ou estritos”. Esses deveres, em hipótese alguma (nem no *pensar* e nem no *querer*), admitem exceções.

Sobre o terceiro e o quarto exemplo (“não desenvolver os próprios talentos” e “ser indiferente em relação aos outros”, respectivamente),

não se pode querer que a máxima se transforme em lei universal da natureza, embora seja possível a subsistência de uma lei universal de acordo com tais máximas. É possível que possa subsistir uma lei, segundo a qual os que vivem na riqueza não ajudem os mais necessitados, mas não se pode querer que seja assim. Não se pode querer que as pessoas não desenvolvam seus talentos naturais, embora possa subsistir uma lei segundo a qual ninguém desenvolva seus talentos (WEBER, 2009, p. 93).

O terceiro e o quarto exemplo tratam de “deveres imperfeitos ou amplos”. Esses deveres podem ser pensados, diferentemente dos deveres perfeitos (que não podem ser pensados), mas não devem ser almejados (querer). Kant aborda também o exemplo do depósito. Ei-lo:

Sem instrução o entendimento comum pode distinguir qual forma na máxima presta-se, e qual não, a uma legislação universal. Por exemplo, adotei como máxima aumentar minha fortuna através de todos os meios seguros. Agora se encontra em minhas mãos um depósito, cujo proprietário faleceu e não deixou nenhuma manifestação escrita a respeito. Naturalmente este é o caso de minha máxima. Quero saber agora somente se aquela máxima pode valer também como lei prática universal. Aplico-a, pois, ao caso presente e pergunto se ela poderia admitir a forma de uma lei, por conseguinte, se eu mediante minha máxima poderia fornecer ao mesmo tempo uma tal lei: que seja permitido a qualquer um negar um depósito, cujo assentamento ninguém pode provar-lhe. Dou-me conta imediatamente de que um tal princípio enquanto lei destruir-se-ia a si mesmo, porque faria com que não existisse absolutamente depósito algum. Uma lei prática, que eu reconheça como tal, tem que qualificar-se a uma legislação universal; esta é uma proposição idêntica e, pois, por si clara. Ora, se digo: minha vontade está sob uma lei prática, então não posso apresentar minha inclinação (por exemplo, no presente caso, minha cobiça) como o fundamento determinante de minha

vontade apto a uma lei prática universal; pois essa inclinação, completamente equivocada no sentido de que devesse prestar-se a uma legislação universal, tem que, muito antes, sob a forma de uma legislação universal, destruir-se a si mesma (KpV, 2011, p. 45-6).

A máxima de negar o depósito se destrói a si mesma fazendo, assim, que não houvesse mais depósitos. Deve-se ter um princípio a partir do qual se pode justificar ou não justificar as leis. A razão é a faculdade de justificação das regras mediante princípios. Não se satisfaz apenas seguindo regras, mas quer uma justificação das regras. A forma da lei se impõe por si mesma devido a sua universalidade e não pelas possíveis exceções ou conteúdos materiais.

Kant não aceita a felicidade como princípio prático material, defendida por Aristóteles e outros. O princípio não poderia enunciar conteúdos materiais. Tudo isso, segundo Hegel, é insuficiente. O objetivo central em Kant é a busca do princípio (critério) supremo de moralidade e da justiça. O procedimento jamais será injusto; já as regras podem sim serem injustas. Não se justifica o valor moral de uma ação através de um conteúdo material.

Hegel, discordando de Kant, afirma que se nada for determinado não pode haver contradição, ou seja, na indeterminação não há contradição, mesmo nos exemplos dos deveres perfeitos, como o fim do depósito ou da falsa promessa, pois pode existir uma sociedade em que não haja propriedade privada e, portanto, depósito. Contradição em Kant é querer que um princípio seja universal (válido para todos), mas querer ao mesmo tempo abrir uma exceção a seu favor. Para Hegel, somente é possível falar em contradição se há conteúdo moral, ou seja, se há determinação de um conteúdo. A contradição em Kant trata apenas da forma; em Hegel, trata da forma e do conteúdo. Sem o princípio que diz que “devemos respeitar a propriedade privada”, por exemplo, não é possível, segundo Hegel, afirmar que “negar o depósito” constitui uma contradição. Além da forma, esse princípio trata também de um conteúdo determinado e, portanto, pode-se defender que o desrespeito de um conteúdo constituído significa cair em contradição.

## **1.2 Moralidade e legalidade**

Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*<sup>2</sup>, Kant não diferencia moral e ética. Distingue somente moral e direito. Já na obra *A Metafísica dos Costumes* é realizada uma distinção entre moral e ética e a fundamentação moral do jurídico é investigada; nela, o termo *moral* tem um sentido amplo; ele corresponde às leis da liberdade (ética e direito) em distinção das leis da natureza. As leis da natureza dizem o que *é* e as leis da liberdade dizem o que *deve ser*. Enquanto as leis da natureza, como os princípios da física, derivam da experiência, as leis morais não tem como fundamento

---

<sup>2</sup> Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant irá mostrar a primeira grande proposta da universalização da moralidade. Querendo propor um procedimento universal, ele ressalta que o ponto de partida não pode ser algo empírico, pois por meio do empírico não se alcança a universalidade. Por isso, a busca pelo princípio da moralidade deve seguir a via formal (filosofia pura). Tanto na razão teórica quanto na razão prática, Kant visa elaborar uma teoria distante do conteúdo empírico. A elaboração do seu princípio da universalidade parte de elementos *a priori* oriundos da razão pura. “A presente Fundamentação nada mais é, porém, do que a busca e a fixação do princípio supremo da moralidade, o que constitui só por si no seu propósito uma tarefa completa e bem distinta de qualquer outra investigação moral” (GMS, 2009, p. 19). O princípio universal da moralidade kantiana denota que o sujeito não pode agir movido por emoções, sentimentos ou desejos, pois eles são subjetivos. O imperativo é o critério objetivo da moralidade. Ei-lo: “devo proceder sempre de maneira que *eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal*” (GMS, 2009, p. 34). A primeira formulação do imperativo citada acima é denominada de Lei Universal. O imperativo não diz o que deve ser feito, mas como deve ser feito, ou seja, o imperativo é apenas formal e não conteudístico. Conforme Paton, “um princípio objetivo incondicionado é aquele, segundo o qual todo agente racional, independentemente de seus desejos pessoais por fins particulares, deve necessariamente obedecer, se a razão tiver completo controle sobre suas paixões [...]. O imperativo categórico formula a obrigação ou mandamento (ordenamento) para obedecer a esse princípio incondicionado; e um princípio excluindo referência a fins particulares pode ser somente a forma de um princípio, ou um princípio formal, ou lei universal como tal” (1971, p. 133). Kant apresenta outras formulações (desdobramentos) do imperativo categórico. A segunda formulação, intitulado de Lei da Natureza, diz: “Age como se a máxima da tua ação se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza” (GMS, 2009, p. 62). Essa formulação é a aplicação da Lei Universal. “Colocamo-nos de forma imaginária na posição do Criador e supomos que estamos construindo um mundo da natureza do qual nós mesmos somos parte” (PATON, 1971, p. 146). A terceira formulação, intitulado de fórmula do homem como fim em si mesmo (Dignidade da Pessoa Humana), afirma: “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” (GMS, 2009, p. 73). Todos os seres humanos racionais têm um fim em si mesmo e jamais devem ser tratados como meio. Essa fórmula prega o respeito pelas pessoas. A quarta formulação é conhecida como a Autonomia da Vontade. Ei-la: “Nunca praticar uma ação senão em acordo com uma máxima que se saiba poder ser uma lei universal, quer dizer, só de tal maneira que *a vontade pela sua máxima se possa considerar a si mesma ao mesmo tempo como legisladora universal*” (GMS, 2009, p. 81). Nessa formulação se encontra a concepção de liberdade da teoria kantiana. Somente *sou* livre se *sou* autor de *minhas* próprias normas, pois se elas forem normas externas à *minha* vontade, não *posso* caracterizar *minhas* ações como livres. Se a motivação da ação for o interesse, o desejo e a inclinação, não pode-se caracterizar a ação como autônoma, mas sim como heterônoma. Qualquer dependência a conteúdos empíricos denota que a ação não é autônoma. A quinta e última formulação é intitulada de Reino dos Fins. Ei-la: “Age segundo máximas de um membro universalmente legislador em ordem a um reino dos fins somente possível” (GMS, 2009, p. 88). Ou seja, devemos agir sempre como se fossemos, por meio das nossas máximas, membros legisladores de um reino universal dos fins. Devemos agir sempre visando que nossos atos sejam aceitos por uma *comunidade ideal* (uma comunidade composta por agentes racionais que contribuem para legislar). Conforme a terceira formulação, a pessoa com dignidade não tem preço, pois ela tem um fim em si mesma. Essa terceira formulação é o pressuposto da quinta formulação, pois a pessoa com um fim em si mesmo tem um valor absoluto. Isso significa que o sujeito é um legislador universal, tornando possível o reino dos fins.

uma base empírica. Portanto, nem as leis éticas nem as leis jurídicas devem ter como base a experiência.

A presente tese trata da moral nesse sentido e não no sentido estrito. Assim, para compreender a fundamentação moral do jurídico, é necessário compreender a distinção feita entre direito e ética. Tanto a legislação ética quanto a legislação jurídica tem a mesma base metafísica: a razão.

Em contraste com as leis da natureza, essas leis da liberdade são denominadas *leis morais*. Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de *leis jurídicas*; porém, se adicionalmente requerem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, *são leis éticas* e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é a sua moralidade. A liberdade à qual as primeiras leis se referem só pode ser liberdade no uso externo da escolha, mas a liberdade à qual as últimas se referem é liberdade tanto no uso externo como no interno da escolha, porquanto é determinada por leis da razão (MS, 2008, p. 63-4).

Portanto, na esfera das leis da liberdade, que são as leis morais (*moralisch*), Kant distingue duas formas de legislação: a legislação ética e a legislação jurídica. Esse conceito de *moral* (gênero) aborda tanto as leis éticas quanto as leis jurídicas (espécies). Nenhum fundamento empírico pode assegurar absolutamente a primazia da justiça e da integridade dos direitos individuais. Um princípio que deve pressupor certos desejos e inclinações não pode estar menos condicionado que esses mesmos desejos. Todos os objetos práticos são objetos empíricos e não podem proporcionar leis práticas.

Na obra *A religião nos limites da simples razão*, Kant afirma: “Um estado civil de direito (político) é a relação dos homens entre si, enquanto estão comunitariamente sob leis de direito públicas (que são no seu todo leis de coação)” (Religion, p. 101). Em seguida, Kant acrescenta: “Um estado civil ético é aquele em que os homens estão unidos sob leis não coativas, i.e., sob simples leis de virtude” (Religion, p. 101).

A legislação ética caracteriza-se pela ação praticada por dever. A sua preocupação não é com as leis exteriores, mas com as leis interiores, com a intenção da ação. A relação interna é o que caracteriza a moralidade (*Moralität*) e a relação externa é o que caracteriza a legalidade. A sua motivação (móbeis), ou seja, o princípio subjetivo do desejar é o dever. “A ação é realizada [...] com um sentimento de respeito pela própria lei moral. Assim, o móbil é o respeito pela própria lei moral; apenas este móbil é basicamente ético” (TERRA, 2005, p. 88).

O valor moral está no fato de que o ser humano é capaz de motivar as suas ações racionalmente e não pelas paixões. Justamente para se opor à tendência sensível da natureza humana é que é necessário o imperativo categórico. Todavia, se não se explicita o conteúdo pressuposto, em uma dicotomia forma-contéudo, qualquer conteúdo pode ser justificado. A forma aceita qualquer conteúdo. “Desde Hegel, Kant é acusado de um dever-ser meramente subjetivo e, além disso, a-histórico, e a ele é contraposta uma ‘moralidade substancial’, novamente um elemento aristotélico” (HÖFFE, 2005, p. 185).

O formalismo kantiano recorre somente às formas gerais das máximas e prescinde dos fins aos quais são dirigidas. A forma da moralidade é o caráter imperativo da lei moral. Uma moral puramente formal é aquela que satisfaz a condição posta por Kant:

Se um ente racional deve representar suas máximas como leis universais práticas, então ele somente pode representá-las como princípios que contêm o fundamento determinante da vontade não segundo a matéria, mas simplesmente segundo a forma (KpV, 2011, p. 45).

Essa condição é preenchida pela lei moral puramente formal que é o imperativo categórico. O formalismo define os juízos morais em termos de sua forma lógica, ou seja, preocupa-se apenas com prescrições universais e não com conteúdos.

A legislação jurídica<sup>3</sup> é a ação praticada conforme o dever. A ação legal é externa, pois está apenas preocupada com a adesão às leis exteriores, ou seja, com a sua

---

<sup>3</sup> Na obra *A Metafísica dos Costumes*, Kant divide a justiça em civil e criminal. A primeira refere-se às relações mútuas dos homens; a segunda, às relações entre indivíduos e o direito penal público. É apresentado três formas de justiça civil, a saber, protetora, comutativa e distributiva, considerando que as duas primeiras se ocupam com o direito privado e a última, com o direito público. Kant também agrupou a justiça comutativa e a distributiva sob o direito natural, ou o direito não-estatutário, conhecido *a priori* pela razão de todos os indivíduos. Como tal, o direito natural inclui não só a justiça que sustenta o relacionamento das pessoas umas com as outras, mas também a justiça distributiva. As duas primeiras formas de justiça estão presentes no estado de natureza, mas a terceira só é possível na condição civil com a existência de um tribunal para administrar a justiça distributiva. O ponto de vista de Kant sobre a justiça criminal é inabalavelmente retributivo, baseando-se na *ius talionis* (pena de Talião) ou em um “princípio de igualdade” *a priori*, mediante o qual o tribunal aplica uma pena ao delinquente que é igual ao crime por ele cometido. Na “Divisão geral dos deveres de direito”, Kant realiza uma crítica à definição de justiça dada por Ulpiano, jurisconsultor romano. Para Kant, pode-se sim adotar as fórmulas de Ulpiano, mas deve-se reformulá-las. As modificações são as seguintes: “1) *Sejas um ser humano honesto (honeste vive)*. A honestidade em direito (*honestas iuridica*) consiste em afirmar a própria dignidade como um ser humano em relação aos outros, um dever expresso pelas palavras: ‘Não faça a ti mesmo apenas um meio para os outros, mas sejas simultaneamente um fim para eles’. Este dever será explicado [...] como obrigação oriunda do direito de humanidade em nossa própria pessoa (*lex iusti*). 2) *Não prejudica ninguém (neminem laede)*, mesmo que para evitá-lo devas romper o relacionamento com os outros e fugir de toda sociedade (*lex iuridica*). 3) (Se não puderes deixar de relacionar-te com os outros), *participa de uma associação com eles na qual cada um seja capaz de conservar o que é seu (suum cuique tribue)*. Se

legitimação. Legalmente, sou obrigado somente a me conformar com a ação. Trata-se da liberdade externa. A sua motivação são as inclinações. Portanto, na legislação jurídica se desconsidera o dever como móbil. Preocupa-se apenas com a concordância da ação com a lei.

A lei jurídica [...] admite um outro móbil que não a ideia do dever, no caso, móveis que determinem o arbítrio de maneira patológica (e não prática ou espontânea), ou seja, por sentimentos, sensíveis que causam aversão, pois a lei deve obrigar de alguma maneira eficaz. [...] No plano jurídico há legalidade, ou seja, correspondência da ação com a lei, mesmo que o móbil seja patológico; e no plano ético há moralidade, onde esta correspondência não é suficiente, sendo exigido ainda que o móbil da ação seja o respeito pela lei (TERRA, 2005, p. 88).

Referindo-se a liberdade interna e externa, é possível constatar que enquanto a liberdade interna diz respeito à moralidade, a liberdade externa diz respeito à legalidade.

Por ‘liberdade moral’ deve ser entendida [...] 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, livres como eu, interna e externamente. [...] Liberdade moral é a liberdade dos impedimentos que provém de nós mesmos (as inclinações, as paixões, os interesses), é liberação interior, esforço de adequação à lei eliminando os obstáculos que derivam da nossa faculdade de desejar; liberdade jurídica, porém, é a liberação dos impedimentos que provém dos outros (BOBBIO, 1991a, p. 58-9).

Essa distinção entre ética e direito é essencialmente formal, pois não se preocupa com o conteúdo da ação, mas apenas com a forma. Tendo o mesmo fundamento (leis morais), a legislação ética e a legislação jurídica se distinguem apenas por meio da motivação de suas ações. A diferença não está entre as leis jurídicas e as leis morais, mas entre as leis jurídicas e as leis éticas.

Para a ética, basta apenas ter como motivação o dever. Não é necessário ter coerção externa. Por isso, cumprir promessas e contratos, se for realizado apenas devido a coerção externa é próprio da legislação jurídica; mas, se for realizado pelo dever é próprio da legislação ética. Assim, a motivação é a forma com que Kant diferencia as duas legislações. Ao responder a pergunta “O que é a Doutrina do Direito?”, Kant diz o seguinte:

---

traduzissemos esta última fórmula por ‘Dá a cada um o que é seu’, o que exprime seria absurdo, uma vez que não se pode dar a quem quer que seja alguma coisa que já tem. Para que tal fórmula fizesse sentido teria que se ler da seguinte maneira: ‘Participa de uma condição na qual o que pertence a cada um possa lhe ser assegurado contra todos os outros’ (*lex iustitiae*)” (MS, 2008, p. 82-3).

Denomina-se *doutrina do direito (ius)* a soma daquelas leis para as quais é possível uma legislação externa. Se houve realmente uma tal legislação, é a doutrina do direito positivo, e diz-se daquele nesta versado – o jurista (*iuriconsultus*) – que é experiente na lei (*iurisperitus*) quando não somente conhece leis externas, como também as conhece externamente, isto é, na sua aplicação a casos que ocorrem na experiência. Pode-se também dar o nome de jurisprudência (*iurisprudencia*) a tal conhecimento; porém, na falta de ambas essas condições, ele permanece mera ciência jurídica (*iurisscientia*). Este último título diz respeito ao conhecimento sistemático da doutrina do direito natural (*ius naturae*), embora alguém versado nesta tenha que suprir os princípios imutáveis a qualquer legislação do direito positivo (MS, 2008, p. 75).

Portanto, ao buscar definir o direito, Kant irá distinguir o direito positivo e empírico (definido pelo jurista, que trata dos atos lícitos e ilícitos) do direito natural e racional (que trata do justo e do injusto, ou seja, que investiga o valor do direito a partir da ideia da justiça, isto é, a partir de uma fundamentação metafísica). O direito natural é o fundamento do direito positivo. Mas isso não significa a não importância do direito positivo.

Uma comunidade necessita desse direito, pois é impossível que ela seja governada apenas por leis advindas da razão. São necessárias, para governá-la, leis positivas. Essas leis, devido à fundamentação moral do jurídico, fundamentam-se no direito natural. Kant trata de uma

justificação dos principais institutos jurídicos a partir de alguns princípios racionais *a priori*, ou postulados, de maneira que sua doutrina do direito pode muito bem ser designada como uma dedução transcendental do direito e dos institutos jurídicos fundamentais, a partir dos postulados da razão pura prática (BOBBIO, 1991a, p. 67).

O conceito do justo e do injusto não pode ser tirado do direito positivo. O direito positivo diz respeito apenas ao lícito ou ao ilícito. Para saber o que é a justiça se faz necessário buscar os princípios imutáveis, não na legislação positiva, mas na razão, no direito natural. O direito, com isso, indica apenas quais são as leis de um determinado local em um determinado tempo.

O justo e o injusto permanecem ocultos para o direito, ou seja, não se conhece o critério universal para se delimitar o justo do injusto. O direito positivo deve abandonar as leis empíricas, buscando os seus princípios na razão. “Como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma doutrina do direito meramente empírica é uma cabeça possivelmente bela, mas infelizmente falta-lhe cérebro” (MS, 2008, p. 76). Portanto, “um ‘conjunto de leis’ é, para Kant, direito, mas o direito não é um ‘conjunto de leis’, já

que essas dependem da verificação sensível do fenômeno jurídico” (WEBER & HAEBERLIN, 2012, p. 125). O “cérebro” do direito positivo é o direito natural. O conceito do justo e do injusto é dado pela razão e não pelo direito positivo. O conceito do direito, na visão kantiana<sup>4</sup>,

enquanto vinculado a uma obrigação a este correspondente (isto é, o conceito moral de direito) tem a ver, *em primeiro lugar*, somente com a relação externa e, na verdade, prática de uma pessoa com outra, na medida em que suas ações, como fatos, possa ter influência (direta e indireta entre si). Mas, *em segundo lugar*, não significa a relação da escolha de alguém com a mera aspiração (daí, por conseguinte, com a mera necessidade) de outrem, como nas ações de beneficência ou crueldade, mas somente uma relação com a escolha do outro. *Em terceiro lugar*, nessa relação recíproca de escolha, não se leva de modo algum em conta a *matéria* da escolha, isto é, o fim que cada um tem em mente com o objeto de seu desejo; não é indagado, por exemplo, se alguém que compra mercadorias de mim para seu próprio uso comercial ganhará com a transação ou não. Tudo que está em questão é a *forma* na relação de escolha por parte de ambos, porquanto a escolha é considerada meramente como livre e se a ação de alguém pode ser unida com a liberdade de outrem em conformidade com uma lei universal. O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida a escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade (MS, 2008, p. 76).

Portanto, Kant caracteriza o direito através de três elementos:

I) o direito diz respeito somente com a relação externa – e não interna - entre as pessoas. Assim, o direito é compreendido a partir da intersubjetividade. O indivíduo, em seu estado de natureza, não é considerado na teoria jurídica kantiana. Somente é relevante a noção de comunidade (sem Estado para o direito privado e com Estado para o direito público);

II) o direito caracteriza-se por ser uma relação de arbítrios<sup>5</sup>. Além da intersubjetividade, é também necessário para o direito a reciprocidade, pois sem dois

<sup>4</sup> Para Kant, o conceito do direito é descritivo; para Hegel, é normativo.

<sup>5</sup> Hegel defende a insuficiência do arbítrio e da liberdade transcendental. Segundo ele, desde o começo da concretização da liberdade há conteúdo. Ao chamar a vontade de arbítrio, Hegel quer indicar a insuficiência do arbítrio. Kant indicava que o direito é uma relação entre dois arbítrios. O livre-arbítrio é um momento da ideia da liberdade, porém ele é insuficiente. Deve-se, portanto, fazer uma distinção entre arbítrio e liberdade (vontade livre), pois o arbítrio é uma expressão imediata da vontade, portanto, não reconhecida, sendo assim uma indeterminação. A vontade racional efetivada não é uma vontade como arbítrio, pois a vontade racional é autônoma e o arbítrio não tem mediação. O arbítrio é o momento da imediatez do conceito, ou da vontade livre, ou da liberdade. Mas livre-arbítrio não é liberdade. Desta forma, não faz sentido falar em vontade natural. Essa é uma expressão vazia. Conforme Hegel, “[...] a liberdade da vontade é o livre-arbítrio onde se reúnem os dois aspectos seguintes: a reflexão livre, que vai se separando de tudo, e a subordinação ao conteúdo e à matéria dados interior ou exteriormente. [...] O livre-arbítrio é a contingência na vontade. A representação mais vulgar que se faz da liberdade é a do livre-arbítrio, meio-termo que a reflexão introduz entre a vontade simplesmente determinada pelos instintos naturais e a vontade livre em si e para si. Quando ouvimos dizer que, de um modo absoluto que a vontade consiste em poder fazer o que se queira, podemos considerar tal concepção como uma total falta

arbítrios não há relações jurídicas. “A comunidade jurídica não é uma comunidade de solidariedade entre indigentes, senão uma comunidade de liberdade entre sujeitos responsáveis” (HÖFFE, 2005, P. 236-7). Os interesses e os desejos dos arbítrios não são considerados pelo direito, mas apenas o modo como os arbítrios se relacionam, visando à liberdade de ambos a partir de uma lei universal;

III) o direito refere-se apenas a forma e não a matéria do arbítrio. Devido essa conceituação do jurídico, Kant acaba caindo em um formalismo vazio. O objetivo de Kant não é buscar uma lei com um conteúdo específico, mas, a partir de um critério, julgar qualquer conteúdo específico. E esse critério é formal. Assim, o conteúdo material das ações (história, costumes e tradições) não é importante para a determinação do caráter moral ou imoral das ações (cf. GUARIGLIA, 1996, p. 87).

O imperativo categórico do direito diz o seguinte: “age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal” (MS, 2008, p. 77). Desse imperativo é que deriva o direito positivo. Somente a razão e não a experiência define o critério de justiça. A ação somente é justa se a liberdade de um puder coexistir com a liberdade de outrem. Desta forma, direito, para Kant, é “a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade” (MS, 2008, p. 76). O direito conduz, assim, a coexistência entre os sujeitos tendo a lei da liberdade como

---

de cultura do espírito, nela não se vê a mínima concepção do que sejam a vontade livre em si, o direito, a moralidade, etc. [...] Em toda a filosofia da reflexão (desde a de Kant à de Fries, que é a degradação daquela), a liberdade é essa atividade autônoma formal” (Rph, § 15). A liberdade kantiana é transcendental a advém da razão. Conforme Hegel, essa concepção imediata de liberdade (primeira natureza) é denominada de livre-arbítrio. Essa liberdade natural deve ser superada pela mediação social, pois essa concepção é pura identidade e apriorismo. Assim, o livre-arbítrio torna-se liberdade (segunda natureza), ou seja, passa-se do imediato ao mediatizado, ao reconhecido. “Vontade natural quer dizer, também vontade imediata, formal, sem conteúdo e também abstrata. [...] O homem é livre por essência, e se faz livre essencializando-se nas determinações concretas em que essa liberdade se realiza” (FLORÉZ, 1983, p. 231). A liberdade concreta pressupõe negação, mediação e relação. “No plano fenomênico (humano), a negatividade é a liberdade real que se realiza e se manifesta ou revela como ação [...] No plano fenomenológico, a negatividade é a liberdade humana, isto é, aquilo por que o homem difere do animal. [...] A liberdade não consiste numa escolha entre dois dados: ela é a negação do dado, tanto daquele que se é em si mesmo (como animal ou como “tradição encarnada”) quanto daquele que não se é (e que é o mundo natural e social). [...] A liberdade que se realiza e se manifesta como ação dialética ou negadora é por isso mesmo essencialmente uma criação” (KOJÈVE, 2002, p. 462-4). Para Kant, liberdade era sinônimo de autonomia (*sapere aude!*). Para Hegel, esse conceito é insuficiente, pois isso pode desembocar em um solipsismo - individualismo - ou em um formalismo abstrato. Ao tratar da liberdade é necessário tratar também da esfera objetiva e não apenas subjetiva. A liberdade individual deve estar relacionada com a eticidade coletiva. “A contradição do livre-arbítrio consiste em querer o universal, o infinito, mas efetivamente afirmar o finito. Mesmo que tenhamos certeza de que o arbítrio é vontade livre, a contradição indica que essa não é a sua verdade, que deve ainda ser exposta. Kant, por ignorar essa verdade do livre-arbítrio, acredita que a vontade pura, determinada unicamente pelo critério moral formal, - é autonomia, que efetiva o finito, o particular, o livre-arbítrio, - sendo heteronomia” (MÜLLER, 2012, p. 129-30).

reguladora dos arbítrios. Isso impede a ditadura do arbítrio de um sujeito na liberdade de outro, garantindo-se a paz que o direito persegue (cf. LOPARIC, 2005, p. 03). Desta maneira, a máxima popular que diz que “a liberdade de um termina quando começa a liberdade de outro” está presente na filosofia kantiana.

Esse procedimento - imperativo categórico do direito - é formal. Ele não diz o que é justo e injusto, mas apenas aponta um procedimento para alcançar a justiça. O direito empírico tem essa função: garantir, por meio das leis positivas e da coação externa, a aplicação da justiça advinda do direito natural. O objetivo da doutrina do direito de Kant é derivar as leis dos princípios. “O direito positivo deve encontrar seu critério de justiça e seu fundamento no direito natural” (NOUR, 2004, p. 05).

O princípio do direito, sendo uma fórmula que se refere à lei universal, é um teste de permissibilidade jurídica (*juridical permissibility*) para as ações (cf. WOOD, 1999, p. 35). Esse princípio não pode ser distinguido do imperativo categórico, pois assim como o imperativo, o princípio do direito tem como argumento o princípio da universalização (cf. KERSTING, 1999, p. 344).

A justiça, portanto, é a *liberdade*<sup>6</sup>. O objetivo do direito é a liberdade. “Uma constituição justa tem como objetivo harmonizar a liberdade de cada indivíduo com a

---

<sup>6</sup> A liberdade positiva é entendida como autonomia, ou seja, é a capacidade que o ser humano tem de se determinar pela razão. “Sob o ponto de vista da autonomia, a liberdade não é simplesmente submetida a uma lei, mas se torna igualmente seu fundamento” (ROHDEN, 1981, p. 123). A liberdade entendida como sendo criadora de leis é “a maior descoberta de Kant” (BECK, 1966, p. 179). Ser livre, portanto, é agir segundo leis. “A liberdade é uma lei para si mesma, porque a vontade de um ente racional é uma faculdade de agir segundo regras universal e objetivamente válidas, isto é, uma faculdade de autolegislar-se” (ROHDEN, 1981, p. 135). A liberdade no sentido positivo é uma forma legislativa universal; é a legislação própria da razão pura e como tal prática; é quem determina a vontade; é a capacidade autolegisladora da razão. Já a liberdade no sentido negativo é a condição de possibilidade da liberdade do sentido positivo. Ela caracteriza-se pela forma da lei, abstraída de toda a matéria; ela corresponde à independência a respeito da matéria, aos estímulos sensíveis e às inclinações. Conforme Salgado, “[...] a liberdade pode ser concebida não só como negatividade ou independência com relação às condições empíricas, mas também, positivamente, como ‘faculdade de dar início por si mesma a uma série de dados’. Como causa inteligível, o conceito de liberdade passa a unificar a espontaneidade (antes tratada só no sentido cosmológico) com a independência diante da causalidade natural, já que nos é permitido conhecer que a causa inteligível é livre, isto é, determina ‘independentemente da sensibilidade’” (1986, p. 243). Kant explicita assim a necessidade da liberdade transcendental, que significa a independência de conteúdos empíricos. Imediatamente se põe a função autolegisladora da razão. Espontaneidade pressupõe independência. Portanto, liberdade, no sentido transcendental, é independência ou espontaneidade? São ambas. Isso é descrever a liberdade em um ponto de vista formal. Não se está dando conteúdo empírico da liberdade. “A **autonomia** da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conformes a elas: contrariamente, toda a **heteronomia** do arbítrio não só não funda obrigação alguma mas, antes, contraria o princípio da mesma e da moralidade da vontade. Ou seja, o único princípio da moralidade consiste na independência de toda a matéria da lei (a saber, de um objeto apeteído) e, pois, ao mesmo tempo na determinação do arbítrio pela simples forma legislativa universal, da qual uma máxima tem que ser capaz. Mas aquela independência é liberdade em sentido **negativo**, porém esta **legislação própria** da razão pura e, enquanto tal, razão prática, é liberdade em sentido **positivo**. Portanto a lei não expressa senão a **autonomia** da razão prática pura, isto é, da liberdade, e esta é ela mesma a

liberdade de todos os demais” (SANDEL, 2011, p. 171). Os sujeitos que vivem em sociedade devem ter um espaço para desenvolver sua própria personalidade. Direito, desta forma, significa um limite à liberdade. Kant, com essa visão, inspira a concepção do Estado Liberal<sup>7</sup>.

A liberdade é um direito natural. Ser livre não significa agir sem regras e normas, mas seguir livremente uma regra dada pela razão (autonomia da vontade). A vontade que obedece à lei moral e jurídica não se torna escrava, mas continua livre, pois

---

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 daí uma heteronomia do arbítrio, ou seja, uma dependência da lei natural de seguir um impulso ou inclinação qualquer, e a vontade não se dá ela mesma a lei mas somente o preceito para a persecução racional de leis patológicas; a máxima, porém, que desse modo jamais pode conter a forma universal-legislativa, não só não institui desse modo nenhuma obrigação mas contraria ela mesma o princípio de uma razão prática **pura** e com isso, portanto, também a disposição moral, ainda que a ação que deriva dela devesse ser conforme à lei” (KpV, 2011, 55-6).

<sup>7</sup> As duas grandes teorias contemporâneas, inspiradas nas filosofias de Kant e de Hegel, são o liberalismo e o comunitarismo. “Enquanto os liberais se sentem herdeiros dos sofistas, dos epicuristas, dos estoicos, de Locke, Hobbes, Stuart Mill e Kant, os comunitaristas têm suas raízes no aristotelismo, em Hegel e na tradição republicana da Renascença. Os primeiros partilham a ideia da liberdade de consciência, respeito pelos direitos do indivíduo e desconfiança frente à ameaça de um Estado paternalista; os comunitaristas comungam da desconfiança pela moral abstrata, têm simpatia pela ética das virtudes e uma concepção política com muito espaço para a história das tradições. [...] O comunitarismo retoma as críticas que fazia Hegel a Kant: enquanto Kant aludia à existência de certas obrigações universais que deviam prevalecer sobre aquelas mais contingentes derivadas de nosso pertencimento a uma comunidade particular, Hegel invertia aquela formulação para outorgar prioridade aos laços comunitários. Assim, em lugar de valorar – junto a Kant – o ideal de um sujeito “autônomo”, Hegel sustentava que a plena realização do ser humano derivava da mais completa integração dos indivíduos em sua comunidade” (SANTOS, 2009, p. 140). A postura liberal defende que a política não está vinculada com a ética. Portanto, o Estado, que surgiu a partir do contrato social, é um instrumento que tem como objetivo assegurar a ordem e a coexistência pacífica entre os indivíduos. Já a postura comunitarista, movimento político filosófico surgido nos anos de 1980, insere o indivíduo em uma comunidade política. Assim, o indivíduo tem “obrigações éticas para com a finalidade social, deve viver para a sua comunidade, organizada em torno de uma ideia substantiva de bem comum” (SANTOS, 2009, p. 142). Segundo os comunitaristas, a posição liberal que prioriza o justo sobre o bem está equivocada. Uma teoria da justiça deve antes valorizar o bem e proteger a vulnerabilidade das pessoas concretas, inseridas em suas comunidades particulares. Por isso, priorizar o justo sobre o bem, ou seja, priorizar princípios abstratos escolhidos imparcialmente (por pessoas atrás de um véu de ignorância), de forma descontextualizada, não tem sentido. As condições concretas de socialização e autorrealização são fundamentais para a escolha de princípios de justiça. A comunidade e a justiça maximalista e não minimalista (defendida pelo libertarianismo) são centrais para a formação do indivíduo na coletividade a partir de relações intersubjetivas de reconhecimento permeado em valores sociais compartilhados. Para o comunitarismo, as normas devem ser fundamentadas a partir do contexto. Já os liberais são indiferentes ao contexto. Ao tratar de pessoa ética, de pessoa moral e de pessoa jurídica se está tratando de diferentes contextos normativos. Sem a distinção do contexto é impossível realizar uma fundamentação de normas. A identidade do eu é essencial para esse debate. O conceito de pessoa, portanto, é o ponto de partida das teorias de justiça contemporâneas. O fato de as pessoas razoáveis terem concepções de bem e de vida boa divergentes faz com que os interesses, as vontades e os valores entrem em conflito em esferas da vida em sociedade. Por isso, são necessários regras e princípios gerais para evitar choques inevitáveis de concepções divergentes de bem. Como é possível uma sociedade justa e estável diante de tantas divergências, muitas delas irreconciliáveis? Essas questões continuam sendo respondidas e investigadas pela controvérsia entre liberais e comunitaristas. “O que se estabelece como crítica é que, para os comunitaristas, os princípios morais só podem ser tematizados a partir de sociedades reais, a partir das práticas que prevalecem nas sociedades reais” (KUKATHAS & PETTIT, 1990, p. 111).

está obedecendo à lei que ela mesma se impôs. As inclinações externas vindas da sensibilidade não afetam a vontade, que somente se deixa determinar pela própria razão.

A vontade é livre. A determinação da vontade ocorre através de princípios práticos. Quando os princípios são subjetivos são chamados de máximas; quando são objetivos, são chamados de leis práticas válidas para todo ser autônomo e racional.

É verdade que o direito é liberdade; mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo eu um ser livre, pode acontecer que alguém transgrida os limites que me foram dados. Mas, uma vez que eu transgrida os limites, invadindo com minha liberdade a esfera da liberdade do outro, torno-me uma não-liberdade para o outro. Exatamente porque ‘o outro é livre como eu, ainda que com uma liberdade limitada, tem o direito de repelir o meu ato de não-liberdade’. Pelo fato que não pode repeli-lo a não ser por meio da coação, esta apresenta-se como um ato de não liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade anterior, é negação da negação e, enfim, afirmação. Portanto, ainda que seja antitética com relação à liberdade, a coação é necessária para a conservação da liberdade (BOBBIO, 1991a, p. 78).

A *força* é necessária para a *justiça*, mesmo que esses dois conceitos sejam considerados antitéticos. Quando a atuação da justiça é impedida por uma força injusta, é necessário a aplicação da força a fim de repelir a atuação dessa força injusta. Desta forma, há dois usos da força: um uso legítimo e um uso ilegítimo.

A identificação da justiça com a liberdade foi feita por Kant nos seguintes termos: “Uma sociedade na qual a liberdade sob leis exteriores encontra-se ligada no mais alto grau a um poder irresistível, ou seja, uma constituição civil perfeitamente justa, deve ser a mais elevada tarefa da natureza para a espécie humana” (Idee, p. 15).

Os princípios, quando pressupõem algo empírico (como a felicidade), não fornecem nenhuma lei prática, sendo considerados princípios da faculdade de desejar inferior. Eles devem determinar a vontade segundo a forma e não segundo a matéria. Kant separa a forma e o conteúdo na lei. Hegel vê isso como uno, pois é impossível tratar da forma sem o conteúdo e vice-versa. Saber apenas como se deve agir é insuficiente. Deve-se saber o que se deve fazer.

Portanto, o conteúdo do agir é essencial ao tratar da doutrina do direito e não apenas sobre a sua formalidade. É no “espírito do povo” que a justiça se realiza e não apenas em um dever ser (*sollen*) formal e abstrato. Defender princípios universais significa deixar de lado a realidade histórica. Kant aceita que a moral é pressuposto do direito. Mas, devido o formalismo, o autor, ao tratar do jurídico, acaba ficando preso ao que foi positivado, ao que está escrito na lei. Além disso, a fundamentação do jurídico é

puramente racional; a experiência, assim, não é considerada na doutrina do direito, pois a fundamentação de tal doutrina é metafísica. O direito permite a coexistência entre os homens. Essa é a sua função, a saber, permitir que o arbítrio de um possa coexistir com o arbítrio de outrem. Tudo o que é contrário ao direito acaba sendo um obstáculo à liberdade.

Por isso, a coerção (faculdade de obrigar) é indispensável ao direito; através dela é possível a coexistência entre os arbítrios segundo a lei universal. A preocupação de Kant é com a questão do justo e do injusto, portanto, com o dever-ser do direito e não com o ser do mesmo. Compreendendo o direito como um conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal da liberdade, Kant não está tratando do direito empírico, mas do direito racional, ou seja, do direito enquanto ideal de justiça. Se uma legislação visa a justiça, ela deve se adequar a esse ideal de justiça; caso contrário, será considerada injusta.

### **1.3 Direito de equidade e direito de necessidade**

O direito busca, na metafísica, princípios de fundamentação que são dados pela razão (direito natural) e não pelo direito positivo. Assim, o direito positivo busca seus princípios na razão, no direito natural. As leis morais abarcam tanto as leis jurídicas como as leis éticas. Portanto, o fundamento dessas últimas leis (jurídicas e éticas) é comum. Há, assim, uma fundamentação moral para o direito. No “Apêndice à Introdução à Doutrina do Direito”, Kant distingue o direito em sentido estrito e o direito no sentido lato.

Uma competência para exercer coerção está relacionada a qualquer direito em sentido restrito (*ius strictum*). Mas as pessoas pensam também em um direito num sentido mais lato (*ius latium*), no qual nenhuma lei existe pela qual uma competência de exercer coerção pudesse ser determinada. Destes verdadeiros ou pretensos direitos há dois: a *equidade* e o *direito de necessidade* (MS, 2008, p. 79-80).

Ao propor princípios metafísicos para o direito, Kant está almejando uma doutrina moral do direito, uma fundamentação racional da doutrina do direito. Contudo,

surtem dois problemas (a partir da fundamentação metafísica): i) como explicitar uma fundamentação moral do direito?; ii) por que Kant não resolve o problema do direito da equidade e do direito da necessidade a partir dessa fundamentação? Justamente devido a não resolução desses problemas, Kant será criticado nesta tese a partir do pensamento hegeliano.

O direito não é determinado por elementos empíricos, mas pela razão e, por isso, o direito é racional. Obedecer às leis jurídicas não caracteriza uma ação apenas como heterônoma. Obedecer ao direito significa seguir a razão na sua aplicação jurídica e isso possibilita a convivência entre os homens. A lei jurídica, além de ser retrospectiva (corrige os erros passados) é também prospectiva (visa antecipar os comportamentos injuriosos). A lei pública, por exemplo, que tem por objetivo garantir a coexistência pacífica entre os homens na sociedade, testa a prospectividade da lei jurídica (cf. WEINRIB, 1992, p. 36).

Há duas formas de direito: *direito no sentido estrito* e *direito no sentido lato*. O *direito no sentido estrito* é aquele que não está vinculado com o justo (Kelsen, a partir disso, vai construir uma doutrina *pura* do direito), mas está ligado apenas com a coerção do agir. Para Kant, a coerção é indispensável para o direito. O Estado, através do direito, obriga a todos a seguirem as leis; caso contrário, ele está autorizado para coagir. O Estado tem como objetivo garantir os direitos fundamentais, a saber, a liberdade, a igualdade, a propriedade, etc.

Para a convivência pacífica entre os homens, é necessário um senhor. No Estado de Natureza não havia esse senhor que intermediava as disputas. “Todo homem tem tanto direito quanto poder, em outras palavras, cada um tem o direito de fazer o que está em seu poder de fazer” (BOBBIO, 1987, p. 68). O Estado Civil, portanto, é necessário. O Estado de Natureza em Kant não é histórico, mas lógico. Já o contrato social é “visto como a soma consensual de declarações voluntárias, espontâneas, não intimadas, por isso mesmo vinculantes” (HECK, 2004, p. 79). O contrato que fundamenta a passagem ao estado civil não é um ato de renúncia aos direitos individuais, mas o reconhecimento de um dever e da condição da liberdade. O sujeito do contrato não é um homem empírico, mas numênico, pelo qual o Estado não é uma mera garantia dos interesses particulares, mas a unidade moral da humanidade.

Somente através da instauração do Estado podem-se garantir os direitos das pessoas. O contrato está na ordem do dever ser. Isso significa que ele serve como princípio regulador das normas jurídicas. Conforme Scruton, ele “é um teste para a

justiça de um sistema legal e não para a justiça de uma distribuição de bens” (1992, p. 213). A saída do estado de natureza é uma obrigação racional *a priori*. Segundo Bobbio, “dizer-se que o Estado devia contentar-se com a adesão exterior, significa dizer que o Estado não devia intrometer-se em questões de consciência, e portanto devia reconhecer para o indivíduo um âmbito da própria personalidade” (1991a, p. 57).

Portanto, o Estado tem limites: ele pode controlar os fatos externos, mas não os internos (dos indivíduos). O objetivo do Estado é garantir a liberdade externa de seus cidadãos. O homem, sendo um ser insociável, necessita da coerção externa estatal para viver de forma pacífica e cooperativa. Conforme Weber, “[...] é a própria razão que autoriza outro móbil (externo) para fazer cumprir as obrigações decorrentes da legislação moral. Isso é autonomia. Os que se submetem às leis são os mesmos que participam de sua elaboração” (2013, p. 40).

Já o *direito no sentido lato* não tem a coerção como característica essencial. Portanto, *direito no sentido estrito* tem como “objeto somente o que é externo nas ações” (MS, 2008, p. 78), “e é aquele que não está combinado com nada ético” (MS, 2008, p. 78). Assim, o devedor deve quitar suas dívidas devido uma obrigação (coerção) meramente externa e não por causa do dever de respeitar as leis. Não há nada de ético no *direito no sentido estrito*. Kant destaca duas situações em que não há uma relação necessária entre coerção<sup>8</sup> e direito: a equidade (direito sem coerção) e o estado de necessidade (coerção sem direito).

Além do direito estar vinculado com a liberdade, a noção de coerção também possui um nexos necessário para com ele. Portanto, dois conceitos vinculados à esfera jurídica são a liberdade e a coerção.

A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Conseqüentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa). Portanto,

---

<sup>8</sup> “Na esfera jurídica, coação e coerção são palavras usadas sempre como sinônimas. [...] O que em Direito tornou-se necessário foi eleger os termos que marcassem a diferença entre o momento presente e o momento futuro do emprego da força, a saber, entre a coação em ato e a coação em potência. Encaminhou-se a doutrina no sentido de identificar essas situações através dos conceitos de *coação* (ato de coagir, situado no domínio do *ser*) e *coatividade* (*possibilidade* de coagir, projetada para o domínio do *dever-ser*). Assim, enquanto a coação configurar-se-ia no ato de restauração do direito já violado, a coatividade restringir-se-ia a evidenciar a possibilidade de tal violação. Foi precisamente a partir dessa segunda posição que Kant formulou seu histórico conceito de Direito” (VASCONCELOS in TRAVESSONI, 2011, p. 44).

ligado ao direito pelo princípio de contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola (MS, 2008, p. 77-8).

Kant exemplifica o *direito no sentido lato* a partir de dois exemplos: direito de equidade e direito de necessidade. A *equidade*<sup>9</sup> (*aequitas*) assume um “direito sem

---

<sup>9</sup> A “tese da independência” (*Unabhängigkeitsthese*) entre direito e ética de Kant tem problemas, pois não está coerente com a “Doutrina do Direito” de Kant. Primeiro, porque “demonstrando que o conceito de direito [...] e a característica de coerção dele advinda não são compatíveis com o seu conceito de equidade, de modo que a equidade como direito seria uma espécie de direito que não é direito; segundo, demonstrando que, lançando mão dos fundamentos kantianos para demonstrar a diferença entre direito e ética, a equidade mais se assemelha à ética, de modo que a equidade como direito, nessa perspectiva, também seria uma espécie de direito que não é direito; terceiro, procurou-se apontar as falhas dos argumentos da ‘tese da independência’, uma vez que o filósofo, ao dizer sua classificação da equidade, desdiz sua explicação da equidade, e mostra o espaço nobre da equidade dentro do seu sistema jurídico como um direito que é mais do que um direito (WEBER; HAEBERLIN, 2012, p. 135). O jurídico e o ético possuem a mesma fundamentação, a saber, as leis morais. Enquanto o direito refere-se a uma ação externa, a ética refere-se a uma ação interna. “Nesse prisma, na ação cujo juízo não transcende o lícito ou ilícito para tocar no bem ou mal, a externalidade, *per se*, é suficiente para aferir a conformidade entre ação e lei, sendo essa lei jurídica. Como exemplo, poderíamos citar uma legislação que dispusesse sobre a aquisição originária da propriedade, por usucapião, pela posse do imóvel por um período de 15 anos. O critério apenas cronológico estabelecido nessa legislação daria conta de uma legislação jurídica, ou seja, onde o elemento externo (posse por 15 anos) seria suficiente para a aquisição da propriedade. Do contrário, quando o juízo de bem ou mal importa à ação, o seu elemento externo deve vir acompanhado da aferição do móbil interno e, como a conformidade entre ação e lei demanda a questão do princípio de determinação da vontade, essa seria uma lei ética. É a hipótese, para usar a mesma linha exemplificativa, de a legislação estabelecer, além do critério cronológico, que a posse do imóvel para o usucapião fosse de boa-fé. Nesse caso, além do elemento externo (período de tempo), seria necessária a perquirição do princípio de determinação que levou o agente à posse (se de boa ou má-fé)” (WEBER; HAEBERLIN, 2012, p. 129-30). Outro ponto a ser destacado para diferenciar direito e ética é sobre a intenção do agente, ou seja, se houve uma ação praticada por dever ou por inclinação (conforme o dever). A ética caracteriza-se pela ação praticada por dever. Já o direito é a ação praticada em conformidade ao dever. Analisando a equidade a partir da “tese da independência”, pode-se dizer que a equidade - em relação ao âmbito interno e ao âmbito externo - está no âmbito interno, pois, conforme Kant, não é possível remediar este mal pelo direito, pela via judicial. Portanto, a equidade é assunto do tribunal da consciência e não do direito civil. Em relação ao dever, a equidade também se aproxima da ética, pois ao buscar praticar a equidade, se busca a justiça em si e não a um benefício qualquer. Portanto, “a equidade mostra-se um direito que não é direito” (WEBER; HAEBERLIN, 2012, p. 131). A “tese da independência” tem problemas. Busca-se solucioná-los através de uma visão acerca do direito que é mais do que um mero direito. O direito caracteriza-se pela faculdade de obrigar. Portanto, o direito não tem relação com a ética, pois ela não possui como característica essa faculdade. Um “problema da ‘tese da independência’ está na afirmação de que as leis jurídicas situam-se apenas no plano externo da ação, enquanto as leis éticas estão no móbil interno da ação. No tocante à ética, pode-se dizer que a dificuldade de Kant em reconhecer a presença de elemento externo na ética tem explicação no formalismo, o qual não lhe permite (como aparecerá em Hegel) uma ética da responsabilidade. Já no que se refere à tentativa kantiana de relegar o direito à externalidade, impera lembrar que ao direito, por diversas vezes, importa – e muito – o âmbito interno. Isso ocorre tanto na responsabilidade civil, em que a ação ou omissão *voluntária* ensejará reparação, como na responsabilidade penal, em que se procura o chamado elemento subjetivo do tipo, é dizer, o caráter volitivo da conduta para a qual uma sanção é prevista. Em ambos os casos, perquirir-se-á se o agente agiu com dolo ou culpa, o que só é possível na persecução do elemento interno, ausente no direito para Kant. [...] A tese da independência fundamentada na conformação entre ação e dever também padece [...] de falhas. A principal delas seria a falta de clareza em sua aplicação. Isso porque o conceito de lei jurídica como aquela que está conforme ao dever subsume o conceito de lei ética como aquela que é efetuada pelo respeito ao dever. Ora, a ação ética, aquela efetuada quando se cumpre o dever pelo respeito intrínseco ao dever (ação desinteressada) não deixa de ser, ela também, conforme ao dever. A conformação ao dever, aqui, seria comum tanto ao agir desinteressado (“dever pelo dever”) como ao agir interessado (“de acordo com o dever”). Ainda, seria um erro pressupor que o cumprimento de uma obrigação jurídica é sempre interessado (não é, como provam as ‘obrigações naturais’) (WEBER;

coerção” (*Recht ohne Zwang*) (MS, 2008, p. 80), ou seja, há um direito, mas não há mecanismos para exigir a efetivação desse direito. Alguém que exige a aplicação deste direito “não possui as condições necessárias a um juiz para determinar em quanto ou de que maneira sua reivindicação poderia ser satisfeita” (MS, 2008, p. 80). Por exemplo:

Supõe que os termos nos quais uma companhia comercial foi formada foram que os sócios deveriam dividir igualmente os lucros, mas que um sócio, entretanto, fez mais do que os outros e assim perdeu mais quando a companhia se defrontou com reveses. Por meio da equidade ele pode exigir mais da companhia do que apenas uma partilha igual justamente com os outros (MS, 2008, p. 80).

Todo aquele que investe mais em uma empresa deveria receber mais se houvesse grandes perdas. Isso é assegurado pela equidade. Todavia, segundo o *direito no sentido estrito*, a exigência do cumprimento da equidade seria recusada, pois o juiz não teria dados suficientes para decidir acerca do contrato firmado. “Ou supõe que um servo doméstico recebeu seus salários, no fim de um ano, em dinheiro que sofreu depreciação no intervalo, de modo que não pode comprar com ele o que poderia ter comprado com ele quando concluiu o contrato” (MS, 2008, p. 80).

O servo não pode apelar ao direito de equidade, pois esse direito é “uma divindade muda que não pode ser ouvida” (MS, 2008, p. 80). Somente a forma do contrato, ou seja, o que foi estipulado, pode ser exigido de ser cumprido.

A divisa (*dictum*) da equidade é: “o direito mais estrito é a maior injustiça (*summum ius summa iniuria*)”. Mas este mal não pode ser remediado por meio do que é estabelecido como direito, embora diga respeito a uma reivindicação a um direito, pois esta reivindicação pertence apenas ao *tribunal da consciência (forum poli)*, ao passo que toda questão do que é estabelecido como direito tem que ser apresentada ante o *direito civil (forum soli)* (MS, 2008, p. 81).

---

HAEBERLIN, 2012, p. 132-3). O exemplo da equidade, tratado por Kant, é um direito que está além do direito, ou seja, é um direito com conteúdo ético. Kant diferencia o direito estrito, que não tem nada de ético, do direito lato, que se mescla com o ético. “Contudo, [...] percebendo que a conceituação da equidade como direito [...] aguará de alguma forma a ‘tese da independência’, Kant diz que o direito lato não adentra nos domínios da ética” (WEBER; HAEBERLIN, 2012, p. 134). Defende-se, nesta tese, que a “tese da independência” entre ética e direito tem problemas, pois tem falhas em sua fundamentação. O direito, desvinculado do justo e do ético não tem sentido. “Aristóteles, primeiro a demonstrar a necessária ligação entre equidade (επιείκεια) e justiça (δίκη) para uma Teoria da Justiça bem formatada, na famosa frase de sua *Ética*: ‘A justiça e a equidade são portanto a mesma coisa, embora a equidade seja melhor’. Também, poderíamos citar a lapidar afirmação de Hegel: ‘La equidad significa una ruptura del derecho formal por razones morales u otros motivos y se refiere ante todo al contenido de la disputa legal’. Ou, ainda, Chaïm Perelman, quando afirmou: ‘Serve-se da equidade como muleta da justiça’” (WEBER; HAEBERLIN, 2012, p. 136).

Kant reconhece que não aplicar a equidade é uma injustiça. Porém, mesmo reconhecendo isso, ele não defende que a equidade seja cumprida através do *direito no sentido estrito*. A equidade não passa de um direito presumido no *sentido no sentido lato*. A justiça, assim, é abstrata e formal. Não há “condições definidas segundo as quais o juiz deveria se manifestar” (GOMES & MERLE, 2007, p. 140).

Por que Kant, mesmo reconhecendo a equidade como um direito, não garante pelo *direito no sentido estrito* a sua efetivação? E não efetivando esse direito, por que ele realiza uma fundamentação moral do jurídico? Essas questões norteiam a presente tese. Através delas, será defendido o pensamento de Hegel e a superação da justiça formal por meio do direito de emergência, por exemplo.

A equidade é a justiça que vai além do formalismo jurídico. É “aquela justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas da adequação à natureza mesma do caso particular, que apresenta algumas peculiaridades com relação a circunstâncias de tempo, de lugar [...]” (BOBBIO, 1991a, p. 79). Em alguns casos, a lei aplicada não é equânime. Kant prioriza a lei aplicada e não a equidade. “Kant não admite um tribunal de equidade, ou seja, um tribunal que julgue não com base nas leis gerais e abstratas, mas caso por caso” (BOBBIO, 1991a, p. 80).

Para Aristóteles, o justo e o equitativo são a mesma coisa. Porém, em relação ao justo formulado em leis - e não ao justo em si -, o equitativo é superior, pois em virtude de sua universalidade, ele está sujeito ao erro. A equidade é uma correção da justiça legal. Kant considerava, todavia, que a equidade não se prestasse a uma autêntica reinvidicação jurídica e que, portanto, coubesse não aos tribunais, mas ao tribunal da consciência.

A equidade não tem as características da conceituação do direito kantiano, a saber, a coexistência de arbítrios e a faculdade de obrigar. Não tendo coerção, a equidade não é um direito. Isso é um paradoxo. Por que Kant não resolve o problema do direito da equidade a partir da fundamentação moral do direito? Por isso, Kant aborda o *direito no sentido estrito* e o *direito no sentido lato*. Enquanto o primeiro tem como característica a faculdade de obrigar, o segundo não a tem. Assim, a equidade e o direito de necessidade são direitos equívocos, pois não tem como característica a coerção. Kant considera esses dois direitos como direitos, mas pela conceituação do jurídico do filósofo de Königsberg, eles não poderiam ser considerados direitos. Portanto, são direitos que não são direitos. Esse é o problema encontrado na filosofia kantiana.

Outro *direito no sentido lato* exemplificado por Kant é o *direito de necessidade* (*ius necessitatis*)<sup>10</sup>. Nesse direito, há uma “coerção sem um direito” (*Zwang ohne Recht*) (MS, 2008, p. 80), ou seja, há uma exigência, mas não há um direito. “Supõe-se que este pretense direito seja uma autorização a tirar a vida de outrem que nada faz para causar-me dano, quando corro o risco de perder minha própria vida” (MS, 2008, p. 81).

Não pode haver lei penal que condene à morte alguém num naufrágio que, a fim de salvar a própria vida, empurra uma outra pessoa, cuja vida está igualmente em risco, para apanhar uma tábua mediante a qual salva a si mesmo, pois a punição com a qual a lei ameaça não poderia ser maior do que a perda de sua própria vida (MS, 2008, p. 81).

Este “pretense direito” autoriza a violência para salvar a própria vida, para preservar a si mesmo. “O ato de salvar a própria vida por meio de violência não é para ser julgado inculpável (*inculpabile*) mas apenas impunível (*impunibile*)” (MS, 2008, p. 81). Assim, há culpa, mas não há punição, pois a necessidade é uma exceção. “A necessidade não tem lei (*necessitas non habet legem*)” (MS, 2008, p. 82). Portanto, ela

---

<sup>10</sup> Na obra *O caso dos exploradores de caverna*, Lon. F. Fuller trata do estado de necessidade. Nela, o autor apresenta a visão jusnaturalista (através do juiz Foster) e a visão juspositivista (através do juiz Keen) sobre a história de cinco membros de uma sociedade espeleológica que entraram em uma caverna e acabaram soterrados. As vítimas conseguem entrar em contato com as equipes de resgate que estão do lado de fora da caverna através de um rádio. Depois de vinte dias são informados de que o resgate irá demorar e, portanto, eles podem morrer de fome. Um dos exploradores, Whetmore, convence os outros de que um deve ser sacrificado para servir de comida aos outros e propõe um sorteio para escolher o sacrificado. Whetmore acaba sendo assassinado e comido pelos companheiros. Depois que são resgatados, os quatro sobreviventes vão a julgamento por homicídio. Começa então um debate entre os juízes sobre Direito Natural e Direito Positivo. O juiz Foster (Direito Natural) afirma o seguinte: “Eu acredito que há algo mais do que o destino destes desafortunados exploradores em juízo neste caso: encontra-se em julgamento a própria lei. Se este Tribunal declara que estes homens cometeram um crime, nossa lei será condenada no tribunal do senso comum. [...] Afirmando que o nosso direito positivo, incluindo todas as suas disposições legisladas e todos seus precedentes, é inaplicável a este caso e que este se encontra regido pelo que os antigos escritores da Europa e da América chamavam ‘a lei da natureza’ (direito natural). [...] Concluo, portanto, que no momento em que Whetmore foi morto pelos réus, eles se encontravam não em um ‘estado de sociedade civil’, mas em um ‘estado natural’. [...] A lei que lhes é aplicável não é a nossa, tal como foi sancionada e estabelecida, mas aquela apropriada a sua condição. Não hesito em dizer que segundo este princípio eles não são culpados de qualquer crime” (FULLER, 1976, p. 10-11-14-15). Já o juiz Keen (Direito Positivo) diz: “A questão que desejo deixar de lado diz respeito a decidir se o que estes homens fizeram foi ‘justo’ ou ‘injusto’, ‘mau’ ou ‘bom’. Esta é outra questão irrelevante ao cumprimento de minha função, pois, como juiz, jurei aplicar não minhas concepções de moralidade, mas o direito deste país. [...] O texto exato da lei é o seguinte: ‘Quem quer que intencionalmente prive a outrem da vida será punido com a morte’. Devo supor que qualquer observador imparcial, que queira extrair destas palavras o seu significado natural, concederá imediatamente que os réus privaram intencionalmente da vida a Whetmore” (FULLER, 1976, p. 41-2). Esse debate é semelhante ao debate desenvolvido entre Kant e Hegel, com algumas diferenças. Tanto Kant quanto o juiz juspositivista Keen afirmam que o papel do juiz é apenas aplicar as leis, as normas jurídicas. Deixam de lado, portanto, tudo aquilo que não está positivado. Não há nada de ético no *direito no sentido estrito*, destaca Kant. Hegel supera essa visão formal do direito defendendo o direito de emergência, mesmo se esse não fosse positivado.

pode tudo. Mas, “não poderia haver necessidade alguma que fizesse o que é injusto se conformar à lei” (MS, 2008, p. 82).

Afinal, o injusto, citado por Kant, refere-se ao ato de tirar a vida de outrem para salvar a própria vida ou refere-se à punição de alguém que tirou a vida de outrem para salvar a própria vida? Punir um ato praticado pela necessidade é injusto, mas também não há lei que permita tirar a vida de outrem para se salvar.

Hegel chama o direito de necessidade de direito de emergência. Isso será investigado no segundo capítulo da presente tese. A necessidade não precisa de lei. O estado de necessidade é um caso de não-punibilidade. Hoje, no Direito Brasileiro, no estado de necessidade não há nem culpa e nem punição, ou seja, o estado de necessidade não é classificado como um caso de não-punibilidade, mas de não-culpabilidade.

Mas não é justo matar alguém para defender a própria vida? Ou é apenas lícito? Ora, ser lícito não significa ser justo; significa apenas ser autorizado. Talvez a questão devesse ser colocada de outra forma: É lícito (*erlaubt*) fazer uso de todos os meios disponíveis para a autoproteção? A intenção não é matar, mas a autodefesa, ainda que a consequência seja a morte de alguém. Se lícita é ‘uma ação que não é nem ordenada nem proibida’, seria ela uma ação ‘moralmente indiferente’, tendo em vista que não há lei restritiva da liberdade? [...] Parece que Kant não admitiria essa possibilidade (WEBER, 2013, p. 45).

A teoria da justiça formal kantiana é insuficiente. Por exemplo, “ao afirmar que a necessidade não pode tornar legal algo injusto, Kant parece não admitir a possibilidade da lei injusta, à qual, portanto, caberia desobediência” (WEBER, 2013, p. 45). Kant, portanto, não aceita a desobediência civil e o direito de resistência.

A grande questão acerca desses dois “direitos duvidosos” é a seguinte: qual é a relação entre moral e direito? A equidade e o direito de necessidade são dois direitos que não podem se efetivar, pois o juiz não pode atendê-los. Esse é o formalismo. O juiz não tem como atender o direito de equidade, pois nada está previsto sobre isso no contrato. O direito, assim, não tem relação com a justiça, mas somente com a lei e com os contratos que deverão ser cumpridos.

[...] Eis como o próprio Kant identifica a diferença entre os casos de equidade e estado de necessidade: no primeiro caso, ‘o que cada um por si mesmo, com bons motivos, reconhece como justo, pode não encontrar confirmação frente a um tribunal’; no segundo caso, ‘o que ele mesmo deve julgar como injusto pode obter indulgência e absolvição deste’. A anomalia desses dois casos está portanto no fato de que, enquanto a normalidade da relação entre

direito e coação exige que o direito seja satisfeito e o erro remediado, aqui existe de um lado um direito não satisfeito, do outro um erro não remediado. Em outras palavras, seria possível dizer assim: a natureza da justiça implica em que seja dada razão a quem tem razão e negada a quem não a tem. Nos dois casos anômalos, porém, existe esta alteração: no primeiro caso, uma pessoa tem razão e não lhe é dada, no segundo caso, uma pessoa não a tem e lhe é dada (BOBBIO, 1991a, p. 81).

As regras devem ser justificadas demonstrando quais são os princípios que as fundamentam. Se, como diz Kant, o justo não pode ser tirado das leis positivas e sim da razão, então, ao tratar da equidade e da necessidade, pode-se sim apelar para as leis morais. Porém, Kant não faz isso e, por isso, ele acaba caindo em um formalismo excessivo. Quando o contrato for injusto, para que aplicá-lo? Kant prende-se ao *direito no sentido estrito*.

Não é possível separar forma e matéria, senão se cai em uma abstração indeterminada. Nos direitos de equidade e de necessidade deve-se apelar aos princípios e não às leis. A proposta inicial de Kant era fazer uma metafísica do direito. Isso significa dizer que o direito se sustenta na razão. Todavia, Kant não soluciona o problema desses dois direitos.

Por que aplicar leis injustas? Justamente são os *hard cases* que precisam que se aplique a equidade. Kant não resolve o problema da equidade e da necessidade; ele oferece uma resposta puramente formal. Não se podem minimizar esses dois direitos (como fez Kant), pois são direitos fundamentais. Kant joga esses direitos para o âmbito do *direito no sentido lato*, pois os considera “duvidosos” (e nas palavras de Bobbio, anômalos).

A distinção entre princípios e regras nos ensina que, quando a aplicação de regras trazer consequências injustas, deve-se recorrer aos princípios que as fundamentam. Estes não são extralegais, conforme sustenta Dworkin [...]. Assim, o recurso à equidade poderia justificar a não aplicação de uma lei com consequências injustas, ainda que seja um caso de direito duvidoso. Perelman escreve com acerto: ‘Desejamos, de fato, que o ato justo não se defina simplesmente pela aplicação correta de uma regra, seja ela qual for, mas pela aplicação de uma regra justa’ [...]. Kant reconhece o direito de equidade, mas não o contempla na efetivação do direito estrito. Diz claramente que ‘o juiz não pode sentenciar de acordo com condições indeterminadas’ [...]. Logo, o juiz, no caso da equidade, não pode fazer justiça. Ele decide de acordo com a lei que, nesse caso, tem consequências injustas. Por que então falar em direito à equidade, já que não tem eficácia? Se pelo direito estrito não se pode assegurar o direito à equidade, uma vez que pertence ao direito em sentido amplo, dever-se-ia fazê-lo pelos princípios morais, já que fundamentam as leis jurídicas (WEBER, 2013, p. 44).

O conceito do justo não pode ser tirado da lei positiva, mas somente das leis naturais, dos princípios. O juiz deveria sim buscar nos princípios naturais a aplicação do direito de equidade. Senão, se estaria considerando justa a aplicação de uma lei positiva que carrega em si consequências injustas. Nesse caso, deve-se abandonar a lei e recorrer aos princípios. Segundo uma leitura hegeliana, é possível afirmar que o problema enfrentado aqui resume-se na concepção formal, abstrata e apriorística da justiça e do direito.

Vê-se que ambas as avaliações do que é direito (em termos de um direito de equidade e um direito de necessidade), a equivocidade ou ambiguidade (*aequivocatio*) nasce do confundir a base objetiva com a subjetiva de exercer o direito (perante a razão e perante o tribunal). O que alguém por si mesmo reconhece com bons fundamentos como *direito* não será confirmado por uma corte e o que ele deve necessariamente julgar como sendo por si *não direito* é tratado com indulgência por uma corte, pois o conceito de direito nesses dois casos não é tomado no mesmo sentido (MS, 2008, p. 82).

Ou seja, o tribunal pode não confirmar o justo e o culpado pode ser absolvido. Assim, Kant, mesmo em relação aos direitos previstos no *sentido no sentido lato*, como a equidade e o direito da necessidade, permanece preso ao formalismo. Só é permitido fazer o que o direito positivo prevê, o que a lei prevê, não importando se a ação foi justa ou injusta. Isso é um problema grave que surge em concepções formais do direito.

Hegel, através da eticidade, supera isso. Ele defende o “direito de dizer não” como instância mediadora das determinações ético-políticas. Isso já demonstra a superação do formalismo jurídico proposto por Kant e defendido por algumas correntes juspositivistas do séc. XX.

Ora, tais atos não são passíveis de culpa, muito menos de punição. Não se deveria, nesses casos, recorrer aos princípios, tendo em vista as consequências injustas da aplicação da regra do direito positivo? Embora se possa sustentar um conceito moral do direito, [...] o filósofo de Königsberg parece dar, nos casos de equidade e necessidade, margem à interpretação de uma independência entre moral e direito e, assim, ficar preso ao formalismo jurídico, isto é, a doutrina pura do direito. É curioso que Kant faça a distinção entre direito estrito e direito em sentido lato, onde trata da equidade e do direito de necessidade (casos de direito duvidoso), e apresente uma solução para esses casos a partir do direito estrito (positivo formal). Por que, então, falar em direito em sentido lato? Não se trata de direitos duvidosos. Tanto o direito da equidade quanto o da necessidade são direitos líquidos e certos, ainda que em situação concretas nem sempre seja fácil qualifica-los como tais (WEBER, 2013, p. 46).

Nem mesmo o *direito no sentido lato* resolve o problema da injustiça. A justiça formal é insuficiente. Por que Kant não recorre ao direito natural, já que ele prevê isso, para resolver o problema dos “direitos duvidosos”? Não recorrendo, ele acaba sendo incoerente. Perelman é claro ao afirmar que “a equidade pode prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar consequências iníquas pode levar o juiz a dar nova interpretação da lei, a modificar as condições de sua aplicação” (2005, p. 166). O direito de necessidade é um direito de exceções. Em determinados casos extremos, é possível não cumprir a lei. Isso é semelhante ao caso do sujeito que mente para salvar a vida de um inocente. Porém, Kant diz que há culpa no estado de necessidade, mas não punição. Isso demonstra que ele permanece preso a concepção formal e abstrata de justiça.

Não somente quando Kant analisa os direitos de equidade e o direito de necessidade, a partir de uma teoria da justiça formal, se cai em uma indeterminação abstrata, mas também quando se investiga sobre o “direito de mentir”. A proteção da vida de um inocente não justifica uma mentira? Kant jamais defenderia a mentira, independente das circunstâncias, pois isso seria destruir a dignidade do ser humano.

Suponha que fosse necessário mentir para salvar a vida de uma pessoa. Deveríamos mentir? Kant nos daria a seguinte razão: (1) Devemos executar apenas aquelas ações que se adaptam às regras que poderíamos adotar universalmente; (2) Se tivéssemos de mentir, estaríamos seguindo a regra ‘é permitido mentir’; (3) Essa regra não poderia ser adotada universalmente, porque ela seria auto-refutável: as pessoas parariam de acreditar uma nas outras e, portanto, não trariam bem algum mentir; (4) Então, não deveríamos mentir (RACHELS, 2006, p. 125).

Kant, no artigo *Sobre o suposto direito de mentir por amor à humanidade*, de 1797, trata da história de um homem que é levado a entregar o seu amigo inocente a um assassino por não poder mentir, ressalta que dizer a verdade é um dever, um princípio. Mas este dever vale aprioristicamente ou dentro de determinadas circunstâncias? Se ele vale de forma *a priori*, Kant acaba caindo no formalismo; mas se ele não vale de forma *a priori*, devem-se investigar quais são as circunstâncias. Kant diz que ele vale aprioristicamente. Portanto, a veracidade é um dever formal. A matéria é irrelevante. Abrir uma exceção significa inutilizar o princípio.

Para salvar o princípio, Kant acaba caindo em um puro formalismo. A veracidade nas declarações é o dever formal do homem em relação a quem quer que seja, por maior que seja a desvantagem que daí decorre para ele ou para outrem. Juridicamente, o mentiroso é responsável pelas consequências de sua mentira. Se

mentir, abrindo uma exceção, as declarações em geral não tem critério algum e, por conseguinte, também todos os direitos fundados em contratos perdem a sua força; isso é uma injustiça causada à humanidade em geral (cf. KANT, 1988, p. 174-5). Portanto, o pensamento de Kant acerca do “direito de mentir” é o seguinte:

Somos tentados a fazer exceções à regra contra mentir porque, em alguns casos, acreditamos que as consequências da honestidade seriam ruins e as consequências da mentira, boas. Contudo, nunca podemos estar certos sobre como as consequências das nossas ações serão – não podemos *saber* se implicarão bons resultados. Os resultados de mentir podem ser inesperadamente ruins. Assim, a melhor política é evitar o mal já conhecido, a mentira, e deixar as consequências acontecerem à sua forma. Mesmo se elas forem ruins, não serão nossa culpa, pois teremos cumprido com a nossa obrigação (RACHELS, 2006, p. 127).

Assim como seremos responsáveis por qualquer má consequência de nossas mentiras, também seremos responsáveis por qualquer má consequência de nossas verdades. “Suponha que o assassino ache a vítima e a mate, como resultado de dizermos a verdade. Kant parece entender que seríamos inocentes” (RACHELS, 2006, p. 127). Esse é mais um exemplo de Kant que justifica esta tese: ir para além da justiça formal.

Höffe destaca que Kant não pode ser acusado de formular um “rigorismo moral” e, portanto, há situações (choque de princípios<sup>11</sup>) em que é possível justificar a mentira para um bem maior, como para salvar a vida de um inocente.

Visto que o imperativo categórico contém a forma estrita da universalização, recriminou-se Kant de *rigorismo* moral, de acordo com o qual máximas como não mentir devem ser seguidas em todas as situações. Na verdade, Kant, na famosa disputa com o escritor e político francês Benjamin Constant, afirmou que não se tem o direito de mentir mesmo contra aqueles que perseguem injustamente alguém [...]. Apesar disso, Kant não defende aqui nenhum rigorismo problemático. [...] Constant afirma que este caso mostra que uma validade incondicionada do dever de veracidade torna toda sociedade impossível. De acordo com Kant, é certo o exato oposto: é a pretensão do direito à mentira que torna toda sociedade impossível. Pois a veracidade é o fundamento de todos os contratos; contratos tornam-se sem sentido se estão sob a ressalva de que os parceiros de contrato fazem uso de seu ‘direito de mentir’. (HÖFFE 2005, p. 213-4).

<sup>11</sup> “Durante a Segunda Guerra Mundial, os pescadores holandeses contrabandearam os refugiados judeus para a Inglaterra em seus barcos, os quais algumas vezes eram parados pelo barco da patrulha nazista. O capitão nazista gritava e perguntava ao capitão holandês para onde iria, quem estava a bordo etc. O pescador mentia e era liberado para continuar. É claro que o pescador tinha apenas duas alternativas, mentir ou permitir que seus passageiros (e ele próprio) fossem capturados e mortos. [...] Suponha que há duas regras ‘É errado mentir’ e ‘É errado facilitar o assassinato de pessoas inocentes’ sejam ambas tomadas como absolutas. O pescador holandês teria de fazer uma dessas duas coisas, portanto uma visão moral que absolutamente as proíbe é incoerente. É claro que essa dificuldade poderia ser evitada se alguém sustentasse que pelo menos uma dessas regras não é absoluta. Mas é duvidoso que essa saída esteja disponível a todo conflito que houver. Também é difícil entender, no nível mais baixo, os motivos pelos quais algumas regras morais devem ser absolutas, se outras não são” (RACHELS, 2006, p. 128-9).

Marcus G. Singer diz que “se alguém tem a intenção de tomar para si determinada máxima [...], para alcançar determinado fim, então já temos um *princípio determinado*, algo que já contém *um conteúdo*, a que o imperativo categórico pode ser aplicado” (1975, p. 291). Assim, segundo Singer, a crítica de Hegel a Kant é simplista, pois não há uma pura indeterminação no imperativo categórico, “pois o conteúdo de dever seria determinado pelas máximas” (RAUBER, 1999, p. 42). A determinação do conteúdo é essencial em Hegel e isso ocorre apenas através da mediação social através da família, da sociedade civil e do Estado. Somente a partir das instituições sociais é que ocorre o universal concreto. Kant permaneceu no universal abstrato. Portanto, a crítica de Hegel a Kant não é simplista.

## 2. DIREITO E JUSTIÇA EM HEGEL

*“Na medida em que o próprio dever constitui, como consciência de si, a essência e o universal desta esfera, essência que, fechada em si, só a si refere, apenas contém ele a universalidade abstrata. É identidade vazia sem conteúdo ou positividade abstrata; define-se por ausência de determinação” (Rph, § 135).*

A fundamentação racional do direito realizada por Kant apresenta um direito formal, que diz respeito apenas às normas externas de uma pessoa em relação à outra. O direito trata, assim, da relação externa entre dois arbítrios, ou seja, entre dois indivíduos com capacidades conscientes de alcançar o objeto desejado. O direito fornece apenas a forma do agir dos arbítrios. O jurídico, em Kant, está relacionado com reciprocidade, intersubjetividade e coerção.

Hegel, diferentemente de Kant, não considera o direito como uma categoria autônoma. Para defini-lo, Hegel parte do *ethos* de um povo com a sua religião, a sua arte, as suas leis e os seus costumes. O direito, assim, não é formal, mas é tomado de forma histórica e concreta. É um direito de natureza ética. O individualismo e coletivismo, mais uma vez, estão em choque.

As leis éticas e as leis jurídicas, em Kant, são caracterizadas pelo formalismo. Segundo Hegel, o formalismo é importante, por ser uma conquista da autonomia da razão, mas ele é insuficiente. A noção de “dever pelo dever” é abstrata e insuficiente para determinar o agir. Deve-se, por isso, inserir conteúdos particulares, pois somente é possível conhecer o “meu dever” em contextos concretos e não em um vazio formalismo.

Hegel reconhece o mérito do conceito de *autonomia* de Kant, mas defende que esse conceito é insuficiente<sup>12</sup>. Conforme Hegel, “[...] o sujeito particular, oferece o Bem

---

<sup>12</sup> Hegel ataca “a ideia de liberdade de Kant no nível mais profundo. Para ele, Kant pensa que nossa liberdade nos eleva acima de todas as contingências da natureza humana (nossas inclinações e necessidades), acima de todas as contingências de nossa sociedade e sua história, e, por conseguinte, pensa que nos é sempre *possível* agir segundo a lei moral e adquirir uma boa vontade, ainda que

a relação de constituir o essencial da sua vontade, que nele encontra uma pura e simples obrigação” (Rph, § 133). Ou seja, a ideia do Bem representa a ideia do dever (uma obrigação para o sujeito). “Na medida em que a singularidade é diferente do bem e permanece na vontade subjetiva, o Bem apenas possui o caráter de essência abstrata universal do dever e, por força de tal determinação, o dever tem de ser cumprido pelo dever” (Rph, § 133). O dever é a própria ideia do Bem (o dever ser).

Deve-se, segundo Kant, cumprir aprioristicamente o “dever pelo dever”. Isso é autonomia (autodeterminação) e é nisso que está o mérito moral. Não há, assim, nenhuma determinação empírica que move o sujeito para agir. Deve-se cumprir o “dever pelo dever”. Essa é a tese kantiana que Hegel reproduz nos *Princípios da Filosofia do Direito* para criticá-la. “Como a ação exige para si um conteúdo particular e um fim definido, e como a abstração nada de semelhante comporta, surge a questão: o que é o dever?” (Rph, § 134).

Para Hegel, toda ação exige um conteúdo particular. É preciso ter um conteúdo determinado a partir do qual se age. Hegel responde a pergunta “o que é o dever?” da seguinte maneira: “dispomos apenas de dois princípios: agirmos em conformidade com o direito e [...] com o Bem-estar que é, simultaneamente, bem-estar individual e bem-estar na sua determinação universal, a utilidade de todos” (Rph, § 134). O “dever pelo dever” não contém determinações particulares.

O princípio universal kantiano independe do espaço e do tempo. Não depende de conteúdo empírico. Hegel reconhece o avanço realizado por Kant. “É sem dúvida essencial pôr em destaque que a autodeterminação da vontade é a raiz do dever” (Rph, §135). Em Hegel, o dever consiste em agir conforme o direito e na busca do bem-estar, tanto o próprio quanto o dos demais (cf. Rph, §134).

Em cada instituição social (família, sociedade civil e Estado), a liberdade é determinada de forma diferente. “Permanecer no mero ponto de vista moral sem passar ao conceito da eticidade, converte aquele mérito em um vazio formalismo e a consciência moral em uma retórica acerca do dever pelo dever mesmo” (Rph, §135). Ou

---

gradualmente, uma vez que nos resolvemos plenamente a fazê-lo. Essa alegada liberdade transcendental implica que todas as pessoas têm as mesmas oportunidades de alcançar o ideal de uma pessoa de bom caráter moral (uma boa vontade), qualquer que seja a sua sorte particular no mundo. Podemos dizer que Kant arranjou as coisas de modo que tenhamos todos igualmente o poder (ou a capacidade) de trabalhar pela nossa salvação” (RAWLS, 2005, p. 379). As pessoas agem livremente, segundo Hegel, quando estão inseridas em um contexto e em um Estado. A autonomia de Kant não é uma “autonomia real” (RAWLS, 2005, p. 380). A liberdade é conduzida pelos hábitos e costumes. “Os indivíduos somente podem obter a mais plena liberdade possível para eles, em contraposição à falsa autonomia da ética de Kant” (RAWLS, 2005, p. 380).

seja, para Hegel falta em Kant a eticidade, pois sem determinar o conteúdo do dever não tem como agir seguindo ou não a moral.

Kant permanece em um puro formalismo<sup>13</sup>. Por isso, o problema da efetivação do direito de equidade e de necessidade não é resolvido em sua teoria. “A não contradição no processo da universalização da vontade subjetiva, conforme a exigência do imperativo categórico, é critério insuficiente para a determinação objetiva desses valores morais” (RAUBER, 1999, p. 36). O dever somente pode ser sabido dentro de um contexto através de mediações das instituições sociais. Na moralidade, só se sabe acerca de deveres subjetivos. “Enquanto que, no nível da moralidade, o dever constitui um universal abstrato por ser carente de realidade, na eticidade ele se afirma como universal concreto, pois se situa dentro de um contexto de mediação social” (RAUBER, 1999, p. 36). Segundo Hegel,

Que nenhuma propriedade existe é proposição que não tem para si mais contradição do que a de que este povo, esta família, etc., não existem ou a de que nenhum homem vive. Se, por outro lado, se afirmar e supuser que a propriedade e a vida humana devem ser respeitadas, então será uma contradição efetuar um assassinio ou um roubo. Uma contradição só pode dar-se com alguma coisa, quer dizer, com um conteúdo antecipadamente estabelecido como princípio rigoroso. Só para com esse princípio a ação está em concordância ou em contradição (Rph, § 135).

Sem o princípio do “respeito à propriedade alheia” ou o “respeito à vida dos semelhantes” não seria possível caracterizar atos que desrespeitam esses princípios como atos injustos. Hegel, ao criticar o formalismo kantiano, quer ressaltar que sem a pressuposição de leis constituídas em determinadas comunidades é possível justificar atos como o roubo, a mentira, a morte, etc. Ou seja, ações imorais e injustas poderiam ser justificadas. O princípio anunciado pelo imperativo categórico “[...] seria muito bom se já dispuséssemos de princípios determinados sobre o que se deve fazer” (Rph, § 135). E é isso que Hegel faz, a saber, superar a moralidade a partir da eticidade. O ponto de

---

<sup>13</sup> “Hegel pensa que, na doutrina de Kant, a maneira como devemos ver a nós mesmos com agentes morais é tão estreita quanto alienante. (a) É *estreita* porque, primeiramente, não toma em consideração as características que nós mesmos assumimos como membros de nosso mundo social ou de nossa comunidade particular. E é estreita porque, em segundo lugar, no nível da motivação, restringe imensamente o tipo de motivos compatíveis com o caráter moral bom. (b) É alienante porque a forma de vida moral que a doutrina de Kant quer excluir tanto desejos e aspirações da vida cotidiana e nos distancia tanto deles que nos aliena das coisas cotidianas” (RAWLS, 2005, p. 382-3). O mundo pensado por Hegel não é um mundo perfeito, um mundo utópico, mas um mundo com infelicidades, guerras e dor. O objetivo da ordem social racional é justamente permitir que os cidadãos consigam realizar a sua liberdade.

partida de Kant é a validade apriorística do imperativo. Hegel é um comunitaristas e o seu ponto de partida são os costumes, os hábitos e as tradições<sup>14</sup>.

## 2.1 Direito, justiça e liberdade

A ideia jusnaturalista contratualista acerca do direito é infundada. Não é possível pensar um conjunto de normas para um aglomerado de indivíduos, ou seja, o direito como algo externo aos indivíduos e esses devendo a ele uma obediência cega. Hegel critica a postulação de uma origem pactuada e juridicamente regrada de uma vida coletiva ocorrida a partir da soma de vontades particulares. Os sujeitos individuais formam a sua identidade somente quando são reconhecidos por outro sujeito (intersubjetivamente). Para Hegel, a liberdade humana não se efetiva se estiver afastada da estrutura social.

O indivíduo somente é autônomo, podendo relacionar-se positivamente consigo mesmo, se ele for valorizado pelos demais indivíduos de sua comunidade. Se não há esse reconhecimento, o indivíduo não reconhecido parte para a luta a fim de criar as condições para tal. Quando a falta de reconhecimento não é de um indivíduo isolado, mas de um grupo social, a luta ganha contornos políticos e sociais. Para formular o seu pensamento, Hegel parte do *ethos*, da comunidade ética. Portanto, o indivíduo desde sempre está inserido em um convívio intersubjetivo.

Hegel não justifica os direitos individuais atomizados, mas elabora a teoria da intersubjetividade. Segundo ele, as duas teorias modernas acerca do direito natural – a empirista e a formal – estão equivocadas, pois ambas defendem uma teoria dos

---

<sup>14</sup> Habermas apresenta quatro objeções de Hegel a Kant. Ei-las: “1) a objeção de Hegel ao *formalismo* da ética kantiana: uma vez que o imperativo categórico exige a abstração de todo o conteúdo particular das máximas de conduta e dos deveres, a aplicação deste princípio moral terá de conduzir a juízos tautológicos; 2) a objeção de Hegel ao *universalismo abstrato* da ética kantiana: uma vez que o imperativo categórico exige a separação entre o geral e o particular, os juízos válidos segundo este princípio terão de permanecer insensíveis em relação à natureza particular e ao contexto do respectivo problema, carente de solução, e exteriores em relação ao caso específico; 3) a objeção de Hegel à *impotência do mero dever*: uma vez que o imperativo categórico exige a separação rígida entre Dever e Ser, este princípio moral nunca será informador do modo como as perspectivas morais podem ser transpostas para a prática; 4) a objeção de Hegel ao terrorismo da *pura convicção*: uma vez que o imperativo categórico separa os requisitos puros da razão prática do processo de formação do espírito e das suas concreções históricas, sugere ao mesmo tempo aos defensores da visão moral do mundo uma política que estabelece como seu objetivo a realização da razão e que, em prol dos fins mais elevados, acaba por tolerar condutas amorais” (1991, p. 13-4). Essas quatro críticas serão tratadas nesta tese, mas não de forma sistemática. Elas serão abordadas no decorrer da tese.

indivíduos atomizados. Hegel critica o método empírico-formal do jusnaturalismo. Seu projeto jurídico é um direito especulativo, ou seja, um direito de natureza ética, que não deve proceder do indivíduo isolado, mas da vida comunitária. Essa é a matriz filosófica da intersubjetividade.

O Estado não tem o objetivo de suprir as necessidades dos indivíduos em um estado de natureza, mas o de torná-los seres humanos completos. Assim como não se pode imaginar “o casamento dentro do conceito de contrato” (Phd, § 75), não se pode também imaginar o surgimento do Estado via um contrato social, como pensaram, por exemplo, Hobbes, Locke e Rousseau. “A natureza do Estado não consiste em relações de contrato, quer de um contrato de todos com todos, quer de todos com o príncipe ou o governo” (Phd, § 75).

A concepção de eticidade hegeliana corresponde à concepção orgânica de Estado, conforme o ideal grego, diferentemente da vertente contratualista moderna, que sustentava um atomismo político. Hegel, perante a oposição entre a liberdade subjetiva e a substancialidade ética, demonstra que a concretização da liberdade só ocorre por meio das mediações sociais e jamais de forma abstrata e imediata. Fora do Estado, segundo Hegel, não há possibilidade de uma comunidade humana viver livremente. É melhor o pior dos Estados do que a inexistência dele. Quando há a consciência dos cidadãos há a determinação da liberdade.

Platão e Aristóteles pensaram a harmonia da *pólis* grega justamente quando houve a sua decadência. Conforme Rosenfield, “suas tentativas de restabelecer a harmonia perdida estavam destinadas ao fracasso, porque desconheciam a verdade do que nascia, a liberdade subjetiva. [...] A particularidade desenvolveu-se em oposição à unidade ética” (1995, p. 285-6). O fim do mundo grego ocorreu devido à corrupção dos costumes. Nele, o papel das instituições sociais, como a família e a aldeia foram centrais para o seu desenvolvimento. Porém, quando houve um enfraquecimento dessas instituições, a cidade grega entrou em colapso. “A relação entre o indivíduo e a comunidade é de uma identidade entre a razão de ser de cada um, e a finalidade da *pólis*, a finalidade de todos” (ROSENFELD, 1995, p. 235). O Estado hegeliano é um Estado estamental, formado por indivíduos livres<sup>15</sup>. Essa liberdade somente existe

---

<sup>15</sup> Segundo Hegel, o Estado racional é constituído por três elementos: o elemento individual, o elemento particular e o elemento universal. O elemento individual é o monarca (não absoluto, mas constitucional). O cargo é hereditário para evitar “o capricho e o elemento contratual envolvido em eleições” (INWOOD, 1997, p. 124). “O monarca enquanto tal é essencialmente indivíduo que está fora de qualquer outro conteúdo, e este indivíduo destina-se a dignidade do monarca de um modo imediatamente natural, por

porque existem instâncias mediadoras que a concretizam. O interesse público deve representar o interesse privado através das mediações sociais.

A versão empirista do direito natural, criticada por Hegel, é composta por Grotius, Hobbes, Locke, Puffendorf, Rousseau e os juristas ligados à Escola Histórica. Eles partem das coisas observáveis da realidade e acabam descobrindo uma variedade de fatos. Esses fatos podem se substituir um ao outro e eles têm o mesmo valor, sendo que nenhum pode prevalecer sobre o outro. Desta forma, não há como saber qual é o necessário e qual é o accidental. Por isso, o empirismo elege um fato ao azar para que ele possa ser um princípio que fundamente a unidade científica. Por exemplo, quando o empirismo pretende entender o matrimônio, ele se retém apenas em uma determinidade, “põe-se tanto a procriação dos filhos quanto a comunidade dos bens etc.” (HEGEL, 2007, p. 41) e submete a uma dessas determinidades a totalidade orgânica do matrimônio. Hegel, ao tratar do casamento, destaca que se não houver o consentimento não há o casamento. O ético do casamento está no consentimento. Se isso for ferido, o casamento é anulado. Portanto, verifica-se, através do consentimento, a mediação da liberdade no instituto casamento. Direito não é apenas a relação externa entre dois arbítrios. “O objeto da ciência filosófica do direito é a Ideia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização” (FD, § 1).

O mesmo ocorre no instituto jurídico da pena, onde o empirismo aborda apenas uma das determinidades do todo. Isso ocorre também com a noção do estado de natureza. Para alguns teóricos, neste estado o homem é bom, sociável, justo etc.; para outros, o homem é mau, anti-sociável, injusto etc. Portanto, entre os próprios contratualistas há determinações totalmente diversas. Por isso, o empirismo não consegue ter a unidade necessária.

A filosofia social moderna define a vida social como sendo uma luta por autoconservação (cf. HONNETH, 2009, p. 31). Esse pensamento é sustentado principalmente por Maquiavel, que desenvolve um realismo político, o qual está ligado a um pessimismo antropológico, e Hobbes, que defende o contrato social como forma de fundamentar o absolutismo monárquico. Hegel critica a forma atomista de tratar o

---

nascimento” (Phd, § 280). O elemento particular é o poder executivo. A função desse poder é executar as leis do monarca. Essa classe é composta por chefes do serviço civil, pelo judiciário, pela polícia, etc. O elemento universal é o legislativo. O povo, com exceção dos camponeses e dos trabalhadores, é representado no legislativo como “membro”. Os estados não são classes sociais ou economias, mas grupos profissionais, tais como: i) a nobreza rural e hereditária; ii) a classe mercantil; iii) a classe de servidores civis e suas corporações.

direito natural realizada pelos empiristas e defende, através do método especulativo, a filosofia política como totalidade orgânica.

A versão formal do direito natural, também criticada por Hegel, é tratada por Kant e Fichte. Esses pensadores partem da pura abstração e não dos fatos da realidade como partiam os empiristas. A determinação que eles partem é sem matéria (pura forma). A única lei é o imperativo categórico (para Kant). Ocorre no formalismo uma oposição entre a autoconsciência pura e a consciência real do sujeito.

Hegel ataca o formalismo no direito natural, pois o formalismo reduz o conteúdo do direito ao conteúdo da moral. Assim, o sujeito é um pensador solitário; ataca também a legalização do direito, onde a justiça é apenas a aplicação da lei (justificação do juspositivismo da Escola da Exegese). Isso é visível no momento em que Kant aborda o direito de equidade e de necessidade. Kant e Fichte partem do conceito transcendental da razão prática e a consideram o resultado da purificação das inclinações humanas. Para Hegel, direito e justiça estão intrinsecamente ligados.

Deduz-se logo que, uma vez que a unidade pura constitui a essência da razão prática, pode-se ter tão pouca consideração de um sistema de vida ética que nem mesmo uma pluralidade de leis é possível – enquanto isso que vai além do conceito puro, ou – porque este, na medida em que ele é posto como negando o múltiplo, isto é como prático, é o dever – o que vai além do conceito puro do dever, e da abstração de uma lei, não pertence a esta razão pura, assim que Kant – este que expôs esta abstração do conceito na sua pureza absoluta – reconhece muito bem que toda a matéria da lei falta à razão prática e que esta não pode erigir em lei suprema nada mais que a forma da *aptidão* da máxima do livre-arbítrio. A máxima do livre-arbítrio tem um conteúdo e inclui nela uma determinidade; a vontade pura, pelo contrário, é livre de determinidade (HEGEL, 2007, p. 61).

A vontade pura está livre de determinidades. Kant, com sua justificação universalista, não diz nada de novo em relação à determinidade. Por exemplo: “devemos respeitar a propriedade”. A universalização dessa máxima na forma da lei não diz nada de novo. A forma da lei só diz o que já está dito. Para Hegel, ao aplicar o procedimento do imperativo categórico, se está pressupondo um conteúdo moral. Portanto, não é necessária a utilização do imperativo categórico. A proposição kantiana não é um juízo sintético *a priori*, mas um juízo analítico. Nas palavras de Hegel,

a matéria da máxima permanece o que ela é, uma determinidade ou uma singularidade; e a universalidade que lhe confere a acolhida na forma é assim uma unidade pura e simplesmente analítica; e se a unidade que lhe é conferida é expressa, puramente como isto que ela é, em uma proposição, a proposição é uma proposição analítica e uma tautológica. E é na produção de

tautologias que consiste, seguindo a verdade, o poder sublime da autonomia da legislação da razão prática pura; a identidade pura do entendimento, expressa no [domínio] teórico como a proposição da contradição, permanece, se vista na forma prática, precisamente a mesma coisa (HEGEL, 2007, p. 61-2).

Hegel não admite uma contradição apenas formal. Ao questionar o que é o direito e o que é o dever, Hegel diz que Kant responde que se deve cumprir o “dever pelo dever”, pois esse é o ordenamento da vontade pura. A razão, que determina a vontade, o faz de forma imediata, sem mediações, sem conteúdo. Portanto, aquilo que motiva a vontade é a pura forma da lei. A razão, enquanto pura, não pode determinar o conteúdo.

Não existe liberdade natural. Somente existe liberdade mediada e reconhecida. O livre arbítrio, enquanto não determinado, é vazio. Por isso, Hegel valoriza as determinações objetivas e as mediações sociais da liberdade. “Para que, assim, este formalismo possa expressar uma lei, é necessário que seja posta uma matéria qualquer, uma determinidade, que constitua o conteúdo da lei; e a forma que vem a se juntar a esta determinidade é a unidade [...]” (HEGEL, 2007, p. 62-3).

Hegel, a fim de superar o universalismo abstrato kantiano, trata da universalidade concreta: o universal que se concretiza no conteúdo. O universal, ao se concretizar, se singulariza. Por exemplo, o sujeito somente é um universal concreto quando ele se determina no seu trabalho, na sua corporação, na sua família e em todas as demais instâncias mediadoras nas quais ele faz parte. Em cada um desses momentos há mediações distintas e, portanto, leis e normas distintas.

Cada uma de suas determinidades é, igualmente, suscetível de ser pensada; entre as duas, qual é que deve ser acolhida na unidade, ou pensada, de qual é que deve ser feita abstração, isso aí é algo que é completamente indeterminado e livre; se uma é fixada, como subsistente em si e por si, a outra não pode, certamente, ser posta; mas esta outra pode, também, ser pensada e, uma vez que esta forma do pensamento é a essência, [pode] ser expressa como uma lei moral absoluta (HEGEL, 2007, p. 63).

Só há uma determinidade quando se coloca outra determinidade. Por exemplo, só se é efetivamente livre se há um reconhecimento; só há propriedade privada se houver uma cerca e um contrato que identifica a propriedade dizendo que *isto é meu* e *isto* só pode ser *meu* quando existir o outro. Nas palavras de Hegel,

Que o entendimento mais comum, sem instrução, possa empreender esta operação fácil da qual se tem tratado, e possa distinguir qual forma na

máxima se presta ou não à legislação universal, Kant o mostra no exemplo da questão se a máxima de aumentar minha fortuna por todos os meios seguros – no caso, em que meio deste gênero se mostraria num depósito, pode valer como uma lei prática universal, aquela máxima teria assim por conteúdo que cada um tem o direito de negar um depósito do qual ninguém lhe pode provar que a ele foi confiado; esta questão se resolveria por si, na medida em que tal princípio, como lei, se anularia a si próprio, porque isto faria com que não tivesse absolutamente nenhum depósito; - mas, que não houvesse nenhum depósito, que contradição haveria nisto? [...] Não são os fins e razões materiais que devem ser convocados, mas é a forma imediata do conceito que deve decidir sobre a justeza da primeira ou da segunda hipótese [...]. Se a determinidade da propriedade em geral é posta, isso conduz à proposição tautológica [...] (HEGEL, 2007, p. 63-4).

Segundo Hegel, é necessário inicialmente afirmar o conteúdo, a determinidade. Em relação a essa determinidade, pode-se ter contradição. Em Kant, não há uma determinidade, porque nada é dito. Em uma fórmula apenas se indica um procedimento. Como não há uma determinidade, ou seja, não é dito o que se deve fazer, não pode haver contradição. Sem conteúdo não há a possibilidade de contradição. A razão prática, em Kant, está pressupondo um conteúdo (depósito, no exemplo citado acima) e o justifica. Mas que contradição haveria se não houvesse depósito? Pode-se utilizar novamente o imperativo categórico e justificar o não depósito. Desta forma, um critério formal serve para justificar algo e, ao mesmo tempo, o seu contrário. Isso é tautologia. O imperativo categórico não diz nada de novo.

A proposta de Hegel é o método especulativo. Para ele, o direito natural não deve conceber o indivíduo isolado, mas inserido em uma comunidade. Hegel busca, com o método especulativo, ficar com as vantagens e eliminar as desvantagens da teoria formal e da teoria empirista. Não há como criar um sistema científico da realidade jurídica colocando uma forma pura *a priori*, desligada das determinações empíricas e nem tomando ao acaso uma determinação empírica e a colocando como princípio dos demais fatos jurídicos. Inspirado nos filósofos gregos, Hegel nega o atomismo do direito natural. Sua pretensão é construir um estado de totalidade ética. Ou seja,

[...] primeiro, estabelecer o que é o princípio básico, ou formal, do direito natural ou da justiça. Segundo, mostrar como este princípio pode ser relacionado a um sistema objetivo de direito e deveres. Terceiro, apresentar como são condicionados estes direitos e deveres, historicamente, pelos costumes e tradições peculiares à vida ética particular de um povo ou nação (BAVARESCO, A; CHRISTINO, S. B. in. HEGEL, 2007, p. 22).

Portanto, para explicar a vida social, Hegel rompe com a filosofia contratualista moderna, que via o conflito social como uma luta por autoconservação. Essa visão

considera o homem de maneira atomística. Opondo-se a essa teoria, Hegel defende a ideia de uma vida social de reconciliação, inspirada na visão romântica da *pólis* grega e das primeiras comunidades cristãs, em que havia uma harmonia entre a liberdade individual e os costumes coletivos.

Hegel buscou inspiração na filosofia de Platão e Aristóteles e destaca as antigas *pólis* gregas como exemplo de reconhecimento e intersubjetividade. Naquela época havia uma plenitude da natureza humana, tendendo à coletividade para resolver qualquer comportamento antiético. A vida em sociedade era garantida pela virtuosidade – do cumprimento das leis – de seus indivíduos e os homens eram considerados, segundo Aristóteles, animais políticos.

Essa visão política existiu na Idade Antiga. Todavia, essa ordem normativa deixou de existir na Idade Moderna, com as filosofias atomísticas de Maquiavel e Hobbes. Contudo, após a leitura da economia política clássica e através da compreensão da ruptura que a modernidade produziu, Hegel, percebendo que sua concepção do reconhecimento não pode mais apelar a esses ideais, desenvolveu uma teoria da intersubjetividade.

O conflito social não é um confronto por autoconservação, como diziam Maquiavel e Hobbes, mas por reconhecimento<sup>16</sup>. É por meio da luta por reconhecimento que surgem instituições garantidoras da liberdade. Os indivíduos sempre estão em convívio intersubjetivo. Esse convívio é a eticidade (vida ética), estando sempre permeado por costumes e valores, ou seja, por vínculos éticos. Portanto, o direito real de um povo é a junção da moralidade e do direito natural, que na obra *Princípios da Filosofia do Direito*, de 1821, será chamado de direito abstrato. Hegel não está preocupado com a origem da sociedade, mas com a sua transformação, de modo que possa haver o reconhecimento intersubjetivo entre os seus membros.

## 2.2 Via da cura e da expiação

---

<sup>16</sup> “Honneth, inspirando-se no conceito de reconhecimento do jovem Hegel, busca fundamentar a sua própria versão da teoria crítica. Com isso, ele pretende explicar as mudanças sociais por meio da luta por reconhecimento e propõe uma concepção normativa da eticidade a partir de diferentes dimensões de reconhecimento. Os indivíduos e os grupos sociais somente podem formar a sua identidade quando eles forem reconhecidos intersubjetivamente. Esse reconhecimento ocorre em diferentes dimensões da vida: no âmbito privado do amor, nas relações jurídicas e na esfera da solidariedade social. Essas três formas explicam a origem das tensões sociais e as motivações morais dos conflitos” (SALVADORI, 2011, p. 189-90).

A injustiça deve ser punida? Há uma base moral para a punição? Se alguém comete um delito, um crime, ele deve sofrer uma punição por aquilo que cometeu? E qual é a justificativa da punição? Moralmente, o castigo é problemático, pois castigar alguém (provocar deliberadamente dor ou sofrimento físico ou mental) necessita de uma boa justificação. Dor e sofrimento através de torturas - na maioria das vezes - são características da pena quando o direito era privado (e não público). E, a partir do direito público, qual é a justificativa da punição, do castigo? Essas questões serão respondidas a partir da via da cura e da via da expiação em Hegel. Esse debate se insere no Espírito Objetivo, mais especificamente, no direito abstrato hegeliano, primeira parte da obra *Princípios da Filosofia do Direito*<sup>17</sup>.

No direito abstrato, Hegel trata do conteúdo mais imediato como expressão da vontade livre. Se não houvesse conteúdo no começo do movimento de determinação não há mais como tratar de conteúdo posteriormente. O direito de posse se reporta ao

---

<sup>17</sup> Hegel, na obra *Princípios da Filosofia do Direito* (dividida na seguinte tríade: Direito Abstrato, Moralidade e Eticidade), faz uma ciência filosófica do direito. Ele investiga o conceito do direito e a sua realização. “O objeto da ciência filosófica do direito é a Ideia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização” (Rph, § 1). Portanto, não é uma ciência do direito. *Conceito* do direito, em Hegel, tem uma conotação normativa, diferentemente de Kant que tem uma conotação descritiva. A *ideia do direito* indica a concretização do conceito - o conceito realizado. *Conceito* indica o movimento de concretização, de realização da ideia do direito. E a ideia do direito é a liberdade. Conhece-se a ideia da liberdade em sua efetivação, em sua concretização. “*Recht e Sittlichkeit*, como moralidade, não regulam simplesmente a conduta externa de indivíduos que já são seres humanos plenamente formados: formam-nos, por estágios, em seres humanos corretos e responsáveis” (INWOOD, 1997, p. 105). Hegel destaca o seguinte: “Toda a realidade que não for a realidade assumida pelo próprio conceito é existência passageira, contingência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão, etc. A forma concreta que o conceito a si mesmo se dá ao realizar-se está no conhecimento do próprio conceito, o segundo momento distinto da sua forma de puro conceito (Rph, § 1). A ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é, por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito, a Ideia, porquanto esta é a razão do objeto, ou, o que é o mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria. Como parte da filosofia, tem um ponto de partida definido que é o resultado e a verdade do que precede e do qual constitui aquilo a que se chama prova. Quanto à sua gênese, o conceito do direito. A sua dedução está aqui suposta e terá de ser aceita como dado” (Rph, § 2). “Na obra principal, *Filosofia do Direito*, o termo ‘direito’ (Recht) é usado para indicar tanto uma parte do sistema – o direito abstrato, que, aliás, é o direito propriamente dito, o direito dos juristas -, quanto o sistema em seu todo, incluindo, além do direito em sentido estrito, todas as matérias tradicionalmente compreendidas na filosofia prática (ou seja, economia, política e moral). Quando Hegel diz que ‘o sistema do direito é o reino da liberdade realizada’, usa o termo em sentido amplo e impróprio, a ponto de nele abranger, além do direito em sentido próprio, a moralidade e a eticidade. ‘Direito’, portanto, indica – segundo o contexto – ora uma parte, ora o todo. [...] Destes dois significados de ‘direito’, o primeiro é - quanto ao uso corrente - excessivamente limitado, porque só compreende o direito privado (em parte, o direito penal) e deixa completamente de lado o direito público, o segundo é excessivamente amplo, porque abraça todas as matérias da filosofia prática” (BOBBIO, 1991b, p. 57-8). Conforme Hegel, “é a mesma razão que reconhece que a contingência, a contradição e a aparência têm um domínio próprio, têm o seu direito, ao mesmo tempo que os limita e sem que pretenda dar a tais contradições a identidade rigorosa do direito” (Rph, § 214). A contingência na aplicação da lei não é sinônimo de arbitrariedade. “A exposição do conceito de direito é necessária para que o espírito se reconheça em sua determinação, de acordo com o espírito do tempo, em uma cultura determinada” (MÜLLER, 2012, p. 124).

direito de troca. O direito de troca só se confirma com o direito de contrato, pois ele é o reconhecimento formal da posse.

Na mediação da vontade livre, quem se afirma e se determina é exatamente a vontade livre. “Deve a pessoa dar-se um domínio exterior para a sua liberdade a fim de existir como ideia” (Rph, § 41). A ideia é o conceito realizado. Portanto, a pessoa do direito, sendo a noção mais abstrata e indeterminada, para considerar-se como ideia tem que passar pelo processo de mediação do conceito.

Como conceito imediato essencialmente individual, tem a pessoa uma existência natural que, por um lado, lhe está ligada mas para com a qual, por outro lado, ela se comporta como para com um mundo exterior. A propósito da pessoa em sua primeira imediateidade, apenas se trata aqui de coisas em seu caráter ele mesmo imediato e não de determinações suscetíveis de se tornarem coisas por intermédio da vontade (Rph, § 43).

O direito abstrato apresenta as formas mais imediatas e indeterminadas da realização da liberdade. Nele, não há mediação de instituições sociais.

Empírico porque a ‘pessoa’ age de acordo com seus desejos e pulsões na procura de uma satisfação que pode realizar-se graças às relações do direito vigente numa comunidade determinada. Abstrato porque a ‘pessoa’ encontra-se em uma relação de exterioridade no que se refere às suas próprias determinações naturais (ROSENFELD, 1995, p. 75).

O direito de propriedade<sup>18</sup>, primeiro momento do direito abstrato, trata da primeira forma pela qual a pessoa se dirige ao mundo, a saber, através da posse. Ela é a primeira instância da objetivação da vontade livre e, por isso, requer reconhecimento, mediação (que ocorre pelo contrato). A pessoa deve exteriorizar a sua interioridade livre através da posse. Toda pessoa tem o direito de se apossar das coisas, desde que não seja um direito do outro e, através da posse, há a possibilidade de uso (mas não de troca).

---

<sup>18</sup> “Quando um sistema de direito (de lei e instituições) confere a todas as pessoas o direito de possuir todas as coisas enquanto coisas (as quais não têm personalidade), e o faz apenas em virtude da personalidade e portanto independentemente das necessidades e desejos das pessoas, esse sistema, então, expressa os conceitos de uma vontade livre, da dignidade das pessoas livres enquanto tais, e de sua superioridade com relação a todas as coisas. [...] Nossos direitos de propriedade baseiam-se não em nossos desejos e carências, mas em nosso *status* como pessoas. [...] O sistema de propriedade se justifica como a encarnação mais apropriada da liberdade. [...] Meu corpo é, pois, a primeira encarnação da minha liberdade. [...] Não ter a permissão de possuir corpo algum é ser morto. [...] Não ter a permissão de possuir propriedade alguma [...] é sofrer violação dos direitos de personalidade. [...] Assim, demonstramos respeito pelas pessoas demonstrando respeito pela integridade de seus corpos e honrando os preceitos de não feri-las, não causar-lhe dano e, obviamente, não escravizá-la” (RAWLS, 2005, p. 390-1-2).

A posse é a expressão objetiva da capacidade jurídica e legal. É a forma exterior de expressão da personalidade. O racional se estabelece na mediação e não na imediatez. Ao dizer *isto é meu*, mostra-se a expressão de *minha* racionalidade. O imediato não reconhecido não passa da imediatez, ou seja, a posse não reconhecida não se constitui propriedade. “Há alguma coisa que o Eu tem submetido ao seu poder exterior. Isso constitui a posse” (Rph, § 45).

A posse é o mais imediato; não há mediação social da vontade livre. Portanto, a racionalidade é estabelecida na mediação e não na imediatez. O natural é o imediato. Por isso, Hegel critica o jusnaturalismo. No direito abstrato, Hegel apresenta as formas mais imediatas da expressão da vontade livre. Somente há a possibilidade da troca quando a posse se torna propriedade e isso ocorre quando a posse é reconhecida por outras vontades. Hegel introduz o direito de propriedade como expressão da vontade livre reconhecida.

O que há de racional na relação com as coisas exteriores é que eu possuo uma propriedade; o aspecto particular abrange os fins subjetivos, as carências, a fantasia, o talento, as circunstâncias exteriores [...]. Só disso depende a posse. Mas neste aspecto particular ainda não é, neste domínio da personalidade abstrata, idêntica à liberdade. É, pois, contingente, do ponto de vista jurídico, a natureza e a quantidade do que possuo (Rph, § 49).

No direito contratual, segundo momento do direito abstrato, Hegel ressalta que a garantia da propriedade e a sua possível transferência para outrem só é possível se existir um contrato. O reconhecimento e a vontade livre dos contratantes, como pessoas e proprietários, é pressuposto e também resultado do contrato. Dessa forma, o contrato é o reconhecimento formal da propriedade de outro.

A posse, a propriedade e o contrato, nessa ordem, representam o aumento da intensidade na concretização da liberdade. Na posse, o que está em jogo é a coisa; na propriedade, o que está em jogo é a coisa em relação com as duas vontades; no contrato, a coisa não está mais em jogo, pois o que importa são apenas as duas vontades. Porém, neste ponto surge um problema: não há nada que impõe limites sobre as vontades e uma delas pode exercer a sua vontade sobre a outra. Se isso ocorrer, tem-se a injustiça e a necessidade da moralidade.

A igualdade deve ser tratada na condição de personalidade, de capacidade legal, mas não em termos de quantidade. Todos os homens são iguais como pessoas (enquanto capacidade e personalidade jurídica). A forma mais imediata é a posse e ela só se

constitui em propriedade quando reconhecida. Portanto, o contrato é o reconhecimento formal da posse. A propriedade contém em si dois direitos fundamentais: uso e troca. No entanto, os dois não se realizam simultaneamente, pois quem usa não pode trocar e quem troca não pode usar. Esse é o antagonismo inerente à ideia de propriedade privada.

O direito do contrato é o reconhecimento. Disso decorre o justo e o injusto. O contrato é celebrado por vontades imediatas e contingentes. Por isso, podem resultar dele atos injustos. Ferir o pacto é praticar um ato injusto. Hegel está preservando o aspecto contingente desde o ponto de partida da efetivação da vontade livre. Se é possível o injusto, ou seja, se vontades arbitrárias são possíveis, isso mostra a insuficiência do direito abstrato.

O direito abstrato é incapaz de assegurar os direitos imediatos mais importantes, a saber, o direito de uso, de troca e de contrato. O injusto é possível por que há vontades imediatas. Isso mostra que o direito positivo formal é incapaz de garantir a plena efetivação do princípio pressuposto da vontade livre. Contudo, o que legitima um contrato é a vontade livre. Hegel não dá ênfase à coisa que está em jogo, mas à vontade livre das partes, dos agentes que delegam o contrato.

O direito penal, terceiro momento do direito abstrato, resulta da quebra do contrato entre os proprietários. Há três formas de delito: o dano, a fraude e o crime. O *dano* é uma injustiça não maldosa, não intencional. Ele não atinge o conceito de direito, pois a disputa ocorre entre diferentes vontades em relação à propriedade (objeto) e não em relação ao direito. Por isso, não há punição para esse tipo de injustiça. Se o caso é em torno da disputa de bens, ocorre a restituição da posse e não a punição, pois o autor não desrespeita a lei, mas equivoca-se no caso particular. Na *fraude*, o delinquente não respeita o direito, mas mantém a aparência do direito; a punição seria apropriada, mas ela só passa a ser introduzida no crime. O *crime* é o querer ser injusto; tanto o direito quanto a aparência do direito não são respeitados; a punição, nesse caso, é apropriada.

O direito penal é a transição do direito abstrato para a moralidade. Tomando o direito abstrato isoladamente, característica do entendimento, pode-se cair em erro de precipitação. Ao tratar da punição se faz necessário destacar que a efetivação do direito se dá através do conceito de vontade do Espírito Objetivo. Compreender o Espírito Objetivo é necessário para compreender o direito, em Hegel.

O direito não está fundamentado na prerrogativa da punição. O direito não é um conjunto de normas prescritas externamente aos indivíduos tomados isoladamente e

esses devendo obedecer a essas normas de forma irrefletida. Essa é a visão contratualista. O direito não é apenas uma mera aplicação de normas exteriores. A totalidade ética é fornecida pelo Espírito Objetivo. Somente compreendendo a totalidade ética é possível entender o sentido de pena em Hegel. A ideia jusnaturalista acerca do direito é infundada. Não se pode pensar um conjunto de normas para um aglomerado de indivíduos, considerando, desta forma, o direito como algo externo aos indivíduos.

A pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser da razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito (Rph, § 100).

Há duas teorias na filosofia hegeliana que justificam a punição: a via da expiação e a via da cura. A teoria da expiação (a responsabilidade do crime é do criminoso) parte do agente da punição. A questão central nessa via é o dever, as regras. Punir é condenar através de um sofrimento compensatório. Hegel, nesta via retributivista, difere da filosofia utilitarista<sup>19</sup> e da forma retributivista apresentada por Kant.

---

<sup>19</sup> Os utilitaristas preocupam-se com a finalidade da pena. Já os retributivistas preocupam-se com a fundamentação do dever da pena. Para o utilitarismo, a punição visa restabelecer o que havia sido violado. Alguém que rouba ou mata, ao ser capturado, deve ser punido pelo que fez. O castigo desempenha um papel central na organização da sociedade. As relações entre os homens se dão por meio de regras. Sem elas, não haveria uma organização saudável. O castigo tem este papel de organização, pois quem não segue as regras sofre um castigo. O utilitarismo de Jeremy Bentham ressalta que o castigo é útil, pois produz um maior prazer ao maior número de pessoas. “A razão por que devemos infringir esse ‘mal’ aos criminosos condenados não é porque o merecem, mas porque isso evita um mal maior: o crime” (INGRAM, 2010, p. 140). Segundo Ingram, “a pena é um meio geral, efetivo e indispensável para alcançar certas metas sociais necessárias” (2010, p. 139). Hegel é claro ao criticar o utilitarismo quando diz que “justificar a pena desse modo (como condicionamento comportamental) é como erguer uma vareta para um cão; significa tratar o ser humano como um cachorro em vez de respeitar sua honra e sua liberdade” (in INGRAM, 2010, p. 144). Outra função consequencialista da pena é a dissuasão do comportamento do criminoso pelo medo da punição. A prevenção do crime, segundo a teoria da dissuasão, é o principal propósito da pena. É comum o pensamento de que penas dissuadem do crime e, se a pena for mais dura, dissuade ainda mais. Porém, essa ideia não é verdadeira. Isso pode ser verificado no *Relatório do Painel do Conselho Nacional de Pesquisa dos Estados Unidos da pesquisa sobre efeitos dissuasórios e incapacitantes*, de 1978. Esse relatório “observa que a pena não parece ter um impacto nas taxas de reincidência de antigos condenados, taxas que se presumem estarem inversamente relacionadas às taxas de reabilitação e de dissuasão. Embora os estudos mostrem que para alguns crimes, tais como pequenos furtos em lojas, tem algum efeito dissuasivo acusar formalmente seus autores (além de serem apanhados e interrogados), o efeito dissuasivo da pena sobre criminosos potenciais não pode ser definitivamente estabelecido. Alguns estudos mostram que crescimentos significativos na severidade da pena [...] para certos crimes estão correlacionados à diminuição na incidência desses crimes. [...] No

Já a teoria da cura (a punição é um direito do criminoso) parte do paciente da punição. O castigo é visto como gerador de sofrimento e o dever é apenas um aspecto secundário. O delinquente está doente e precisa ser curado. Nessa via, pode-se verificar a presença do *mundo invertido*, conceito tratado por Hegel na *Fenomenologia do Espírito*. Considerar o mundo em si como uma inversão do mundo enquanto fenômeno é característica do entendimento. “Em verdade, não se trata da oposição entre dois mundos. Ao contrário, é o ‘mundo verdadeiro, suprassensível’, que possui os dois lados em si, que se divide no oposto e que, com isso, relaciona-se consigo” (GADAMER, 2012, p. 65).

Ambas as vias (expição e cura) são adotadas por Hegel em sua dialética do crime e castigo na obra *Princípios da Filosofia do Direito*. Portanto, o castigo tem tanto a função da expiação como a função da cura.

A via da cura ressalta que a punição é um direito do criminoso. Essa via foi apresentado primeiramente por Platão, no *Górgias*. Hegel é o autor moderno que trata dela. Atribuir o sentido da cura à punição é considerar o criminoso um infeliz, um doente que tem a possibilidade de curar-se. A punição torna o criminoso mais justo e cura-o do mal. Portanto, a punição como cura consiste em um tratamento: se passaria de um estado doentio para um estado saudável. O criminoso passa por um mal espiritual e a punição servirá para libertá-lo desta infelicidade, desta doença. O objetivo do castigo é facilitar a redenção do criminoso, permitindo um despertar espiritual e moral.

O mundo invertido, presente no capítulo “Força e Entendimento; Fenômeno e mundo supra-sensível” da obra *Fenomenologia do Espírito*, pode ser entendido na dialética do crime e castigo. O castigo, aparentemente, serve para fazer com que o autor do crime sofra com as consequências de seu ato (via da expiação). Porém, o que ocorre é a inversão do delito, havendo, assim, a reconciliação da lei com o crime. O castigo não aniquila e humilha o criminoso, mas o restaura consigo mesmo.

O castigo eleva o mundo abstrato do entendimento (ser em-si) à sua reconciliação. A lei imediata da vingança satisfaz a vontade do sujeito que sofreu um ato injusto. A vingança tem como objetivo recompor a essência perante a ofensa. Contudo, ao se expor, ela acaba sendo um segundo crime, ou seja, a vingança pertence ao mundo invertido, que, ao querer se vingar, acaba realizando um novo crime. Conforme Santos,

---

entanto, isso não vale para todos os crimes. Por exemplo, as taxas de homicídio parecem não ser afetadas por aumento da pena máxima de prisão perpétua para morte” (INGRAM, 2010, p. 141-2).

no mundo imediato da vingança, a justiça ainda não alcançou a universalidade da lei, por isso se diz que a justiça muda de lado tão logo efetivada, porque ela é sempre um particular que se transforma imediatamente em seu inverso, o crime, numa sucessão infinita de inversões, segundo a fórmula da má infinitude. [...] A lei pune, mas não vinga. A punição da lei reconcilia o criminoso consigo mesmo e tem o poder de restituir-lhe a honra, que se perdera na particularidade do crime. Só o universal traz a justiça e a salvação (2007, p. 171).

A via da expiação ressalta que o castigo não é uma mera vingança contra o malfeitor, mas é uma justiça. Castigar significa anular um mal causado e restabelecer a ordem jurídica. Se a lei não visa esse objetivo, ela é injusta. Hegel, nos *Princípios da Filosofia do Direito*, diz que a pena tem como função restabelecer a ordem transgredida do direito (retributivismo) e recuperar a honra do criminoso. Também, na obra *Filosofia Real*, no capítulo “Crime e castigo”, há estas características para a pena. Segundo Hegel, “o delito é a coerção do direito” (1984, p. 191).

Na efetivação da liberdade, que se inicia no direito abstrato, Hegel defende que a responsabilidade pelo crime é do criminoso, ou seja, a vontade criminosa é auto-destrutiva e essa é a função de expiação da punição. O retributivismo é a imposição da pena pelo mal do crime<sup>20</sup>. Segundo Kant, a pena é uma necessidade ética (imperativo categórico). Para Hegel, a pena é uma necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena). Defendendo a tese de que o crime é responsabilidade do criminoso, Hegel não está preocupado com a prevenção do crime (conforme defende o utilitarismo) e também não o considera um mal. O objetivo da punição é da própria justeza do direito positivo vigente. Essa é a posição retributivista hegeliana.

---

<sup>20</sup> Retributivismo e justiça estão fortemente relacionados na cultura ocidental. Segundo Ferraz Júnior, o “estudo dos modelos retributivos, a começar pela famosa regra de Talião, está na base da discussão da própria justiça” (1998, p. 369). O retributivismo denota a *preservação* e a *afirmação* de um poder constituído e a *reparação equitativa do dano* visando uma compensação justa (cf. MARQUES in TRAVESSONI *et al.*, 2011, p. 367). A balança e a espada, na simbologia jurídica, demonstram a relação entre essas duas vertentes retributivistas. Busca-se, através da balança, a justa compensação, a proporcionalidade. A função da proporcionalidade é afastar o ímpeto da vingança. O que se quer, com ela, é uma equivalência à lesão. E, através da espada, se almeja o poder de uma ordem hierárquica, seja ela dada através de uma religião, de um rei, de uma divindade ou de um Estado secular. Conforme Ferraz Júnior, “no Prólogo do Código de Hamurabi está dito que o rei está ali para que o forte não esmague o fraco” (1998, p. 374). Em Aristóteles, há as duas funções do retributivismo (preservação do poder e reparação equitativa do dano). Segundo Merle, a *lei de talião* foi importantíssima para a Idade Antiga e Medieval. Já na Idade Moderna predominou a pena como *exemplo*, ou seja, o criminoso é punido para servir de exemplo aos demais cidadãos não praticarem crimes (cf. MERLE in TRAVESSONI, 2011, p. 305-6). A famosa Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”) é apresentada hoje como sendo uma forma cruel de vingança não caracterizada por uma punição justa. Todavia, essa Lei, além de ser caracterizada por esse viés de vingança, é caracterizada também pelo equilíbrio entre crime e punição. A punição, entendida como sendo a negação do crime, em sua justa medida é a tese retributivista hegeliana. “Olho por olho...” denota a busca pela medida justa, pelo equilíbrio.

A violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito (Rph, § 99).

Hegel, ao criticar “a legislação draconiana que pune todos os crimes com a morte e a ferocidade da honra formal” (Rph, § 96) quer ressaltar que a punição via a expiação não é um mal, mas apenas uma prerrogativa normativa para a realização da justiça. Ele não aceita como justificativa da punição o argumento retributivista kantiano que diz que, mesmo se a sociedade se dissolvesse, o último criminoso sobre a terra deveria ser condenado. Segundo Hegel, essa seria mais uma das consequências medonhas do formalismo kantiano.

Hegel não aceita a pena de morte, pois o criminoso é portador do direito de personalidade, que é um direito “inalienável e imprescritível” (Rph, § 66). Isso somente é possível em estado de guerra. Kant, na *Doutrina do Direito*, rejeita qualquer finalidade para a pena; a pena deve valer como um fim em si mesmo (imperativo categórico). Kant e Hegel fundam o retributivismo na razão. Para eles, a função retributivista da pena é a própria realização da justiça, que restabelece a ordem jurídica danificada pelo crime. Ingram, comentando o pensamento de Hegel, diz:

Os seres humanos satisfazem o seu destino moral único enquanto agentes livres e responsáveis apenas na medida em que pautam seus comportamentos por leis universais da razão, que impõe obrigações absolutas a cada um de respeitar os direitos básicos de todos os demais. Quando criminosos rompem com a lei, estão agindo irracionalmente, excluindo-se das próprias condições que sabem ser necessárias para sua liberdade e seu respeito próprio. O criminoso que rouba outra pessoa não pode consistentemente que outros venham a roubar dele, porque isso violaria sua própria liberdade e sua dignidade, portanto, ao romper com a lei, ele está agindo contra o seu interesse racional próprio. Nesse sentido, o criminoso quer a sua própria punição, não como um parasita social, mas como um membro racional da sociedade humana (2010, p. 148).

No crime, nem o direito em si e nem a maneira como ele aparece são respeitadas, ou seja, tanto o aspecto subjetivo como o aspecto objetivo são desrespeitados. O crime é uma coação de algo que o direito protege e garante. A vontade desta relação é submetida a uma coação através do sacrifício, do sofrimento, da perda e do dano. A vontade livre não poderia ser coagida, pois ela é inviolável. Porém, essa vontade acaba, em algumas situações, sendo violada.

O intento retributivista da teoria hegeliana é claro o bastante, mas seu ponto central é ocultado em metáforas obscuras. O que significa dizer que o crime ‘é nulo em si mesmo’? Como essa ‘nulidade’ exige a punição como sua própria manifestação? [...] O central da teoria hegeliana da pena é a exigência desconcertante de que o ato criminoso é ‘nulo em si mesmo’ (WOOD, 1990, p. 109 e 112).

A nulidade do crime somente é compreendida entendendo a outra forma de coação, a saber, a subjugação. Com ela, a vontade criminosa tem um caráter nulo e autodestrutivo. Essa ideia é apresentada por Hegel da seguinte forma:

Violar um contrato não cumprindo o que se estipulou, ou faltar aos deveres jurídicos para com a família e o Estado, por meio de uma ação ou de uma omissão, constitui uma primeira violência ou pelo menos um abuso de força, pois desvio ou retiro de alguém uma propriedade que é sua ou que lhe devo. A coação pedagógica ou coação exercida contra a selvageria e a ferocidade aparece sem dúvida como a primeira e não é precedida de nenhuma outra. Mas a pura vontade natural é em si mesma violência contra a ideia da liberdade que é em si existente e deve ser defendida de uma tal vontade sem cultura: ou o ser moral já possui uma existência na família e no Estado, e esta pura natureza constitui então uma atividade violenta contra ele, ou só o Estado de natureza existe, estado de violência absoluta perante o qual a ideia ergue um direito heroico” (Rph, § 93).

Isso denota a via retributivista da punição. O homem visto empiricamente pode ser subjogado. A vontade livre somente é coagida se ela não se retirar da exterioridade. Só há a primeira coerção se há a exterioridade da vontade livre. No crime há a violação do direito enquanto direito. Assim, o direito é externo e antecedente à vontade particular. A segunda coerção é a afirmação da subjugação do direito abstrato. Mesmo havendo um direito abstrato, positivo e autorizado, continua existindo a vontade particular através dos homens tomados empiricamente, que continuam desejando. A punição é a nulidade da vontade. Isso não significa que a violência é irreal, mas que ela é nula.

No momento de julgar um crime, que se tome em consideração a complexidade de sua estrutura. A pena infligida ao criminoso revela o interesse que tem uma sociedade, não tanto na existência empírica do crime, como na sua razão de ser. Portanto, o julgamento deve ao mesmo tempo mostrar o caráter vão de qualquer ação criminosa e, por meio da pena [...], trazer esse ato às suas justas proporções. Pode-se, então, perguntar se a totalidade da pessoa foi prejudicada [...] ou somente uma das suas partes, isto é, torna-se necessário saber se a indenização mediante o valor pode ter lugar no caso em questão. A universalidade quantitativa do valor utilizado por Hegel [...] é uma determinação da universalidade do direito à medida que o prejuízo pode ser indenizado por uma universalidade característica da relação entre as coisas (ROSENFELD, 1995, p. 101).

Em suma, defendendo a tese de que o crime é responsabilidade do criminoso, Hegel não está preocupado com a prevenção do crime e também não o considera um mal. O objetivo da punição é da própria justiça do direito positivo vigente. Essa é a posição retributivista hegeliana.

A racionalidade do direito reside na lei, que determina o arbítrio e confere segurança aos cidadãos, que a reconhecem. Surgem, então, o dever – como determinação negativa da liberdade – e o direito como determinação positiva. No entanto, como ambos podem ser negados, compete ao próprio direito reestabelecer o ponto de equilíbrio internamente, tendo como referência a própria liberdade. Na dialética hegeliana, compensa-se a liberdade prevista na lei, entendida como vontade universal livre, com a liberdade subjetiva, aquela que se concretiza nos direitos da pessoa. Verifica-se que o direito compensa a negação com o próprio direito, valendo-se da sanção para negar a negação do direito. Em suma, a sanção permite que o direito se reconcilie consigo mesmo (MARQUES in TRAVESSONI, 2011, p. 369).

A punição pode ser explicada a partir do objetivo da cura ou da expiação. A punição caracterizada pela cura visa uma melhora do criminoso; a punição é um direito dele. Já a punição caracterizada pela expiação visa gerar um sofrimento compensatório no criminoso; a responsabilidade pelo crime é do criminoso. A vontade criminosa é autodestrutiva.

Para Hegel, a dialética do crime e do castigo não é uma questão de bem e de mal (ou seja, o crime considerado como um mal e a punição como um bem). O mal não se caracteriza apenas pelo crime, sendo apenas uma forma do mesmo. Portanto, não se pode generalizar que o mal é o crime. O debate em torno da justiça é objetivo. Levar em conta o bem e o mal é deixar como primeiro plano na discussão a subjetividade do criminoso. A objetivação do bem e do mal, nesse caso, se dá através do direito.

O crime é a negação do direito e o castigo é a negação da negação do direito. A pena visa restabelecer a ordem jurídica e a vontade geral que foi negada pela vontade do delinquente (vontade particular). Logo, deve-se negar essa negação por meio da punição. Assim, surge uma nova afirmação: a vontade geral. “A pena vem, assim, retribuir ao delinquente pelo fato praticado, e de acordo com o quantum ou intensidade da nova negação que é a pena” (BITENCOURT, 2007, p. 86).

O direito é a expressão da vontade geral (vontade racional). O delito é a negação do direito, é a manifestação de uma vontade irracional (vontade particular). A tese é a vontade geral; a antítese é o delito da vontade particular; a síntese é a negação da negação que ocorre através da pena, restabelecendo o direito e a vontade geral.

A função da pena é restabelecer a ordem transgredida pelo criminoso. Porém, isso não significa que a pena é um mal que surgiu para sanar outro mal anterior praticado pelo delinquente. A pena é o restabelecimento da ordem do direito. Com a pena, o criminoso é tratado como um ser racional e livre. Ou seja, através dela, ele - o criminoso - pode recuperar a sua honra (via da cura).

Segundo Kant, a pena é uma necessidade ética (imperativo categórico); para Hegel, é uma necessidade lógica (negação do crime e afirmação da pena). Kant permanece, mais uma vez, preso à subjetividade; Hegel supera-o através de uma explicação objetiva do direito penal.

### **2.3 Responsabilidade e direito de emergência**

A moralidade kantiana não passa de um “formalismo vazio” e o imperativo categórico é uma “pura indeterminação”. É assim que Hegel classifica a ética universalista kantiana, na obra *Princípios da Filosofia do Direito*, especialmente no §135. Não adianta criar procedimentos formais para guiar a ação do homem, mas deve-se apontar quais são os princípios contedutísticos para, a partir deles, extrair e estabelecer os deveres particulares. Sem isso, ações injustas e imorais poderiam ser justificadas.

O direito abstrato não se preocupa com os fins que orientam o sujeito. Na moralidade, isso é central. Hegel ressalta que Kant não foi além da moralidade subjetiva e apresenta, através da eticidade, o desdobramento objetivo da vontade livre, ou seja, a concretização da vontade livre dentro das instituições sociais. Kant não fez uma teoria da eticidade (uma teoria das instituições sociais). Na moralidade, Hegel faz suas críticas mais duras ao que ele chama de vazio formalismo. Isso é feito através do direito de intenção, do direito de propósito e, principalmente, do direito de emergência.

Kant realizou apenas uma fundamentação subjetiva da vontade livre. A moralidade representa a intenção interior dos agentes e não a vontade exterior e suas consequências. Somente se responsabiliza o agente pelo saber e pelo querer. A pessoa como sujeito é expressa como direito da moralidade. No direito abstrato há a pessoa do direito. Na moralidade há o direito da moralidade, o direito do propósito, o direito da intenção e o direito de emergência. Nesse nível, os direitos não poderão contrapor-se

aos direitos do direito abstrato. Aquilo que é legal não poderá ser contradito com o direito da moralidade. O direito não se preocupa com as intenções ou com o propósito. Cabe ressaltar que nos dias atuais esses níveis estão presentes na discussão do direito.

Hegel investiga o direito do saber e o direito do querer, ou seja, o direito daquilo que tem origem em *mim*. Reconhece-se na ação somente aquilo que teve origem no meu propósito, na minha intenção. Segundo Hegel,

o ponto de vista moral é o da vontade no momento em que deixa de ser infinita em si para o ser para si [...]. É este regresso da vontade a si bem como a sua identidade que existe para si em face da existência em si imediata e das determinações específicas que neste nível se desenvolvem que definem a pessoa como sujeito (Rph, § 105).

Assim, “a subjetividade constitui agora a determinação específica do conceito” (Rph, § 106). A subjetividade constitui a existência do conceito. No nível do direito abstrato não se está fazendo uma fundamentação subjetiva da vontade livre. Isso só é feito na moralidade. Enquanto o direito abstrato trata de pessoas, a moralidade trata de sujeitos. A figura do direito moral (da moralidade) é o direito da vontade subjetiva. Esse é o direito inviolável que o sujeito tem, a saber, o direito de autodeterminação.

Neste sentido, Hegel trata do direito também a partir da subjetividade, ou seja, o direito de reconhecer somente aquilo que tem origem na vontade do sujeito. Como posso responsabilizar alguém por uma ação na qual ele não se reconhece? A violação desse direito desqualifica a responsabilidade do sujeito agente. A moralidade trata das condições da responsabilidade subjetiva.

Portanto, o querer e o saber são condições subjetivas da vontade livre. “A subjetividade não só é formal mas ainda, como delimitação indefinida da vontade, é o elemento formal por excelência da vontade” (Rph, § 108). A subjetividade tem o seu lado formal enquanto autodeterminação da vontade. Isso não depende de conteúdo. Hegel concorda com o fato de Kant ter feito uma fundamentação a partir do “dever pelo dever”, mas essa fundamentação é insuficiente. Por isso, a crítica de Hegel visa uma complementaridade em relação a Kant.

Porém, não é possível reduzir a subjetividade em seu aspecto formal. A subjetividade não se determina a uma vontade pura enquanto autodeterminação da vontade. Neste aspecto, verifica-se um distanciamento gradual de Hegel em relação a Kant. Hegel diz: “Porque nesta primeira aparição no plano da vontade individual este

formalismo ainda não se afirma como idêntico ao conceito de vontade, o ponto de vista moral é um ponto de vista relativo, o do dever ou da exigência” (Rph, § 108).

No nível da vontade subjetiva, ainda não se realiza o conceito da vontade. O ponto de vista da vontade livre, ao nível do conceito, é uma vontade efetivada. O nível da vontade subjetiva não representa ainda a realização do dever ser. O conceito não se esgota ao nível da vontade subjetiva, ao nível do formal. Com isso, Hegel está preparando sua crítica a Kant, que fica no nível da vontade subjetiva e, desta forma, no plano da formalidade. Por isso, é necessário passar do nível da vontade subjetiva ao nível do desdobramento objetivo, senão se permanece no aspecto formal.

Hegel afirma: “Para mim é o conteúdo determinado como meu de modo que, na sua identidade, contém a minha subjetividade para mim, não apenas como meu fim intrínseco, mas também depois de receber a extrínseca objetividade” (Rph, § 110a). A objetividade exterior não diz respeito à eticidade, mas diz respeito ao reconhecimento da vontade livre como princípio universal. Todo nível da moralidade trata da fundamentação subjetiva da vontade livre. Hegel destaca que, nesse nível, não há a eliminação da subjetividade imediata. Em suas palavras,

não desviando a minha subjetividade da realização do meu fim [...] com isso suprimo, para objetivá-lo, o que nele há de imediato, e assim faço que ela seja a minha subjetividade individual. Ora, a subjetividade que assim me é idêntica é a vontade de outrem [...]. O terreno para a existência da vontade é agora a subjetividade, e a vontade alheia é a estranha realidade que apresento à realização do meu fim. A realização do meu fim tem pois em si esta identidade da minha vontade e da vontade dos outros, possui uma relação positiva com vontade alheia (Rph, § 112).

O subjetivo imediato foi mediatizado e está conservado em outro nível. Percebe-se que em Hegel há um reconhecimento da liberdade como princípio universal e há uma teoria da intersubjetividade reconhecida subjetivamente (a *minha* vontade imediata está reconhecida, superada e guardada em um nível superior, pois no reconhecimento da vontade dos outros *eus* afirmo a *minha* subjetividade). Não é possível falar do direito de posse e do direito de propriedade não reconhecendo o direito da vontade livre.

Kant permanece no nível da moralidade. No imperativo categórico não há mediação; o imperativo é uma fórmula a partir da qual se podem julgar conteúdos. Para Kant, a razão, mediante a lei moral, deve determinar imediatamente a vontade. A referência de Kant é sempre a partir do *eu*, da subjetividade (posso *eu* querer que a *minha* máxima se torne uma lei universal?). Isso não depende do reconhecimento dos

outros. Não há reconhecimento, mas uma autodeterminação da vontade enquanto vontade pura. A vontade subjetiva está presente na ação.

Algumas perguntas centrais nesse debate - entre a subjetividade e a objetividade - são as seguintes: qual é o alcance objetivo da responsabilidade? Somente se é responsável por aquilo que foi premeditado (saber e querer)? Se uma ação é sabida como minha, qual é o nível de responsabilidade que eu tenho por algo que eu não sabia e que é decorrência necessária da minha ação? O agente pode ser responsabilizado pelas consequências não previstas de sua ação?

Os três elementos que constituem a fundamentação subjetiva da vontade livre são os seguintes: “a) de que eu sou consciente de serem minhas quando passarem a ser exteriores; b) a relação essencial a um conceito como obrigatório; c) a ligação com a vontade de outrem” (Rph, § 113). Essas três condições estão na filosofia kantiana e, neste ponto, Hegel concorda com Kant. Um juízo moral precisa considerar esses três elementos. A partir dessas três condições para a ação é necessário investigar o propósito e a intenção e em que medida um complementa o outro.

Hegel diz que “tem, por isso, a vontade o direito de só reconhecer como ação sua aquilo que ela se representou e de, portanto, só se considerar responsável por aquilo que sabe pertencer às condições em que atuou, por aquilo que estava nos seus propósitos” (Rph, § 117), ou seja, um ato só pode ser imputado na medida em que ele se enquadra no direito do saber. Portanto, Édipo não pode ser acusado de parricida por haver matado o seu pai sem sabê-lo; pode-se sim ser acusado de assassino. O importante aqui é o direito de saber. Como responsabilizar Édipo por um ato que ele não sabia?

Transportada para a existência exterior, a ação que se desenvolve em todos os seus aspectos segundo as suas relações com a necessidade exterior tem resultados diversos. Tais resultados, como produtos de que a ação é a alma, são seus, pertencem à ação, mas esta, ao mesmo tempo, como fim projetado na extrinsecidade, fica entregue às forças exteriores que lhe acrescentam algo de muito diferente daquilo que ela é para si e a desenvolvem em resultados longínquos e estranhos. Também aqui a vontade possui o direito de só perfilhar os primeiros resultados, pois só esses estavam nos seus propósitos (Rph, § 118).

A ação, ao exteriorizar-se, tem várias consequências e isso é próprio da ação. Contudo, do ponto de vista da responsabilidade subjetiva, o sujeito só pode ser responsabilizado por aquilo que ele sabia e queria. E a responsabilidade das consequências não previstas, o sujeito pode ser responsável por isso? Do ponto de vista do direito do propósito, não, pois somente se é responsável pelo saber e pelo querer.

Contudo, isso é insuficiente. Assim, Hegel mostra os passos das instâncias mediadoras decorrentes da responsabilização. O problema das consequências somente será resolvido no nível da eticidade.

Ao tratar das consequências não previstas, é necessário distinguir as consequências necessárias das consequências contingentes. O problema disso é que “é difícil distinguir o que constitui resultado necessário e resultado contingente pois, no domínio do finito, a necessidade intrínseca tem na existência a forma da necessidade extrínseca” (Rph, § 118). Porém, apesar da dificuldade de realizar essa distinção, ela é necessária. É fato que de uma ação podem se seguir consequências não previstas.

O exemplo citado por Hegel do incendiário que colocou fogo na casa do vizinho e queimou um quarteirão inteiro (cf. Phd, § 132) é um exemplo de consequência necessária e não contingente. Portanto, o agente deve sim ser responsabilizado pelo ato cometido. Quem quer a parte quer o todo. Ao agir, o homem se entrega a exterioridade, não sendo, as consequências de seus atos, uma questão de boa ou má sorte. Claro que a ação coincide com a realização do propósito.

Se o interno aparece como externo, o que é o contingente e o que é o necessário? Afinal, o que são consequências próprias imanentes que indicam a natureza da própria ação e consequências que se apresentam de forma contingente de uma ação? A responsabilização diz respeito ao contingente, ao necessário ou a ambos? As consequências necessárias entram na responsabilização, pois são próprias da ação. Portanto, o sujeito deveria saber.

Há consequências que não sou obrigado a saber; mas há outras consequências que sou obrigado a saber, pois são inerentes a ação enquanto tal. “Ao atribuir uma ação intencional a um agente, não atribuímos a totalidade do ato com todas as suas [...] consequências, nem atribuímos somente o ato individual envolvido no *Vorsatz*, mas alguma característica essencial, ‘universal’ [...]” (INWOOD, 1997, p. 44).

O direito do propósito é totalmente insuficiente para uma análise da responsabilidade. Quem é o responsável pelas consequências não previstas? “O direito liberal, tomando como ponto de partida o sujeito, registra uma oposição entre a vontade subjetiva, na forma de projeto, e as decorrências objetivas, no que diz respeito à responsabilidade” (WEBER, 1993, p. 88). Por isso, “o direito liberal é incapaz de estabelecer um critério para o agir, que vá além do seu próprio conteúdo implícito” (WEBER, 1993, p. 89).

Citando um exemplo de Kant sobre dois naufragos e apenas um pedaço de madeira que só suporta um deles, Weber questiona: quem deve morrer e qual é o critério da escolha do sobrevivente? “O direito abstrato e a moralidade são incapazes de apresentar um critério para tais questões. Só ao nível da eticidade, na medida em que se deve considerar o contexto mais amplo, isso é possível” (WEBER, 1993, p. 89).

Na moralidade, Hegel, seguindo a tradição kantiana acerca da autonomia da vontade, ressalta que se é responsável apenas por aquilo que se sabe e por aquilo que se quer. Portanto, aquilo que foge do nosso querer, ou seja, as consequências não previstas pelo ato tomado não são de responsabilidade do sujeito agente. Assim, a moralidade trata apenas da responsabilidade subjetiva. O agente somente é responsabilizado pelo seu propósito.

A responsabilidade se restringe, porém, ao propósito, isto é, ao que podia ser previsto. É isso que faz o direito moderno. Alguém é responsável por aquilo que podia prever no seu agir e, em vista disso, pode ser julgado. Em outras palavras: para que alguém possa ser responsabilizado, deve haver uma identificação entre o propósito e o resultado objetivo do ato cometido (WEBER, 1993, p. 86).

Porém, através do direito da intenção, que não representa a individualidade (propósito), mas visa à universalidade, destaca-se que o sujeito é sim responsável pela consequência não prevista de seu ato. A intenção, considerada um propósito universalizado, responsabiliza o agente pela consequência não prevista e não apenas pela prevista, ou seja, pelo todo e não só pela parte, pois “[...] a vontade do singular é o universal” (Rph, §119). Não é o singular que importa, mas o universal da ação. Assim, o sujeito é responsável pelas consequências não previstas. Todavia, na moralidade, não existem instituições capazes de mediar a responsabilidade. Isso só é possível na eticidade. Na moralidade, os efeitos de uma ação permanecem no âmbito da responsabilidade subjetiva, não havendo responsabilização objetiva dos atos praticados. A eticidade resolve essa insuficiência.

Hegel ataca os critérios puramente formais e ressalta a necessidade de esclarecer o conteúdo; a partir do conteúdo se estabelecem os deveres particulares. Kant fica preso no formalismo *a priori* do plano subjetivista e não alcança a objetividade das instituições sociais na esfera da eticidade. O direito abstrato mostrou-se deficitário por não ultrapassar a determinação entre duas vontades. “Pelo direito abstrato, não é possível impedir a possibilidade de alguém impor a sua vontade sobre a do outro, reprimindo-a. Daí a injustiça” (WEBER, 1993, p. 75).

Há uma multiplicidade de eventos possíveis a partir da realização de um ato. “Agir é essencialmente aceitar riscos em face de uma realidade externa que não se encontra totalmente sob o nosso próprio domínio ou conhecimento prévio” (INWOOD, 1997, p. 45). Falta na teoria de Kant a mediação. Através da mediação é que surgem os princípios objetivos.

Sem mediação social é possível apenas responsabilizar o sujeito pelos seus atos de maneira subjetiva. “Dado que o *fato da razão* de Kant consiste na pressuposição de princípios e dados que os princípios, sem mediação, são subjetivos, o que se consegue estabelecer, com base no imperativo categórico, são conteúdos normativos subjetivos” (RAUBER, 1999, p. 44). Permanecer preso ao subjetivismo significa permanecer preso a uma concepção de justiça e de direito vazia e indeterminada. A concepção acerca do justo e do jurídico somente supera o formalismo por meio da eticidade.

Um caso específico na moralidade é o direito de emergência (ou estado de necessidade). Ele é introduzido por Hegel na parte final da moralidade. Esse é o direito à vida e é considerado um direito fundamental. Pode-se usar de todos os meios possíveis para assegurar esse direito, abrindo exceções se for necessário.

Isso mostra a insuficiência do formalismo jurídico kantiano e a superação realizada por Hegel ao defender esse direito. Para Hegel, esse direito não é apenas uma mera concessão. Conforme Weber, “[...] as situações de emergência são exceções e não invalidam a lei, mas indicam que ela não é absoluta. Que não se deve roubar, continua valendo, porém, há situações em que isso pode ser relativizado” (2013, p. 101-2). Nas palavras de Hegel,

a particularidade dos interesses da vontade natural, condensada na sua simples totalidade, é o ser pessoal como vida. Possui esta, no período supremo e no conflito com a propriedade jurídica de outrem, um direito que pode fazer valer (não como concessão graciosa mas como direito) na medida em que há, de um lado, uma violação infinita do ser e portanto uma ausência total de direito e, de outro, apenas a violação limitada da liberdade. É assim que são ao mesmo tempo reconhecidos o direito como tal e a capacidade jurídica de quem é lesado na sua propriedade. É o direito daquela violação, do direito da miséria que provém o benefício da imunidade que o devedor recebe sobre a sua fortuna, isto é, sobre a propriedade do credor; não se lhe tiram os instrumentos de trabalho nem os meios de cultivo considerados necessários, tendo em conta a sua situação social, para a sua manutenção (Rph, § 127).

Portanto, a vida tem um direito de emergência. “Se alguém, para conservar a sua vida, tiver que usufruir de um alimento de outro, isto é obviamente um dano, mas não

pode ser considerado como um roubo qualquer. Quer dizer, é um roubo justificado” (WEBER, 1993, p. 91). É óbvio que há uma lesão à propriedade de um homem quando se rouba dele, mas seria injusto considerar essa ação como um roubo ordinário. O necessário, segundo Hegel, é viver o agora. O futuro está entregue a contingência. O direito de emergência é imediato.

Ao tratar do direito de emergência há a discussão de Hegel com a filosofia kantiana sobre o problema das exceções acerca do imperativo categórico. O formalismo kantiano não aceita exceções. Pela forma da lei, não há exceções, porque senão se admitiria vantagens pessoais, subjetivas e empíricas. As exceções ferem a validade apriorística do imperativo categórico e da lei moral.

O formalismo kantiano, portanto, é reconhecido pela impossibilidade de admitir exceções. O conceito de *contradição* em Kant significa justamente abrir exceções a seu favor. Já Hegel considera que *contradição* refere-se apenas às ações que se contrapõem a um conteúdo histórico determinado. *Contradição* meramente formal, segundo Hegel, não existe.

O direito de emergência é uma das mais duras críticas ao formalismo, pois o mesmo é exatamente o direito de abrir uma exceção em caso de extremo perigo e de necessidade. Kant, na obra *A Metafísica dos Costumes*, faz uma fundamentação moral do direito, mas quando trata do direito de necessidade, ele acaba não resolvendo esse problema devido a sua não efetivação.

Para Hegel, o Estado não pode deixar de reconhecer o direito de emergência (direito de necessidade), pois esse direito não é uma concessão, mas um direito. Quando há, por um lado, o direito à vida e, por outro lado, o direito à propriedade, o direito de emergência se sobrepõe ao direito de propriedade. Assim, o direito à vida justifica qualquer lesão a outro direito que se opõe a ele. Percebe-se, nessa discussão, que há uma estrutura hierárquica entre direitos, pois é inevitável a geração de conflitos entre direitos. A vida tem um direito ante o direito abstrato. Dessa forma, a moralidade enfatiza um direito não reconhecido pelo direito abstrato. Isso denota a insuficiência do direito abstrato.

Hegel está preocupado com a discussão em torno do conceito de justiça e não apenas com o conceito de legalidade. Kant tratou do conceito do *direito estrito*. Hegel, na moralidade, não trata do *direito estrito*. Kant, para resolver o direito de equidade e de necessidade, se reporta ao *direito estrito* e não ao *direito amplo*. Para Hegel, é justificada uma ação injusta (desrespeito ao direito de propriedade) no direito de

emergência. Com isso, ele supera o formalismo kantiano. “A miséria revela a finitude e, portanto, a contingência do direito assim como do bem-estar. Noutros termos: a existência de uma pessoa particular e o domínio da vontade particular sem a universalidade do direito não são necessários” (Rph, § 128).

Neste sentido, Hegel supera o formalismo jurídico kantiano. Kant apela, em última instância, para o *direito estrito* ao discutir sobre os direitos “duvidosos”. O direito de emergência mostra a contingência e a insuficiência do *direito estrito* (positivo formal). A fundamentação moral se impõe para resolver uma insuficiência do *direito estrito* formal. O direito no *sentido estrito*, segundo Kant, se caracteriza pela autorização para coagir. Já o direito no *sentido lato*, a autorização para coagir não pode ser determinada por uma lei. Para Kant, os direitos de equidade e de necessidade são supostos. Para Hegel, são direitos certos e não supostos. Para Kant, esses dois direitos são concessões. Para Hegel, não são concessões, mas direitos. Para Hegel, o direito de emergência não é culpável e nem punível. Para Kant, ele é culpável, mas não punível.

Kant faz uma dicotomia entre a culpa e a pena. Hegel, porém, resolve essa dicotomia introduzindo a categoria do justo na moralidade. Kant também introduz essas categorias, mas não resolve o problema da necessidade e da equidade no ponto de vista do *direito no sentido amplo*. Para Hegel, quem dá o conteúdo para o direito de emergência é a necessidade. Destarte, não há um conteúdo prévio dado. Quem dá o conteúdo à lei ou a interpretação da lei é o conteúdo histórico determinado pelas circunstâncias. O conceito de justiça não está atrelado à legalidade ou à ilegalidade. Assim, pode-se agir contra a lei e ser justo.

Assim como a *Moralität* atribui responsabilidade somente por intenção, pela vontade ou por aquilo que é querido ou pretendido, também situa o bem e o mal somente, ou principalmente, na vontade e nas intenções. Kant, por exemplo, argumentou que a boa vontade é o único bem irrestrito. Hegel, pelo contrário, localiza-os na conduta manifesta, em parte porque é somente pela expressão exterior que a vontade adquire um determinado caráter, e em parte porque qualquer crime ou atrocidade poderia ser justificado por uma boa intenção ou uma boa razão ou fundamento (INWOOD, 1997, p. 225).

Segundo Hegel, não é possível que haja conflito entre o direito e a moral. “O direito pode não fazer jus à consciência moral de seus cidadãos, ou ser defeituoso [...]. Mas esses defeitos são percebidos, não pela consciência moral individual, mas por um exame da racionalidade inerente no próprio direito” (INWOOD, 1997, p. 105).

Há certos direitos (formais e abstratos), no Estado Moderno, que são inalienáveis (*unveräußerlich*) e imprescritíveis (*unverjährbar*) (cf. Rph, § 66), como o direito de não ser escravizado ou de adquirir propriedade. Outras pessoas não podem violar esses direitos. “Mas como o direito abstrato é apenas a mais inferior das três fases de *Recht*, os direitos abstratos não estão imunes à interferência das esferas superiores, *Moralität* e *Sittlichkeit*” (INWOOD, 1997, p. 106). Na vida ética, só há direitos se há deveres e vice-versa. Diante disso, é impossível justificar a escravidão.

### 3. PARA ALÉM DA JUSTIÇA FORMAL

*“A um pai que o interrogava sobre a melhor maneira de educar o seu filho, respondeu um pitagórico [...]: ‘Faz dele cidadão de um Estado cujas ideias sejam boas’” (Rph, § 153).*

A eticidade hegeliana é a resposta aos problemas gerados pela concepção formal do direito e da justiça em Kant. A eticidade tem como grande objetivo a libertação da indeterminação, da imediatez e do natural. Isso ocorre instaurando-se a mediação e produzindo, conseqüentemente, a determinação (nas instituições sociais). Na eticidade há o processo de autodeterminação nas mediações sociais, a preservação da autonomia individual e o modo como o sujeito se liberta do imediato e entra na segunda natureza. Ela preenche a insuficiência do direito abstrato e da moralidade através da passagem da relação ética imediata à substancialidade ética, assegurada pelo Estado.

Eticidade corresponde à moralidade objetiva. É a mediação social da vontade livre enquanto princípio orientador. A opinião subjetiva é a mais indeterminada. Portanto, ela exige mediação. O ético, destarte, não se situa ao nível do indeterminado. Ninguém é naturalmente ético. “A teoria dos deveres [...] não deve reduzir-se ao princípio vazio da moralidade subjetiva que [...] nada determina” (Phd, § 148). A superação da justiça formal kantiana ocorre por meio da passagem para a eticidade.

A imediatez é superada pela mediação. Onde é que a doutrina do dever busca o seu conteúdo? Como elaborar uma doutrina do dever, do direito e da justiça que não seja formal?

Uma teoria dos deveres que não seja uma ciência filosófica extrai a sua matéria das relações apresentadas pela experiência e mostra as suas relações com concepções próprias, princípios e ideias, fins, institutos e sentimentos correntes, às quais ainda pode acrescentar, como motivos, as repercussões de cada dever noutras relações morais bem como no bem-estar e na opinião. Mas uma teoria coerente e imanente dos deveres só pode ser o

desenvolvimento das relações que necessariamente provém da ideia de liberdade e portanto realmente existem no Estado, em toda a sua extensão (Phd, § 148).

Não há dicotomia entre matéria e forma, conforme defendia Kant. Então, como uma doutrina do dever faz obrigações? Qual a implicação disso com o conceito de liberdade? A vontade “pode e deve figurar-se como uma limitação da subjetividade indeterminada ou da liberdade abstrata, limitação dos instintos naturais bem como da vontade moral subjetiva [...]” (Phd, § 149). O dever é uma obrigação frente à subjetividade indeterminada. É necessária a libertação da indeterminação, pois a vontade imediata, ao ser mediada, é superada. A libertação da indeterminação (cf. HONNETH, 2007)<sup>21</sup> ocorre pela mediação.

Mas o que na realidade o indivíduo encontra no dever é uma dupla libertação: libertar-se, por um lado, da dependência resultante dos instintos naturais e assim da opressão em que se encontra como subjetividade particular submetida à reflexão moral do dever-ser e do possível; liberta-se, por outro lado, da subjetividade indefinida que não alcança a existência nem a determinação objetiva da ação e fica encerrada em si como inativa. No dever, o indivíduo liberta-se e alcança a liberdade substancial (Phd, § 149).

No dever, pela mediação, há a libertação da indeterminação, do abstrato, do vazio. O trajeto da eticidade é partir do indeterminado para o substancial. O percurso da mediação é o percurso do indeterminado para a substancialidade ética que se concretiza, em última instância, no Estado. Esse é o percurso das instituições sociais, que se dá na objetividade, por meio de uma interpretação objetiva da moralidade.

Hegel critica a concepção de liberdade abstrata. Pode-se sim falar em corporações, em Estado e é nas mediações sociais que se pode falar de liberdade mediada e reconhecida e, portanto, restringida. A lei não pode ser vista unicamente no ponto de vista negativo (liberdade negativa), mas ela é resultado de mediações (liberdade positiva). A lei não é apenas regulativa, mas também constitutiva.

---

<sup>21</sup> Honneth, na obra *Sufrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*, afirma: “[...] nem o conceito de Estado de Hegel, nem seu conceito ontológico de espírito me parecem hoje passíveis de serem de algum modo reabilitados” (2007, p. 50-1). Desta forma, para reatualizar o pensamento hegeliano, Honneth desconsidera o conceito substancialista de Estado. Segundo Honneth, Hegel apresenta “[...] uma teoria normativa de justiça social que precisa ser fundamentada na forma de uma reconstrução das condições necessárias da autonomia individual, cujas esferas sociais uma sociedade moderna tem que abranger ou dispor para com isso garantir a todos os seus membros a chance de realização de sua autodeterminação” (2007, p. 67). Isso se relaciona com a crítica de Hegel ao formalismo kantiano, ou seja, com a crítica de que Kant desconsidera o contexto social.

A honestidade pode ser um princípio de uma comunidade ética que se dá por meio da mediação das vontades. Portanto, o sujeito sabe como se comportar em uma comunidade ética, pois isso é estabelecido e assinalado pelas circunstâncias. “Na simples identidade com a realidade dos indivíduos, a moralidade objetiva aparece como o seu comportamento geral, como costume” (Phd, § 151). Quando se atua eticamente não se está atuando imediatamente, mas de modo universal. “O hábito que se adquire é como que uma segunda natureza colocada no lugar da vontade primitiva puramente natural, e que é a alma, a significação e a realidade da sua existência” (Phd, § 151).

A primeira natureza é a vontade meramente natural; a segunda natureza equivale às instâncias mediadoras (instituições sociais), ou seja, é aquilo que é criado pela mediação das vontades livres. Hegel abandona a primeira natureza por ela não ser mediada e reconhecida. “O direito que os indivíduos têm de estar subjetivamente destinados à liberdade satisfaz-se quando eles pertencem a uma realidade moral objetiva” (Phd, § 153).

O indivíduo não se realiza fora de uma realidade ética; ele deve ser membro de instituições e não tomado abstratamente. “O direito dos indivíduos à sua particularidade está também contido na substancialidade moral, pois a particularidade é o modo exterior fenomênico em que existe a realidade moral” (Phd, § 154). A substancialidade ética é a particularidade individual mediada e reconhecida. “Nesta identidade da vontade universal e da particular, coincidem o dever e o direito e, no plano moral objetivo, tem o homem deveres na medida em que têm direitos e direitos na medida em que tem deveres” (Phd, § 155).

Na eticidade, portanto, há uma identidade entre a vontade universal e a particular, ou seja, há uma coincidência entre direito e dever. Por meio do ético, o cidadão tem direitos na medida em que têm deveres e deveres na medida em que têm direitos. Segundo Hegel, há uma mútua restrição entre direitos e deveres. “No direito abstrato tenho eu um direito e um outro tem o dever correspondente. Na moralidade subjetiva, o direito da minha consciência e da minha vontade [...] são idênticos ao dever e só como dever-ser são objetivos” (Phd, § 155). Rawls destaca que “não adquirimos conhecimento moral através do procedimento do IC. Somente adquirimos conhecimento moral naquilo que Hegel denomina *Sittlichkeit*” (2005, p. 382).

Na eticidade (moralidade objetiva), o direito somente se afirma como direito quando é também um dever. Portanto, o escravo, por não ter direitos, não pode ter

também deveres. O direito contém em si o dever. Isso torna possível a eticidade: a convivência nas instituições sociais. O “espírito do povo” fundamenta a eticidade.

O conceito se efetiva desde o mais natural e o imediato até o mais determinado, ou seja, vai do subjetivo e do contingente do conteúdo para a sua essência substancial. Esse é o trajeto do conceito: do natural ao substancial, do mais imediato ao mais concreto. Uma vontade sem liberdade é uma vontade morta. A vontade é uma vontade livre. A crítica de Hegel à concepção ética e jurídica da filosofia kantiana aparece de forma mais contundente na distinção feita entre a moralidade e a eticidade. Hegel embasa as suas ideias jurídicas, morais e políticas não na via contratualista, na ideia de natureza como em Hobbes, Locke e Rousseau, por exemplo, mas na fundamentação ética do político.

Hegel insere um novo conceito nesse debate, a saber, o conceito *segunda natureza*, essa se opondo a ideia do natural, que significa imediatez e indeterminação. Esse novo conceito passa a significar determinação e mediação. Assim, a segunda natureza é o local onde se desenvolvem as instituições sociais.

Sem mediações, ou seja, de forma natural há apenas o livre-arbítrio; a liberdade só é possível na segunda natureza através das mediações. A primeira natureza corresponde ao imediato, ao instinto, a vontade natural. A segunda natureza trata do processo, do movimento da concretização da liberdade.

O princípio fundador da ciência do direito é a liberdade (vontade livre) e ela se realiza através das determinações. “Cada fase do desenvolvimento da ideia de liberdade tem o seu direito particular porque é existência da liberdade numa das determinações que lhe são próprias” (Rph, § 30). No início de sua exposição, o Conceito é abstrato. Através das determinações, ele vai se enriquecendo. É no Estado que ela encontra a sua plena concretização.

Na tríade do Espírito Objetivo, Hegel trabalha com os conceitos de pessoa, sujeito e cidadão. A pessoa é detentora da vontade como livre arbítrio, o sujeito é detentor da vontade livre subjetiva e o cidadão da vontade livre objetiva. No direito abstrato, Hegel trata da pessoa do direito. Pessoa é o indivíduo com capacidade jurídica (deveres e direitos). Qualquer pessoa é sujeito (tem o direito de não ser visto como objeto). A plenitude, porém, só é alcançada no Estado, onde o indivíduo se torna cidadão (do Estado). Para Hegel, “o direito é o existir da vontade livre [...], vontade autoconsciente, cujo conteúdo é a liberdade” (SALGADO, 1996, p. 329).

A seguir, serão investigados alguns pontos tratados na filosofia hegeliana (na Eticidade e na Filosofia da História) a fim de mostrar a superação realizada pelo filósofo da justiça formal. O primeiro ponto estudado será o “direito de dizer não” como instância mediadora das determinações ético-políticas; o segundo ponto será a fundamentação ética e não formal da Constituição; o terceiro e último ponto investigado será o tribunal da história como critério de justiça não formal. O objetivo deste capítulo é destacar formas diferentes de analisar a justiça a partir de uma filosofia não formalista<sup>22</sup>.

### **3.1 O “direito de dizer não” como instância mediadora das determinações ético-políticas**

As instâncias mediadoras das determinações ético-políticas ocorrem através da família, dos estamentos, das corporações, da opinião pública e do “direito de dizer não”. Será aprofundado, neste capítulo, a opinião pública e o “direito de dizer não”, considerado como uma espécie de desobediência. O “direito de dizer não” e a desobediência civil são direitos dos cidadãos de se manifestarem contra o ordenamento jurídico caracterizado como injusto. Apesar de parecer um direito contra o próprio direito, a desobediência civil é um reforço para possíveis reformas na Legislação.

A família é a base ética do Estado. Sendo a “substancialidade imediata do espírito” (Phd, § 158), a família é determinada pelo amor, sentimento esse que a unifica. A partir dela, o indivíduo passa a ser tratado como membro (*Mitglied*) e não mais como pessoa (direito abstrato) e sujeito (moralidade). A família é transitória, seja com o amadurecimento dos filhos ou com a morte dos pais. A base da família está no

---

<sup>22</sup> “Hegel expõe a insuficiência de todo critério formal, que consiste na abstrata e indiferente universalidade, à base de abstrato e formal princípio de não contradição, expondo-o, apresentando o universal concreto efetivo, o determinado, como o (seu) verdadeiro, bom e ético. [...] O critério supremo da moral kantiano é, segundo Hegel, vazio, formal, analítico e tautológico. Um critério moral totalmente formal só pode afirmar em relação à máxima o que ela sempre já sabe. Ele é incapaz de acrescentar uma nova informação de forma sintética. [...] Dessa forma, segundo o formalismo kantiano, o roubo não pode ser justificado. No entanto, Hegel mostra que a palavra “roubo” já está determinada pelo seu contexto, no qual existe a propriedade, e por isso pegar o que é dos outros é roubar. No entanto, em Hegel, devido à superioridade da razão em relação ao entendimento, mesmo que o roubo continue sendo roubo, é possível que, sob determinadas circunstâncias, ele seja justificado eticamente, sem eliminar a regra nem cair na arbitrariedade. É a compreensão da diferença entre princípios e regras que possibilita, a partir de Hegel, mas somente sob algumas circunstâncias, justificar eticamente a exceção” (MÜLLER, 2012, p. 167-8).

casamento e através dele a individualidade de cada um dissolve-se. O casamento é a “relação ética imediata” (Phd, §161). Só há casamento se houver o consentimento de ambos. O mero formalismo não é suficiente para o casamento, pois o mesmo é uma relação ética. Isso implica o abandono dos sentimentos imediatos.

No casamento, caracterizado como uma relação ética e não uma relação natural, a escolha de se casar e com quem casar envolve uma ação ética da liberdade, correspondendo à segunda natureza. Portanto, o casamento não se esgota no contrato. Ele vai além do formalismo contratual. A individualidade de cada sujeito encontra-se dissolvida e superada na relação mediada que ocorre nessa primeira forma de vida comunitária. A realidade externa da família é a propriedade familiar. A propriedade não é apenas aquilo que satisfaz as carências dos membros da família, mas satisfaz também o “ser coletivo” da família. Já os filhos não representam os laços externos da família, mas a união interna, substancial. O dever dos pais é fazer com que seus filhos sejam disciplinados e educados para a convivência social. A dissolução da família pode ocorrer ou com a morte dos pais ou devido os filhos constituírem outras famílias. As dissoluções das famílias geram novas famílias e pessoas reconhecidas. Faz-se necessário, destarte, a inter-relação entre as famílias devido suas necessidades e carências. Sem o contexto social não há uma realização plena do indivíduo. Somente através da mediação nas instituições é que a liberdade se concretiza. Há a associação em corporações devido a necessidade. Elas são a segunda família. Ao explicar as corporações, Hegel afirma:

A natureza (de acordo com a sua particularidade) do trabalho na sociedade civil divide-se em vários ramos. O que há em si de uniforme nesta particularidade alcança a existência na confraria, como algo de comum, e então o fim, no particular interessado e para o particular orientado, é concebido também como universal. O membro da sociedade civil torna-se, segundo as suas particulares aptidões, membro da corporação cujo fim universal, desde logo, concreto e não sai dos limites que são próprios aos negócios e interesses privados das indústrias (Phd, § 251).

A sociedade civil<sup>23</sup> constitui-se em torno das necessidades dos indivíduos. Há nela a ausência de um “sentimento ontológico de pertença social” (SOARES, 2009, p.

---

<sup>23</sup> “A liberdade é a substância e a determinação do Direito, é a racionalidade imanente da sociedade e a efetividade estrutural das instituições sociais. A partir de uma substancialidade intrínseca dada como consciência da liberdade, forma-se a determinação concreta das instituições sociais sistematicamente articuladas a partir das quais o homem se torna um ser concretamente livre. A substancialidade imanente e a determinação objetiva formam o perfil da universalidade concreta do espírito objetivo configurado na imensa trama de organizações econômicas, políticas e sociais de uma época, na cultura e nas instituições.

140). A necessidade ocorre através da posse da propriedade e pelo trabalho. A administração da justiça tem como objetivo a proteção da propriedade. Cada um, visando a resolução de sua necessidade, acaba auxiliando na resolução das necessidades dos outros. “A união em grupos diferenciados, motivados por interesses comuns e por intercâmbios recíprocos para a sua satisfação, dá lugar às diferenças de classe (Stände)” (WEBER, 1993, p. 119).

Devido a existência de várias formas de produção e, portanto, de trocas, há o surgimento de grupos com interesses comuns. Pertencendo a uma classe social, o indivíduo é membro da sociedade civil (segunda base do Estado, sendo que a família é a primeira). Somente com a classe social, o indivíduo preenche o vazio deixado na dissolução da família. A corporação visa estabelecer uma unidade entre a particularidade individual e a universalidade do coletivo.

Ser membro de um Estado é ser membro de uma corporação. Entre as corporações, há aquela que cuida da burocracia estatal. Nem todos participam dessa corporação, dessa classe universal. “Na opinião pública [...], todavia, pode cada qual encontrar os meios de se exprimir e de fazer valer a opinião subjetiva que possui do universal” (Rph, § 308). Assim, os cidadãos podem expressar o seu ponto de vista e os seus desejos<sup>24</sup>.

---

Desta forma, o Direito é o reino da liberdade realizada através do equilíbrio dos seus componentes. O sistema do Direito constitui o reino da liberdade realizada, porque as estruturas constitutivas devem estar dispostas logicamente sob pena de comprometer o exercício da liberdade. Assim, pela primazia da sociabilidade e da participação orgânica dos cidadãos nos assuntos políticos em relação ao domínio dos interesses privados e corporativos da sociedade civil, o Estado figura como uma instituição mais qualificada que a sociedade civil e destinada a solucionar os paradoxos desta. Se a sociedade civil fosse colocada acima do Estado, os interesses privados seriam levados às últimas consequências e a luta de todos contra todos acarretaria na extinção do sistema do direito” (WOHLFART, 2008, p. 106).

<sup>24</sup> “A opinião pública, por exemplo, que toma posição em relação às reformas sociais, conhece, frequentemente, só algumas das medidas propostas pelo governo e ela se opõe e faz declarações, no momento do contexto imediato da sociedade. Essas são as inessencialidades da opinião, enquanto parecer e aparecer de fundo essencial. Elas não são, portanto, um simples não-sentido. A opinião pública, neste caso, não é somente verdadeira por acidente, mas é verdadeira por essência, enquanto ela constitui o fundo das inessencialidades de seu parecer. [...] A lógica da opinião pública é, portanto, a contradição, pois o universal em si e por si, o substancial e o verdadeiro, encontram-se ligados, ao seu contrário, o elemento próprio e particular da opinião da multidão. O universal encontra-se inicialmente ligado a seu contrário, o particular. Esse verbo ligar denota uma relação exterior, imediata e mecânica, cuja razão de ser se torna uma relação contraditória. Esta ligação contraditória universal-particular é inorgânica. Ela revela um nível de conhecimento da ordem da representação ou do entendimento, portanto não ainda chegado à efetividade racional. Para que ela se torne uma ligação orgânica – entre o universal do Estado e o particular da opinião da multidão – e portanto um conhecimento verdadeiro, a ação da constituição é necessária. [...] O que constitui a realidade efetiva do Estado, segundo Hegel, é o sentimento que os indivíduos têm de si mesmos, e sua solidez vem da identidade dos dois fins: o universal e o particular. A inorganicidade contraditória da opinião pública pode, portanto, encontrar sua organicidade na Constituição, pois a Constituição realiza a identidade dos dois fins, o universal e o particular.” (BAVARESCO, 2001, p. 143-4).

A liberdade subjetiva formal de os indivíduos terem e exprimirem os seus juízos próprios, a sua própria opinião sobre os assuntos públicos manifesta-se no conjunto de fenômenos a que se chama opinião pública. Nela, o universal em si e para si, o que é substancial e verdadeiro encontram-se associados ao que lhes é contrário: o particular para si, a particularidade da opinião da multidão. Esta existência é, portanto, a contradição de si mesma no dado, o conhecimento como aparência. É, ao mesmo tempo, o essencial e o inessencial (Rph, § 316).

Por meio da opinião pública, a opinião dos povos passa a ser conhecidas. Porém, essa opinião ocorre de forma inorgânica e subjetiva e não de forma orgânica, por meio das mediações dos estamentos. A opinião pública tem o direito de não aceitar as decisões do governo. O fundamento ético da Constituição não aceita que a força seja o caminho para as decisões políticas. A base deve ser os hábitos e os costumes dos povos.

Isso é manifestado através da opinião pública, mesmo ela sendo contingente. Ela é “apreciada, porque, sem contingência, não há alternativa e, sem estas, não há liberdade” (WEBER, 2009, p. 162). Há, nela, tanto o verdadeiro quanto o falso. Encontrar o verdadeiro é tarefa dos grandes homens. Ela contém os princípios “substanciais eternos da justiça: o conteúdo verídico e o resultado de toda a constituição, da legislação e da vida coletiva em geral na forma do bom-senso humano, e o dos princípios morais imanentes em todos na forma de preconceitos” (Rph, § 316).

A opinião pública tem seu lugar lógico e legítimo na filosofia política [...]. Ora, ele aí situa a opinião pública justamente no interior da Constituição, na parte que fala do Poder Legislativo. O estatuto do político na sua totalidade da *Filosofia do Espírito* trata de uma análise filosófica da ideia de política, portanto de sua articulação no interior de um movimento ideal que constitui o lógico do político. Na medida em que a opinião pública faz parte desta totalidade lógica do político, ela é, portanto, um conceito político (BAVARESCO, 2002, p. 40).

Hegel visa que o Estado atue nas esferas das instituições sociais. Mas, não de forma autoritária, pois isso anularia a liberdade. O ideal é salvaguardar tanto a universalidade (coletividade) quanto a subjetividade (individualidade). Conforme Lima Vaz, o “titânico esforço especulativo de Hegel, para o qual a liberdade é, simplesmente, o caminho e o fim da filosofia” (1999, p. 127).

O cidadão tem o direito de participar nos espaços públicos. O Estado não pode interferir nisso. A liberdade de comunicação pública, na época de Hegel, era composta pela imprensa (*Presse*) e pelo discurso oral (*mündliche Rede*). A opinião pública se dá por meio da participação nas assembleias dos Estados e do seu conhecimento através da publicidade. Por meio dela, os cidadãos se formam e informam. A liberdade de

imprensa não significa escrever o que se deseja. Isso será igual a “liberdade de fazer o que se quer” (Rph, § 319). Ter liberdade de expressão não é ser irresponsável. A vontade livre somente se concretiza dentro de instituições políticas e sociais.

A opinião pública tem duas funções importantes. Uma delas é trazer à atenção do governo queixas e desejos do eleitorado, provendo assim o governo de uma compreensão mais plena do que as pessoas têm em mente e de suas necessidades e dificuldades mais urgentes. A outra função da opinião pública é trazer os problemas e ideias do governo para o coletivo dos cidadãos, de maneira que eles adquiram um senso político e um conhecimento daquilo sobre o que se baseiam as decisões e políticas do governo esse intercâmbio ocorre nos debates da assembleia dos Estados [*Estates*] (RAWLS, 2005, p. 410).

Se os indivíduos concluírem que os encarregados das atividades do Estado não são competentes, não há a possibilidade de realização do reconhecimento. O povo está satisfeito quando os encarregados das funções públicas são os mais capazes para tais cargos. Quando o povo está bem-informado não é possível manipulá-lo.

Por meio da opinião pública é que ocorre a formação política dos cidadãos. E é possível, por meio dela, utilizar o “direito de dizer não”. O que não se quer é um poder sendo exercido de forma despótica e totalitária. O Estado é compreendido em Hegel como racional. Porém, isso não exclui a possibilidade de Estados tirânicos e injustos. Por isso, o “direito de dizer não” é essencial para os cidadãos superarem a atuação injusta do Estado.

Suportar um Estado não significa que se deva submeter passivamente à opressão existente. Compete aos cidadãos acionar, pelo direito à crítica, os meios de resistir a este estado de coisas e de transformá-las à medida que progride a consciência do que é a emergência de uma liberdade necessária. Quando os indivíduos comportam-se em relação ao Estado como se ele fosse uma substância inerte e fixa, abre-se um período de degradação da livre organização social. [...] O exercício do direito, a atividade do pensamento e o pensar do cidadão perfazem e desenvolvem o conceito do Estado (ROSENFELD, 1995, p. 231).

O Estado não pode impor decisões sobre os cidadãos sem o consentimento dos mesmos. Eles devem reconhecer as decisões. Por meio da opinião pública é que se exige uma explicação das decisões do Estado. Porém, nem sempre ela expressa o necessário. Mesmo estando submetida ao acaso, a opinião deve ser sempre conscientizada. Somente assim tem-se a concretização do “direito de dizer não”. A vontade não pode aceitar o injusto somente porque ele foi imposto.

Para Hegel, os que vivem no Estado, que contemporaneamente são todos, encontram nele sua satisfação para o seu saber e querer, e já o reconhecem como o mais racional, como o ético, pois, inclusive os que discordam dele e querem reclamar seus direitos, encontram aí sua possível justificação ética (MÜLLER, 2012, p. 125).

Na moralidade, Hegel apresenta a concepção da liberdade subjetiva. É o momento em que o sujeito é consciente do seu processo de determinação de si. Portanto, o Estado não deveria dominar e impor a sua vontade sobre o sujeito. O Estado é a atualização do reconhecimento de cada indivíduo nas determinações do todo. O indivíduo, sabendo de sua liberdade, limita a ação de um Estado histórico despótico. Somente diante da ignorância dos indivíduos em relação à sua liberdade é que são possíveis Estados despóticos.

Uma interioridade cultivada, crítica, constitui uma das melhores garantias contra todas as tentativas que visam à sujeição do homem, tornando-se, portanto, uma condição para o desenvolvimento da liberdade, sem a qual qualquer comunidade pode vir a ser opressora em relação à vida individual. Trata-se de criar as condições que tornem possível uma coincidência efetiva entre a finalidade da ação moral e a finalidade da ação política (ROSENFELD, 1995, p. 110).

O direito, enquanto conceito, efetiva-se nas relações sociais, como, por exemplo, na legalidade da troca. É possível verificar, na troca, a determinação da igualdade e da justiça. A jurisdição se faz necessária para gerar a ordem. Através da jurisdição é possível viver na sociedade exercendo a sua liberdade. Apenas afirmar que os homens são iguais não basta. É necessário também viver isso subjetivamente na exterioridade das coisas. É por meio da cultura que a jurisdição efetiva-se na eticidade. A teoria política hegeliana visa, em última análise, formar o cidadão para a prática da liberdade, elevando a sua consciência à forma universal da cultura.

O Estado é regido pela racionalidade (e não pela força) ao aceitar que o povo expõe, por meio da opinião pública, a sua visão. Ao expor a sua opinião sobre assuntos públicos, o povo está exercendo a sua liberdade por meio de sua opinião. A imprensa forma a opinião pública. Por isso, ela não pode tratar os assuntos de forma descompromissada. Claro que a opinião está no terreno da contingência e da aparência, pois ela está embasada no imediato e não no racional.

Além disso, o exposto pelo povo pode estar embasado em seus interesses particulares. Imprecisões em suas deliberações são comuns, pois o povo não tem domínio sobre os assuntos estatais. O particular, o indivíduo tem seu papel no todo, no

coletivo, no Estado. O Estado é a plena concretização da liberdade. Porém, mesmo ele, pode cometer exageros. O “direito de dizer não” é uma conquista para o povo, pois quando o Estado comete um exagero, o povo pode opor-se a essa decisão.

A força da opinião pública e o direito de oposição precisam estar assegurados. Aí está a importância dos estamentos, como órgãos mediadores entre governo e o povo. Sem os estamentos (com a função de mediação) o Estado fica totalitário e o poder do príncipe, ou de um presidente, arbitrário. O fortalecimento das instituições de mediação é o núcleo-chave para o limite do poder político. [...] A liberdade de expressão implica o direito do cidadão em ‘dizer não’ e de poder fazê-lo publicamente. A própria desobediência civil deveria ser situada nesse contexto (WEBER, 2013, p. 122).

Os cidadãos devem conhecer as leis e devem aceitar apenas as leis justas. Esse assunto é desenvolvido por Hegel na administração da justiça (jurisdição), segundo momento da sociedade civil. Na jurisdição, Hegel investiga a contingência e a arbitrariedade do conteúdo e da aplicação das leis e também estuda a acessibilidade e o conhecimento das leis.

Caso a lei esteja a favor do injusto, os cidadãos tem a possibilidade, por meio do “direito de dizer não”, de não aceitar a lei injusta e se opor a ela. A lei (*Gesetz*) simboliza o direito positivo, que não é caracterizado pelo formalismo nos moldes kantianos, mas é resultado de mediações sociais, dos costumes, do *ethos* de um povo. “O que o direito é em si afirma-se na sua existência objetiva, quer dizer, define-se para a consciência pelo pensamento. É conhecido como o que, com justiça, é e vale; é a lei. Tal direito é, segundo esta determinação, o direito positivo em geral” (Rph, § 211).

A figura do juiz aparece na aplicação do direito em um caso concreto. Devido a grande quantidade de leis, o juiz é quem decide, mesmo se a solução para o litígio não for evidente. Se não fosse dessa forma, a aplicação da lei seria mecânica. Porém, deixar tudo para o juiz decidir (discricionariedade do juiz<sup>25</sup>) também é um problema, pois o conflito é inerente ao pensamento. “O que é direito deve vir a ser lei para adquirir não só a forma de sua universalidade, mas também a sua verdadeira determinação” (Rph, § 211). Assim, Hegel defende a necessidade de uma legislação positiva em contraposição

---

<sup>25</sup> O pós-positivismo é uma tendência geral do pensamento atual que visa resolver o incômodo deixado pelo positivismo: o poder discricionário. Para isso, eles adotam um conceito procedimental de validade. A validade do direito não é material como no jusnaturalismo, nem formal como no juspositivismo, mas procedimental. As teorias procedimentais, como as de Habermas, Dworkin, Alexy, Perelman, Günther e de todos aqueles que tentam desenvolver um tipo de teoria da interpretação (hermenêutica) que procure resolver o problema do poder discricionário, atribuem um papel importante aos princípios jurídicos, um papel que os princípios jurídicos não tinham na teoria positivista (cf. TRAVESSONI, 2011, p. 323).

ao direito consuetudinário (nos moldes de Friedrich Carl von Savigny<sup>26</sup>, fundador da Escola Histórica). “Quando os direitos consuetudinários chegam a ser reunidos e codificados [...], a coleção assim constituída é o código” (Rph, § 211).

Outro problema enfrentado pelo aplicador do direito, além do conflito entre as leis, é a arbitrariedade de conteúdo das leis. Isso fica visível na seguinte citação:

Pela razão ou por qualquer condição precisa que o conceito forneça, não é possível determinar se a um delito corresponde uma punição corporal de catorze pancadas ou de catorze pancadas menos uma, uma multa de cinco ou de quatro dinheiros, uma pena de prisão de um ano ou de trezentos e sessenta e quatro dias, ou de um ano mais um, dois, três dias. E, no entanto, uma pancada, um dinheiro, uma semana ou um dia de prisão, a mais ou a menos, constituem uma injustiça (Rph, § 214).

Portanto, na administração da justiça há o espaço para a contingência e não existe a completude da lei. Contingência, arbitrariedade e contradição fazem parte do conteúdo e da aplicação da lei. “A lei não estabelece essa última determinação que a realidade exige, confiando-a ao juiz dentro de limites que são um mínimo e um máximo” (Rph, § 215).

As leis visam proteger os indivíduos - pessoa de direito - de possíveis danos que lhes ocorrem. “O homem vale porque é homem, não porque seja judeu, católico, protestante, alemão ou italiano” (Rph, § 209). Assim, o foco da lei, em Hegel, não é apenas o legislar, mas, além disso, ela é o pensamento, é a cultura situada no espaço e no tempo. É o justo. Ao ser aplicada, a lei visa a forma universal; porém, sendo que cada caso tem a sua peculiaridade, há o espaço para a contingência. “A realidade objetiva do direito está, por um lado, em existir para consciência, ser algo que se sabe, e, por outro lado, em ter a força e o valor reais e ser conhecido nesse valor universal” (Rph, § 210). Por isso, além do direito existir para a consciência, ele deve ser acessível a todos.

Todas as pessoas são iguais, com direitos e deveres. O homem vale enquanto homem e não devido a sua nacionalidade ou a sua religião. Todas as pessoas (de direitos) são titulares de direitos sendo, portanto, sujeitos. Os sujeitos não devem ser

---

<sup>26</sup> “Se, em algum momento, uma tendência decidida e recomendável for distinguível no espírito público, ela pode ser preservada e confirmada pela legislação, mas não produzida por ela; e onde ela falta por completo, toda tentativa que venha a ser feita para estabelecer um sistema exaustivo de legislação apenas aumentará a incerteza existente e se somará às dificuldades de cura” (SAVIGNY in MORRIS, 2002, p. 295).

tratados como coisa. Hegel critica os que visam fazer da lei um conhecimento de poucos, excluindo os que não a dominam.

Pendurar as leis tão alto, como fez Denis, o Tirano, que nenhum cidadão as pode ler, ou enterrá-las debaixo de um imponente aparato de sábios livros, de coleções de jurisprudência, opinião de juristas e costumes, ainda por cima em língua estrangeira, de tal modo que o conhecimento do direito em vigor só seja acessível àqueles que especialmente se instruíam, tudo isto constitui uma única e mesma injustiça. Os governantes que, como Justiniano, deram ao seu povo uma coleção, mesmo informe, de leis, ou, melhor ainda, um direito nacional num código definido e ordenado, não só foram grandes benfeitores, como tal venerados, mas também efetuaram um grande ato de justiça (Rph, § 215).

O direito e as leis devem ser um conhecimento para todos e não apenas para alguns que dominam um pretensão saber acerca das leis. E, elas devem ser simplificadas. A linguagem jurídica deve ser acessível a todos. Hegel critica o direito romano, por exemplo, pois ele reteve “uma quantidade de regras e em particular de expressões próprias das solenidades [...] em vez de serem substituídas por regras intelectuais e expressões adequadas” (Rph, § 217). Somente conhecendo as leis de sua cultura é possível falar em autodeterminação e liberdade. Além disso, é impossível conquistar um código completo e pleno. “Exigir de um código a perfeição, querer que constitua algo de absolutamente acabado e não admita qualquer acréscimo [...] são erros que assentam no desconhecimento da natureza dos objetos finitos, como seja o direito privado” (Rph, § 216). O direito, fazendo parte dos objetos finitos, não é perfeito, mas está sempre sendo construído e reformulado para tal.

Hegel rompe com toda dicotomia entre conteúdo e forma e tenta mostrar que o mais imediato é o mais abstrato. Há momentos históricos que foram decisivos para a conquista do princípio da liberdade. Assim, Hegel apresenta a ideia da liberdade sendo concretizada nas instâncias mediadoras das instituições sociais. Nenhuma instância social poderá não valorizar esse princípio. “Pela decisão, afirma-se a vontade como vontade de um indivíduo determinado e como diferenciando-se fora dele em relação a outrem” (Rph, § 15), ou seja, a vontade se determina e se concretiza quando decide.

Não há determinação sem decisão e ela é a expressa do princípio pressuposto, a saber, da vontade livre. “A vontade imediata é também formal por causa da distinção entre a sua forma e o seu conteúdo” (Rph, § 15). O princípio da liberdade, inicialmente, está indeterminado; é necessário, portanto, a decisão, a determinação.

Dizer que a liberdade é o querer significa dizer que o que se quer é a maior indeterminação. Só se pode falar em vontade livre no direito abstrato, na moralidade e na eticidade através de suas mediações. A contradição do arbítrio está no fato de que há um conteúdo finito (“eu quero isto”) e uma forma infinita. Portanto, o arbítrio é um momento da liberdade, mas não é a liberdade mediata e reconhecida.

A racionalidade é o resultado do processo de mediação. O racional, destarte, é o efetivo (e não o real), pois ele permaneceu do processo de mediação do real. O princípio da liberdade tem um conteúdo e uma base histórica. Kant não aceita isso, pois o critério de moralidade não pode ser particular e contingente. Para Hegel, o princípio tem sim uma base histórica, mas também tem uma fundamentação lógica (que está provado na *Ciência da Lógica*). O conceito nunca se realiza plenamente.

A ideia é o conceito realizado, mas o conceito está no processo de efetivação. O princípio precisa se realizar em suas diferentes configurações. A purificação dos instintos representa “[...] a necessidade de os libertar da sua forma de determinismo natural imediato, da subjetividade e da contingência do seu conteúdo, para os referir à essência que lhes é substancial” (Rph, § 19).

Ora, a verdade deste universal formal, que é indeterminado para si e só na matéria encontra a sua específica determinação, é o universal que a si mesmo se determina, a vontade, a liberdade. A partir do momento em que o conteúdo, o objeto e o fim do querer passam a ser ele mesmo, o universal, como forma infinita, o querer deixa de ser apenas a vontade livre em si, para ser também livre para si: é a Ideia em sua verdade (Rph, § 21).

As extravagâncias da liberdade da comunicação pública são cobradas pelas leis do Estado. Os excessos devem ser punidos e responsabilizados por dispositivos legais. Conforme Bavaresco, “[...] a supressão pura e simples da imprensa conduz sempre à revolta do cidadão e isso é contrário à natureza mesma da liberdade de expressão” (2001, p. 120). Além do direito de expressar o que pensa, o cidadão tem o dever de se responsabilizar por aquilo que expressou.

Liberdade, portanto, é dizer e fazer o que se quer, mas ser responsável por aquilo que se diz e se faz. Por meio da opinião pública, o cidadão participa ativamente do processo político. A elaboração das leis deve levar em consideração a opinião pública. O dizer do cidadão tem o seu direito garantido através das leis e das disposições do direito. A opinião pública, para Hegel, está garantida através da racionalidade da constituição, na solidez do governo e da publicidade das assembleias estamentais (cf.

Rph, § 319). “A garantia direta da comunicação pública deve sempre ter em conta o fato de que a expressão livre da opinião é, em si, um direito objetivo no Estado” (BAVARESCO, 2001, p. 120).

### 3.2 Uma fundamentação ética e não formal da Constituição

A Constituição é a própria organização do Estado. “A constituição política é [...] a organização do Estado e o processo da sua vida orgânica em relação consigo mesmo” (Rph, § 271). A base ética que sustenta a Constituição é o “espírito do povo” e “este é constituído por toda a história de um povo, suas origens, seus costumes e hábitos, sua cultura, seu *ethos*. A Constituição de um Estado, portanto, é o próprio ‘espírito do povo’” (WEBER, 2009, p. 157). Ao tratar da Constituição política, da Constituição que é a própria organização do Estado, Hegel rompe com o formalismo kantiano. Em Kant, não há uma fundamentação moral do direito. Hegel, ao contrário, o direito e a política fundamentam-se no ético.

A Constituição política de Hegel não é formal, nem normativa e nem valorativa (cf. BOBBIO, 1991b, p. 96). “Não formal” significa uma constituição política e não meramente escrita; representa o próprio organismo político e não um mero documento escrito; por isso, mesmo se um Estado não tem uma constituição escrita, ele tem uma constituição ético-política, pois ela representa o *ethos* de um povo; “não normativa” significa que a Constituição é o “espírito do povo” de um país e não meramente a constituição com suas normas jurídicas no sentido de ser a lei suprema de um país. Somente compreendendo isso é possível entender a função da eticidade no sistema hegeliano; por fim, “não valorativa” demonstra a diferença da concepção hegeliana acerca da Constituição das demais Constituições que garantem os direitos fundamentais da liberdade e a separação dos poderes.

A Constituição é o princípio articulador da vida interna do Estado; por meio dela, todos os cidadãos participam do Estado através dos direitos e deveres. Não há Estados com leis e Constituições perfeitas que possam fornecer princípios éticos a outros Estados. Cada Estado tem a sua Constituição, que é resultado de sua história e de sua cultura. Assim, o povo participa ativamente nas decisões políticas e jurídicas. A

Constituição não é meramente um documento positivado, mas é a própria vida do Estado.

Portanto, a Constituição não é uma categoria jurídica, legalista, formal, mas ético-política. Ela deve representar o próprio “espírito do povo”. A Constituição em Hegel não representa apenas os documentos constitucionais escritos. “Todos os Estados, ou melhor, todas as formações políticas têm uma Constituição, e não somente aquelas que apresentavam, no sentido já dominante na época de Hegel, uma Constituição escrita” (BOBBIO, 1991b, p. 96-7).

A pergunta “quem deve fazer a Constituição?” não tem sentido no pensamento hegeliano. É uma pergunta atomista. “O conceito positivo que Hegel tem da Constituição está estritamente relacionado com a concepção orgânica do Estado, insistentemente contraposta à teoria atomista predominante, típica dos jusnaturalistas” (BOBBIO, 1991b, p. 98). Para ele, a Constituição, sendo fundamentada pelo “espírito do povo” faz parte da cultura do país.

Como o espírito só é real no que tem consciência de ser; como o Estado, enquanto espírito de um povo, é uma lei que penetra toda a vida desse povo, os costumes e a consciência dos indivíduos, a Constituição de cada povo depende da natureza e cultura da consciência desse povo. É nesse povo que reside a liberdade subjetiva do Estado e, portanto, a realidade da Constituição. Querer dar a um povo *a priori* uma constituição *a priori*, até quando ela seja em seu conteúdo mais ou menos racional, é uma fantasia que não tem em conta o elemento que faz dela mais do que um ser de razão. Cada povo tem, por conseguinte, a constituição que lhe convém e se lhe adequa (Rph, § 274).

A Constituição, portanto, depende da consciência de cada povo e cada povo tem a sua Constituição, ou seja, a que lhe convém, conforme salienta Hegel. Pensar a Constituição de forma apriorística é cair no formalismo e é justamente isso que Hegel visa superar.

Para os jusnaturalistas contratualistas, o Estado é formado pela união de indivíduos. Hegel discorda disso e afirma que o Estado não pode ser analisado pelo viés atomista, pois o Estado é estamental. A função dos estamentos é fazer a mediação entre o governo e o povo.

Um povo sem estamentos é um povo sem Estado. É mera massa, mera multidão. Os estamentos têm como função impedir “o poder arbitrário do príncipe; [...] defender os interesses particulares junto aos interesses coletivos. Algumas dessas funções são

hoje exercidas pelos sindicatos, pelas associações de bairro, etc.” (WEBER, 2009, p.160-1).

Consideradas como órgãos de mediação, as assembleias de ordem situam-se entre o governo em geral e o povo disperso em círculos e indivíduos diferentes. Delas exige a sua própria finalidade tanto o sentido do Estado, e a dedicação a ele, como o sentido dos interesses dos círculos e dos indivíduos particulares. Simultaneamente significa tal situação uma comum mediação com o poder governamental organizado de modo a que o poder do príncipe não apareça como extremamente isolado nem, por conseguinte, como simples domínio ou arbitrariedade, e assim que não se isolem os interesses particulares das comunas, das corporações e dos indivíduos. Graças a essa mediação, os indivíduos não se apresentam perante o Estado como uma massa informe, uma opinião e uma vontade inorgânica, poderes maciços em face de um Estado orgânico (Rph, § 302).

Portanto, a Constituição de um Estado é a unificação de uma sociedade dividida em grupos com interesses diversos. Segundo Bobbio, isso denota o não liberalismo hegeliano, pois “o Estado liberal pretendia eliminar os grupos intermediários, o de Hegel os incorpora e tenta compô-los numa unidade superior” (1991b, p. 101).

A Constituição não sofre grandes mudanças, mas apenas adaptações. Cada povo, com seu espírito, têm a sua Constituição. Não é possível receber uma Constituição pronta de fora. Os espanhóis, por exemplo, recusaram a Constituição oferecida por Napoleão a eles, por achá-la estranha à sua cultura.

Cada povo tem o seu espírito, a sua cultura. Não é possível criar um critério *a priori* como o imperativo categórico que sirva como procedimento para o direito e para a justiça. Em Hegel, há uma unidade do ético com o político; em Kant, não. “Em Hegel, o Estado é o detentor da substancialidade ética. Em Kant, as normas jurídicas são insuficientes, para realizar as exigências do imperativo categórico. Agir de acordo com as leis do Estado é insuficiente para agir moralmente” (WEBER, 2009, p. 158-9). Como pensar uma revolução constitucional? Segundo Hegel,

a constituição incorpora ideais que necessariamente transcendem os limites e as imperfeições de suas cláusulas particulares. Esses ideais – que visam incluir mais pessoas na vida civil e democrática e expandir (e aprofundar) nossa liberdade e nossa igualdade – estão implícitos desde o início junto com a tradição que prepara e segue a adoção da constituição, mas eram interpretados de maneira estreita. A jurisprudência constitucional e a legislação ordinária normalmente são orientadas para preservar a coerência do sistema jurídico, sem pôr em questão esses ideais. Com o tempo, todavia, a jurisprudência constitucional normal decompõe-se como resultado do desencontro entre o ideal constitucional e a realidade constitucional. A crise constitucional resultante reclama um questionamento mais radical dos ideais constitucionais que pode levar, com o tempo, à adoção de um paradigma constitucional ou um esquema interpretativo inteiramente novos. Nos termos

de Hegel, os velhos ideais constitucionais são simultaneamente preservados, suprimidos e elevados a um plano superior (INGRAM, 2010, p. 108).

Para que haja uma estabilidade nas leis é necessário que o direito individual (privado) seja reconhecido por todos. “Não compete ao livre-arbítrio da subjetividade do indivíduo violar o que está por lei estipulado. [...] O crime não é mais apenas uma violação da liberdade de outrem, mas do universal *efetivamente* reconhecido por todos” (ROSENFELD, 1995, p. 201). A atomização de atos particulares não compromete mais o conceito da eticidade. A solidariedade faz parte de uma sociedade unida e coesa.

Cada época e cada lugar têm a sua cultura. É no Estado que há a efetivação da liberdade concreta. Isso se traduz pela conexão existente entre a universalidade do Estado e a particularidade dos indivíduos. Hegel não aceita uma forma estatal que se impõe autoritariamente sobre os indivíduos. Ele defende, contudo, um Estado que salvaguarda a liberdade. “A identidade substancial entre o Estado como fim supremo (*Endzweck*) universal e os interesses particulares dos indivíduos manifesta-se politicamente em um sistema de direitos e deveres” (ROSENFELD, 1995, p. 233). A culminação do processo do desenvolvimento do conceito ocorre no Estado. Portanto, o Estado é a Ideia plena da liberdade. As relações humanas são substanciais e não contratuais.

O pensamento hegeliano acerca da família, da sociedade civil e do Estado tem suas bases na concepção aristotélica de *pólis*. “O todo não é um conjunto de indivíduos isolados numa relação negativa de mútua exclusão, pois se trata, essencialmente, de uma relação orgânica em que cada membro cumpre uma função determinada” (ROSENFELD, 1995, p. 235-6). Agnes Heller destaca que Hegel foi o último suspiro da concepção ético-política de justiça que surgiu com Aristóteles (cf. 1998, p. 127).

Hegel possui uma concepção ética do jurídico. Ele não aceita um mero formalismo. Conforme Bourgeois, “Hegel afasta ainda mais o ato da justiça da afirmação propriamente jurídica do direito” (2004, p. 49). O direito, assim, está além do formalismo jurídico. Segundo Heller, “Hegel queria realizar a preservação e o reforço de um completo conceito ético-político de justiça, que tanto é adequado à modernidade como ainda apoiado na realidade” (1998, p. 128).

O direito, em Hegel, está vinculado com a liberdade e com o justo. A liberdade só se concretiza na sociedade onde o justo impera. O reconhecimento do direito objetivo ocorre na lei, no direito positivo. Através dele a justiça se materializa. “É [...] o próprio domínio do relativo, a cultura, que dá existência ao direito. O direito é, então, algo de

conhecido e reconhecido, e querido universalmente, e adquire a sua validade e realidade objetiva pela mediação desse saber e desse querer” (Rph, § 209). A justiça, para Hegel, é a justiça ético-política. Ela ocorre por meio das medições culturais transformando-se historicamente.

O Estado concretiza-se através de uma Constituição. Essa é formada por um sistema de Constituições. “A razão desenvolvida e realizada no particular [...] é a base segura do Estado bem como da confiança e dos sentimentos cívicos dos indivíduos” (Rph, § 265). Para Hegel, “o Estado é uma união e não uma associação, um organismo vivo e não um produto artificial, uma totalidade e não um agregado, um todo superior e anterior as suas partes, e não uma soma de partes independentes entre si” (BOBBIO, 1991b, p. 98).

Os indivíduos que são responsáveis por cargos públicos, exercem-nos porque há um reconhecimento por parte dos cidadãos desta capacidade. Eles devem realizar o que é do interesse de todos e os cidadãos devem ter a sua disposição a possibilidade de examinar a vida pública.

Hegel não aceita nem a teoria positivista nem as teorias formalistas idealistas acerca do direito. Ambas as teorias não valorizam o aspecto histórico, em que o direito faz parte. “O positivismo considera o direito simplesmente como uma instituição coercitiva, objetiva, separada da vida espiritual interna dos sujeitos morais que valorizam suas liberdades” (INGRAM, 2010, p. 50). Já o idealismo “considera o direito como uma ideia da razão e um ideal de liberdade, separado das realidades institucionais objetivas” (INGRAM, 2010, p. 50).

Justamente por isso, Hegel critica o formalismo jurídico da teoria kantiana. Segundo Kant, as leis visam à universalidade e não admitem exceções. Querer que um princípio seja válido para todos, mas querer também exceções para si mesmo é cair em contradição. O critério kantiano é a não contradição entre a lei universal e a máxima. Hegel discorda de Kant. As leis devem sim admitir circunstâncias excepcionais.

Uma explicação estritamente formal do direito natural negligencia, pois, “a pluralidade do direito”. [...] Hegel concorda com Kant que a unidade racional deve estar na base dessa pluralidade. Mas a unidade que tem em mente é antes dialética que formal: vê as funções jurídicas diferenciadas como mutuamente complementares de um modo não redutivo. A relação entre moralidade e juridicidade é vista também desta maneira. A grande inovação de Hegel foi mostrar que moralidade e juridicidade estão efetivamente vinculadas conceitualmente na prática cotidiana, ainda que possam ser analiticamente distintas na teoria abstrata. Concebida abstratamente, a moralidade designa deveres que nos impomos livremente, ao passo que o

direito designa direitos e deveres que nos são impostos, frequentemente contra nossa vontade. Portanto, a moralidade e a juridicidade podem colidir. No entanto, concedida praticamente, não podemos imaginar as pessoas exercendo a liberdade moral fora de um quadro jurídico. Ao limitar nossa liberdade de infringir a liberdade de outros, o direito torna possível uma esfera geral de ação livre, na qual a escolha moral se torna primeiramente possível. E desse modo nossas escolhas morais “subjetivas” são “determinadas” e “realizadas concretamente” por leis objetivas. [...] O inverso também é verdadeiro o direito depende da moralidade (INGRAM, 2010, p. 51).

Desta maneira, a moralidade e a juridicidade estão vinculadas na prática cotidiana. Assim como a moralidade depende do direito, o direito depende da moralidade. Essa é a compreensão dialética do direito. “A obrigação jurídica, separada de qualquer reconhecimento livre do valor moral do direito, torna-se indiscernível da força arbitrária – a verdadeira antítese do estado de direito” (INGRAM, 2010, p. 51).

A Constituição tratada por Hegel (não formal, não normativa e não valorativa), por ser a organização política do Estado, está necessariamente presente em todos os povos. O único caso que Hegel considera que não há Constituição é no despotismo teocrático oriental, pois nesse sistema político não há categorias, classes independentes e nem mesmo indivíduos. Há somente um poder exercido de cima para baixo. As classes são a base de um Estado político. Mas, para um Estado patriarcal, caracterizado apenas pela sociedade familiar, em que o chefe da família decide tudo, o Estado não possui classes.

Portanto, não tendo classes é impossível falar de uma Constituição orgânica, pois para haver Constituição deve-se ter uma sociedade dividida em classes. A passagem da sociedade civil para o Estado ocorre justamente devido a presença de uma Constituição nos moldes hegelianos. Assim, sem sociedade civil é impossível falar em Constituição e Estado.

O conteúdo de leis pode ser irracional. Mas até mesmo quando leis não são irracionais, é-lhes frequentemente necessário decidir sobre pontos de detalhe de uma forma arbitrária: a proibição e punição de roubo é racionalmente justificável mas uma pena de, digamos, dez anos de prisão, em vez de nove ou onze, não o é. Dizer que uma lei é ‘positiva’ pode, assim, significar três coisas: que a lei (a) contraria a razão e é, portanto, uma lei ruim; (b) racional e justificavelmente estabelece uma regra que não é racionalmente justificável; ou (c) embora racionalmente justificável e promulgando uma regra racionalmente justificável é, não obstante, uma lei imposta por uma autoridade. Mas as leis não são simplesmente uma imposição externa: a obediência como tal é uma fase essencial na formação do caráter de uma pessoa, e obedecer à lei é submeter-se ao que é, em virtude de sua universalidade, uma expressão da própria racionalidade e vontade essencial da pessoa. Assim, Hegel prefere uma ordem jurídica a uma ordem meramente

consuetudinária, não só porque ela regula mais efetivamente a nossa conduta, mas porque nos eleva a um nível superior de autoconsciência (INWOOD, 1997, p. 203-4).

A Constituição defendida por Hegel não é formal nem escrita; ela representa o “espírito do povo”. Com isso, Hegel visa superar o formalismo constitucional. “O espírito do povo e o espírito do tempo não marcham necessariamente no mesmo ritmo, de modo que um povo pode estar atrasado em relação ao próprio tempo” (BOBBIO, 1991b, p. 10).

A teoria hegeliana da Constituição, diante deste cenário da mundialização, com seus desafios e propostas, prioriza os elementos da identidade constitucional como uma garantia e condição de reconhecimento mundial. Ou seja, o Estado que estiver bem resolvido constitucionalmente poderá fazer uma inserção soberana e autônoma neste atual estágio de correlação de forças, tanto em nível regional como mundial (BAVARESCO; SCHMIDT, CHRISTINO; 2007, p. 51).

O jurídico fundamenta-se no ético. A Constituição hegeliana é ético-política. O Estado tem a tarefa de garantir o direito positivo e as suas leis, porém a constituição não é uma instância ético-política garantida pelo Estado, mas pelo “espírito do povo”. “Os acontecimentos históricos, como momentos em que se têm de cumprir as tríades dialéticas, constituem o devir histórico. E o sujeito desse devir se chama espírito” (FLÓREZ 1983, p. 175). Conforme Bobbio, “boa Constituição é aquela que, mesmo sendo dada *a priori*, mesmo não contradizendo ou não forçando o espírito de um povo, se adapta pouco a pouco, ou até imediatamente, se for necessário, ao espírito do tempo” (1991b, p. 108).

### **3.3 O tribunal da história como critério de justiça não formal**

Existe liberdade? Ou tudo está previamente determinado? É possível falar que o futuro depende das escolhas feitas no presente? É possível conciliar, na eticidade, liberdades individuais com a vontade coletiva? Dentro da coletividade há espaço para o livre-arbítrio?

A teoria kantiana trata de princípios morais universais válidos aprioristicamente e isso é uma indeterminação abstrata. O princípio é o imperativo categórico e esse é formal, havendo, assim, um dualismo entre forma e conteúdo. Já o critério hegeliano é o

“espírito do povo” e o “espírito do mundo” (tribunal da história). Para Hegel, não há um dualismo entre forma e conteúdo, mas um monismo. A organização constitucional do Estado ocorre por meio da articulação de interesses privados e interesses públicos. O “espírito do povo” (*Volksgeist*) e o “espírito do tempo” (*Zeitgeist*) são centrais para a compreensão da história na filosofia de Hegel.

Não pode haver uma efetivação plena do conceito, pois senão o movimento pararia. Todavia, Hegel apresenta uma instância superior, a saber, a história. A história entendida como a realização da liberdade remete a impossibilidade da eliminação total das contradições. Assim, a obra *Princípios da Filosofia do Direito* remete à outra obra de Hegel intitulada *Lições sobre a Filosofia da História*.

Hegel, ao analisar a história, condena tanto a historiografia, que se atem apenas aos fenômenos, quanto o pensamento abstrato, que visa construir a história universal aprioristicamente. É através da filosofia que a racionalidade histórica é decifrada<sup>27</sup>.

A filosofia é idêntica ao espírito da época em que aparece; a filosofia não está além do seu tempo, é somente a consciência do substancial do seu tempo, ou o saber pensante do que existe no tempo. Da mesma maneira, nenhum indivíduo pode estar além do seu tempo; o indivíduo é filho de sua época; o essencial da época é sua própria essência; o indivíduo manifesta-se somente numa determinada forma. Ninguém pode sair do substancial de sua época, assim como ninguém pode sair de sua própria pele. Por conseguinte, numa consideração essencial, a filosofia não pode saltar seu próprio tempo. (HEGEL, 1983, p. 84).

A liberdade não tem sua plena efetivação na filosofia jurídica e política hegeliana<sup>28</sup>. Por isso, o processo dialético não termina na teoria do Estado, pois há o

<sup>27</sup> A filosofia da história busca captar, filosoficamente, o sentido da história. Em Hegel, “encontram-se duas teses sobre o início da história: a circular, que corresponde ao período da juventude, e a retilínea, que corresponde ao período da maturidade. Se à primeira corresponde a tese do fim da história, da repetição da perfeição, à segunda corresponderá a afirmação de um progresso eterno, imperturbável, mas, simultaneamente, imprevisível. A humanidade passou por quatro etapas – cada povo percorre o caminho que o espírito lhe indica: a infância é o Oriente e o despotismo oriental; a juventude é o mundo grego; a idade viril chega com o Império Romano; o Império Germânico – o mundo cristão – corresponde à velhice, não no sentido biológico, porque essa é fraqueza, mas a velhice do espírito é a sua maturidade perfeita”. [...] Na *Fenomenologia do Espírito* (1807), Hegel defende a tese de que a história começa na Grécia e não no Oriente. Esta tese corresponde ao período da juventude. Porém, em 1817, na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, defende que a história começa no Oriente, correspondendo esta tese à maturidade. Na primeira tese, o desenvolvimento histórico é visto como circular e trágico e não como progresso retilíneo em que se verifica o aumento quantitativo da liberdade. Na segunda tese, a marcha da história surge como progresso retilíneo da consciência da liberdade e da sua realização através dos quatro mundos sucessivos do espírito” (FERRO & TAVARES, 1995, p. 43-4).

<sup>28</sup> “O conceito da vontade livre não é simplesmente o de uma vontade que quer tudo aquilo que deseja, seja o que for. Tampouco é uma vontade livre a vontade que simplesmente adota quaisquer desejos e impulsos que porventura tenha. Hegel segue Kant nesse ponto. Não é surpreendente, pois, que o conceito de uma vontade livre seja o de uma vontade que quer o que é próprio a uma vontade livre. Assim, como vontade livre, a vontade deve ser autodeterminada e não determinada pelo que lhe é externo. [...] A

tribunal da história. Os conceitos *liberdade*, *contingência*, *história* e *Estado* estão interligados na filosofia hegeliana. Assim, assume-se que há contingência<sup>29</sup> em sua filosofia sistemática, pois sem a mesma não poder-se-ia falar em liberdade.

Liberdade em Hegel significa dar a si mesmo as suas determinações, autodeterminar-se de modo totalmente independente. ‘Liberdade realizada’ significa que a vontade se autodetermina de modo plenamente livre, auto-suficiente. A pergunta é: como a vontade se determina? Sabemos que em Hegel determinar é negar. A resposta à pergunta passa pelo exame do conceito responsável pela negação-determinação (LUFT, 1995, p. 155).

Como ocorre a mediação entre a particularidade contingente e a universalidade necessária? É possível verificar um fio condutor imanente na história? O fio condutor da história é a razão universal. Conforme Weber (1993), há duas leituras possíveis sobre a relação entre necessidade e contingência em Hegel. A primeira leitura é conhecida como a leitura do Hegel clássico (leitura da necessidade<sup>30</sup>) e essa defende que não há

---

vontade livre quer a si mesma como vontade livre, primeiramente, quando quer um sistema de instituições políticas e sociais em cujo interior possa ser livre. Mas isso não é suficiente. A vontade livre quer a si mesma como vontade livre quando, em segundo lugar, ao querer os fins dessa instituição, torna seus esses fins; e, em terceiro lugar, quando, com isso, quer um sistema de instituições no interior do qual é *educada* para o conceito de si mesma como uma vontade livre por vários traços públicos da organização dessas instituições, traços que exibem o conceito de uma vontade livre (ou da liberdade). Notem a importância da educação (*Bildung*). Temos que ter em mente que Hegel não está falando de vontades individuais como tais; não está falando sobre a sua vontade e a minha. Está falando sobre o *conceito* da vontade livre. Esse conceito é um aspecto do *Geist* e se realiza no mundo ao longo da história humana, onde toma, de uma época à outra, uma forma mais apropriada para a expressão da liberdade da vontade. Para Hegel, um sistema de direito é um reino de liberdade tornado real”. (RAWLS, 2005, p. 385-6-7).

<sup>29</sup> “O que de fato é, podia não ser. Poder-ser, como poder-não ser ou poder-ser assim, como poder-ser diferente, implica várias possibilidades” (WEBER, 1993, p. 38).

<sup>30</sup> A primeira leitura (leitura da necessidade) considera que a contingência está totalmente interiorizada na necessidade absoluta. Se o Estado prussiano tivesse alcançado esse estágio, de Estado absoluto, a história teria finalizado. Há uma necessidade interna na história. Essa necessidade é chamada de razão, de absoluto presente nas coisas mesmas. A razão governa o mundo. Eliminando o contingente (necessidade externa), alcança-se o sentido da história e a sua necessidade inerente. Não é simples alcançar essa necessidade; é preciso “buscá-la, para descobri-la” (D’HONDT, 1966, p. 196). A necessidade é representada na obra *Princípios da Filosofia do Direito* pelo Estado e na *Filosofia da História* pela razão universal que governa o mundo. “Se o resultado é necessário é porque o ponto de partida e o desenvolvimento também o são. Logo, tudo é necessário. Por isso, a liberdade acaba sendo o engendramento na necessidade. Quer dizer, a gradativa eliminação da contingência é a condição de possibilidade de uma razão necessária governar o mundo. Vale dizer que o mundo não é governado por causas exteriores contingentes, mas é desenvolvimento necessário do espírito. É a retomada, embora em outros moldes [...], da convicção do cristianismo, segundo a qual há uma Providência divina que rege a história” (WEBER, 1993, p. 178). “Hegel está convicto de que há um ‘fim último’, na história, e que fundamenta a própria história. Trata-se de um fim último conceitual e que vai se concretizando nas determinações históricas. Há um direcionamento e uma orientação, no seu desenvolvimento, uma vez que a razão rege o mundo. Completa-se, assim, a ideia de sistema, e Hegel. A razão como ponto de partida e a razão como ponto de chegada. A determinação dela é o processo histórico. A história é obra da razão. Por isso, pode-se falar numa ordem lógica de suas determinações” (WEBER, 1993, p. 190). Essa leitura defende um fim último na história. É possível conhecê-lo a partir de sua necessidade. Destarte, o acaso está fora da história ou no máximo o acaso é uma contingência externa. A contingência desaparece gradativamente e tudo fica necessário. O que era o contingente se torna parte do necessário. Na medida

contingência. Já a segunda leitura (leitura da contingência) defende que há sim contingência na teoria da história e no sistema hegeliano. E é essa segunda leitura que a presente tese defende.

A leitura da contingência afirma que na síntese há tanto a necessidade quanto a contingência. A contradição continua existindo e não está eliminada. A história ainda está em seu itinerário. Ela não terminou. No absoluto, além da necessidade, há também a contingência. “O absoluto está sempre sendo, ou seja, está se absolutizando, em cada um dos graus ou níveis de conscientização e desdobramento. Esse é o seu processo de determinação. O universal só é enquanto se concretiza no particular” (WEBER, 1993, p. 234-5).

O exemplo citado por Hegel, do Estado prussiano, que é o Estado que melhor atingiu o nível de liberdade, tanto Ramiro Flórez quanto Eric Weil sustentam que esse Estado atingiu a consciência da liberdade e não a sua concretização plena. “Hegel acreditou que, em seu tempo, se havia chegado ao menos à plenitude da tomada de consciência; mas a lógica hegeliana da história [...] exige que a história continue, isto é, que seja efetiva a libertação” (FLÓREZ, 1983, p. 263).

A leitura da contingência defende que há um equilíbrio entre o necessário e o contingente. Mas como ocorre essa mediação? Para defender isso é preciso ler Hegel a partir de um “sistema aberto”. Essa leitura é uma tentativa de reconstrução do sistema, não assumindo uma postura necessária. “O dialético Hegel não pode conceber uma negação absoluta da contingência” (D’HONDT, 1966, p. 207). Estando no início, a contingência estará também no resultado. A necessidade e a contingência são momentos constitutivos da razão e da história. A liberdade, destarte, está salva. A atuação livre do indivíduo é permitida pela “astúcia da razão”.

A contingência se põe [...] desde o ponto de partida na forma de ato finito. O ato de dizer o ser como vazio já é mais rico do que o ser (= nada) que é dito (o conteúdo) como totalmente vazio; logo, o ato já não é igual ao conteúdo. [...] O ato que diz o vazio não pode ser ele próprio vazio. [...] Como o ato é um ato finito, a contingência está superada e guardada na síntese. Dessa forma, o sistema não fica necessário, já que a contingência está também superada e guardada na síntese. [...] A contingência acompanha todo o processo (WEBER, 1993, p. 35-6).

---

em que as condições externas são integradas nas condições internas, elas deixam de ser contingentes. Essa leitura necessária do sistema hegeliano está equivocada. Segundo ela, há um fundamento último. Porém, esse fundamento é a própria totalidade se manifestado, mas ao se manifestar, ela deixa de ser o fundamento.

Necessidade e contingência são momentos dialéticos e ambos estão presentes na síntese participando no processo da realização da liberdade na história. O homem, destarte, não é mero expectador da história, mas co-autor. A liberdade não desaparece na necessidade do sistema hegeliano. Na síntese há tanto liberdade quanto contingência e ambas estão “superadas e guardadas em iguais proporções” (cf. WEBER, 1993). Para Ilting,

assim resulta como núcleo da filosofia política hegeliana a concepção de um Estado, expresso nesta discussão – que o universal com o particular, substancialidade e subjetividade, desta maneira são conjuntamente unificados, que os dois chegam à validade e conjuntamente se completam (ILTING in RIEDEL, 1974, p. 68).

A contingência está presente no puro ser, no início do sistema. Sem pressupor isso é impossível falar em contingência e, por conseguinte, em liberdade. A tese é a necessidade; a antítese é a contingência; a síntese é a sobreposição da necessidade sobre a contingência. Se isso ocorre, há um enfraquecimento da contingência e tudo fica necessário. Porém, essa leitura tem falhas, pois tanto a necessidade quanto a contingência estão na síntese em iguais proporções.

Se não houver contingência no início do sistema, no ser, não haverá contingência no meio e nem no fim do processo. Necessidade e contingência são momentos dialéticos, movidos pela contradição do dizer e do conteúdo, sendo que o primeiro é finito e o segundo, infinito. O Absoluto tem contingência em si. Assumindo que na síntese não há a preponderância da necessidade sobre a contingência, pode-se tratar de alternativas e, portanto, de liberdade.

A existência distingue-se do efetivo devido às alternativas; no escopo da existência há muitas alternativas, diferentemente do efetivo, que se caracteriza pela necessidade e não pela contingência. O efetivo, portanto, é o dever ser, o normativo. “O normativo, portanto, não é a existência contingente, mas a existência efetiva” (WEBER, 1993, p. 25-6).

Fundamental é que a contingência se faça presente como momento constitutivo, em todo o processo de desenvolvimento da ideia da liberdade na mesma medida da necessidade. Só assim se poderá falar de efetivação da liberdade. A ideia de haver um fim último na história não pode excluir o momento da contingência, nas suas determinações. Vale dizer que nenhuma concretização pode ser absolutizada, ou seja, tomada como sendo a única possível. Assim, excluir-se-iam outras alternativas e o sistema ficaria absolutamente fechado. Nesse sentido, deve o espírito germânico ser visto

como uma particularidade contingente, sujeita sempre a novas realizações (WEBER, 1993, p. 217).

A necessidade da história não está fechada, mas inclui alternativas. É uma necessidade que está em processo permanente de efetivação. “O Deus de Hegel é um Deus que é ato e potência, transcendência e imanência. É alguém que é, sendo, criando; é a razão na história; a ideia determinando-se” (WEBER, 1993, p. 182). Deus, razão e história, para Hegel, tem o mesmo sentido.

Para compreender a história é necessário entender que a razão é imanente ao mundo e está sempre em processo dialético e jamais está em repouso. “A façanha de Hegel é ter destronado Deus de seu templo olímpico e tê-lo feito coração do mundo [...]. Aqui na terra Deus caminha *dialeticamente*. Que quer dizer isto? Quer dizer que a história é o desenvolvimento do absoluto” (FLÓREZ, 1983, p. 120).

O progresso é representado pela efetivação da ideia da liberdade nas instituições políticas e sociais. Mesmo nos povos que a liberdade se efetiva, há contradições e limitações. Hegel não está tratando de utopias, como as descritas por Morus ou Campanella. Não há formas políticas absolutas. É por meio da liberdade e da racionalidade que as grandes civilizações alcançam o progresso na história. Ser efetivamente livre significa saber que se é livre. Para Lima Vaz,

a universalidade da razão, enquanto razão da história, é, pois, o meio-termo que mediatiza os extremos do sujeito e do mundo, e eis por que a mediação sistemática é a mediação lógica por excelência, o vínculo indefectível do logos unindo a dispersão dos indivíduos e dos tempos (LIMA VAZ in DE BONI, 1996, p. 238).

No Espírito Subjetivo, Hegel destaca que somente há vontade se há pensamento. A liberdade, portanto, se fundamenta no pensamento. Isso significa que a vontade está relacionada à liberdade. A liberdade só se realiza através da vontade humana e essa se origina no espírito (cf. Rph, § 4). O pensamento é essencial para a liberdade. Conforme Taylor, “como a vontade é a expressão prática, real do pensamento, é sua determinação essencial, ser livre” (1983, p. 483).

A vontade - de um indivíduo - somente se determina quando ela decide. Ao fazer isso, ela limita-se. Se não há decisão, essa vontade não é real. A forma dela é infinita; o seu conteúdo, porém, é finito. A cisão entre forma e conteúdo não é possível. A liberdade é o ponto culminante do espírito subjetivo. Ela é pensamento. No espírito objetivo, ela ganha concretização, objetivação.

O espírito que se sabe como livre, e se quer como esse seu objeto – isto é, tem sua essência por determinação e por fim -, é antes de tudo, *em geral*, a vontade racional ou a ideia *em si*, portanto somente o *conceito* do *espírito absoluto*. Enquanto ideia *abstrata*, por sua vez, a ideia só é existente na vontade *imediate*; é o lado do ser-aí da razão, a vontade *singular* como saber daquela sua determinação, que constitui seu conteúdo e fim, do qual ela é apenas atividade formal. A ideia aparece assim só na vontade que é uma vontade finita, mas que é a *atividade* de desenvolvê-la e de pôr seu conteúdo desdobrando-se como ser-aí, que como ser-aí da ideia é efetividade: [é este o] *espírito objetivo* (Enz, § 482).

O critério de justiça em Hegel é o tribunal da história (“espírito do mundo”). Esse critério não é formal. “A justiça [...] é o próprio direito que se efetiva na história” (SALGADO, 1996, p. 27). A história é a exposição do espírito. Sendo que a essência do espírito é a liberdade, a história é a concretização dessa liberdade. “Somente depois de saber-se livre se pode lutar pela mudança de condições, estruturas e contexto real que impede a realização dessa liberdade” (FLÓREZ, 1983, p. 228).

A história tem um princípio que a perpassa. O movimento dialético está presente na história. Tudo está em constantes transformações e nada é estático. Governos são mudados devido à transformação da consciência dos povos. Conforme Flórez (1983, p. 227), a história é a evolução do grau de consciência da liberdade e de sua realização. O espírito, em Hegel, se desenvolve por meio do indivíduo humano, do “espírito do povo” e do espírito universal e ele é essencialmente resultado.

O critério para a divisão da história é a consciência da liberdade. A consciência da liberdade não é a realização da liberdade. Segundo Flórez, “uma coisa é o anúncio, outra é a tomada de consciência e outra é a realização” (1983, p. 263). Os orientais não têm consciência da liberdade. Os gregos adquirem a consciência da liberdade. Os germânicos, além de terem a consciência da liberdade, a realizam.

A história universal é a representação do espírito no esforço de elaborar o conhecimento de que ele é em si mesmo. E, como a semente carrega em si toda a natureza da árvore, o sabor e a forma dos frutos, assim os primeiros traços do espírito já contêm também, virtualmente, toda a história (Vorlesungen, p. 24).

Essa distinção é importante para entender a possibilidade da liberdade na história, pois para existir a realização da liberdade é necessário ter a consciência da liberdade, mas isso não significa que se existir a consciência da liberdade deve-se ter necessariamente a realização da liberdade. Quando Hegel diz que o Estado prussiano é a

melhor forma de espírito absoluto isso significa que o Estado prussiano é o Estado que melhor atingiu o nível de consciência da liberdade entre os Estados empíricos.

O *Geist* só se realiza plenamente no pensamento e na autoconsciência humanos. Assim, a forma do Estado moderno, que expressa em suas instituições políticas e sociais a liberdade das pessoas, não é plenamente efetiva até que seus cidadãos compreendam como e por que são livres nela (RAWLS, 2005, p. 379).

Se Hegel afirmasse que o Estado prussiano chegou a absolutização plena do Conceito, a dialética sucumbiria e a história terminaria, pois não haveria mais movimento. Mas não foi isso que ele disse. O universal concretiza-se no particular. Isso não significa uma estagnação, uma paralisação. O Estado germânico é apenas um exemplo de um Estado histórico que atingiu um nível elevado de conscientização e concretização da liberdade.

Porém, esse Estado não atingiu a substancialidade plena. O conceito nunca se realiza empiricamente de forma definitiva. “O espírito é a verdade, a necessidade e as fases são os espíritos dos povos históricos, as determinações de sua vida ética, de sua constituição, de sua religião, etc.” (WEBER, 1993, p. 201). Os povos diferenciam-se devido os diferentes graus de consciência. E é a partir desse critério que Hegel divide a história. Conforme Inwood, a história do mundo “deve a sua inclusão em *Recht* em parte ao fato de que, [...] o ‘tribunal de julgamento do mundo’, o ‘espírito do mundo’, exerce o seu direito, ‘o mais alto de todos os direitos’, sobre os espíritos nacionais finitos (*Volksgeiste*)” (1997, p. 105). Esse tribunal, esse critério é concreto, histórico e não formal.

No Estado, ocorre a efetivação completa da liberdade. “O Estado é a realidade em ato da Ideia moral objetiva” (Phd, § 257). É a própria liberdade realizada enquanto ideia. A família e a corporação, sem o Estado que as sustentam não se justificam. O Estado é a condição de possibilidade da mediação da liberdade. Hegel, no Estado, faz uma fundamentação ética do político e da constituição através do conceito do “espírito do povo”.

O Estado é a substancialidade ética enquanto organismo político, enquanto instância última da organização política. Porém, ele não é a última instância de julgamento, de decisão, de determinação das instituições sociais, pois há um tribunal da história. Como se dá a relação entre o substancial e o direito da liberdade individual? Como se dá a unidade na diversidade? Segundo Hegel,

É o Estado a realidade em ato da liberdade concreta. Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim (Phd, § 260).

Há, portanto, o reconhecimento do direito, por um lado, e por outro lado, o reconhecimento da vontade substancial. No Estado, há o equilíbrio entre o substancial e o particular. O dever somente é um dever para o cidadão, se ao mesmo tempo ele for um direito. Há, assim, a conciliação entre os interesses particulares e os coletivos. No Estado, portanto, há a concretização dos interesses particulares na universalidade. “Quem considera um conjunto de indivíduos singulares, não ordenados em estamentos, jamais chegará, segundo Hegel, ao conceito de Estado” (BOBBIO, 1991b, p. 99).

É por meio de estamentos e corporações que os cidadãos participam na esfera estatal. A busca é o equilíbrio entre o particular e o universal, entre os direitos e deveres. Isso só é possível na esfera estatal. O Estado simboliza a efetivação da liberdade. Em relação ao direito abstrato, o Estado protege o direito das pessoas. Em relação à moralidade subjetiva, o Estado não interfere, pois isso não faz parte de suas atribuições. O Estado é similar à família. Não no aspecto do amor e do sentimento, pois no Estado o sentimento desaparece, e nem pela força, mas pelo sentimento de ordem. Isso simboliza o patriotismo.

Conforme Inwood, “o direito entre estados assume a forma de tratados e de direito internacional [...] que se baseia mais no costume do que na autoridade central, e tem por objetivo mitigar a conduta da guerra e possibilitar a restauração da paz” (1997, p. 125). Portanto, o *ethos*, os costumes, a história e a liberdade mediada nas instituições sociais são centrais ao se tratar de uma teoria da justiça não formal, nos moldes hegelianos.

A história é a evolução da consciência e da realização da liberdade. Além da liberdade substancial, há também a liberdade subjetiva. A primeira é a idealidade e a segunda é a realidade imediata. Quando a liberdade substancial se mediatiza, ela se torna particular. Claro que a particularidade e a universalidade não existem se uma delas estiver faltando.

A história começa como imediata e vai se concretizando até atingir a substancialidade plena da liberdade. Portanto, tem-se aqui a trajetória da liberdade subjetiva e contingente para a liberdade substancial e necessária. Esse é o grau de

consciência da liberdade. Assim, é possível saber a posição de um determinado povo dentro da história a partir desse critério. Quanto maior for o nível de consciência da liberdade, maior é a possibilidade da efetivação do ideal.

O melhor Estado é o Estado mais livre. E somente é livre quem obedece à lei. “A liberdade é a lei, enquanto que a lei é racional, enquanto ela exprime o conteúdo da vontade individual racional” (WEIL, 1985, p. 51). Então, sendo o racional necessário e defendendo que somos livres apenas quando obedecemos às leis, qual é o papel do homem na história?

A verdadeira liberdade requer a co-autoria do homem, no transcurso e na determinação do sentido da história. O caminho a ser trilhado pelo homem não pode estar previamente determinado, mas deve incluir também a sua livre escolha e participação. Dessa forma, o sentido da história será dado pela ação humana. Assim, relativiza-se a ideia de destino e de fim último necessário. Repõe-se a responsabilidade dos atos no agente e torna-se, o homem, condutor do rumo da história (WEBER, 1993, P. 215-6).

O fim último, inicialmente, está apenas no nosso pensamento. Por meio da atividade do homem - e de suas paixões - no mundo é que ocorre a realização do conceito no mundo. Há um critério de avaliação para as ações do homem? Hegel responde afirmando que o critério é o fim universal, é o coletivo. “O homem é livre, quando, nas suas ações contingentes, refletir o universal e necessário” (WEBER, 1993, p. 220).

O universal só pode se concretizar via o particular e o particular são as paixões dos homens. Os “grandes homens” da história conseguiram que seus interesses pessoais fossem direcionados para o fim geral, mas é muito difícil atingir essa meta plenamente. Esses são os realizadores do espírito universal. A história avança por meio deles. “O espírito individual que encarna em si o espírito do povo é *Herói*. Da consciência do herói brota e irrompe o âmago dinâmico da História. [...] O homem, como tal, é assim e por sua vez, pai e filho da História” (FLÓREZ, 1983, p. 211).

Nada de grande acontece no mundo sem paixão. São dois momentos que intervêm em nosso objeto: o primeiro é a ideia, o segundo, as paixões humanas; um é a urdidura do tecido, o outro, a trama do grande tapete da história universal que se desenrola perante nós. O centro concreto de ambos é a liberdade moral e o Estado (Vorlesungen, p. 28).

Algumas das grandes revoluções somente foram possíveis porque, antes delas, houve as revoluções silenciosas. Os seus contemporâneos nem as perceberam. “É o

desconhecimento de tais transformações internas, no corpo social, na vida e nos costumes, que depois torna surpreendentes as revoluções que eclodem aparentemente de forma brusca no palco do mundo” (HYPPOLITE, 1995, p. 29).

Nos momentos de mudanças, a figura do herói, do grande homem (e não do povo) é imprescindível. Somente ele é capaz de visualizar o futuro das mudanças, “de tornar possível e acelerar o processo de adequação do próprio povo à maturidade dos tempos” (BOBBIO, 1991b, p. 10).

Não é inevitável que aquilo que corresponde ao espírito do povo corresponda ao espírito do tempo, e vice-versa, tanto que em determinados períodos, isto é, nos períodos de crise, de grandes transformações, de aceleração histórica [...]. A adequação do espírito do tempo precede e de algum modo força a mudança do espírito do povo. Em resumo, se poderia dizer que na interpretação da história o espírito do povo representa o princípio da continuidade, o espírito do tempo representa o princípio da mudança (BOBBIO, 1991b, p. 107-8).

Assim, o “espírito do povo” representa a continuidade e o “espírito do mundo”, a mudança. Portanto, Hegel não defende Estados totalitários, Estados que se constituem a partir da vontade de um soberano. O critério de justiça em Hegel é o “espírito do mundo” (tribunal da história). “A história não está feita, deve sempre ser ‘reposta’. Cada povo foi (ou é) portador (ou produtor) de um princípio da liberdade” (ROSENFELD, 1995, p. 276).

O “espírito do povo” é caracterizado pela autoconsciência do povo e é o resultado da cultura, da religião, da política e da economia; representa, assim, a vida ética de um povo. O “espírito do mundo” caracteriza o Espírito universal. Esse é resultante “do desenvolvimento global da História da humanidade numa sucessão de épocas, contextos históricos e totalidades éticas acumuladas ao longo do tempo e que aparecem dialeticamente qualificados no Espírito universal” (WOHLFART, 2008, p. 175). Conforme Hegel, “enquanto espírito limitado, sua autonomia é algo subordinado; ele passa para a *história mundial* universal, cujos acontecimentos são representados pela dialética dos espíritos particulares dos povos, pelo *tribunal do mundo*” (Enz, § 548). O “tribunal do mundo” compreende todos os Estados de uma determinada época. A liberdade adquire uma existência objetiva no Estado. Somente é livre a vontade que obedece à lei. Essa liberdade não é abstrata.

O fato de os Estados se acharem expostos às contingências do seu processo de realização requer um arbítrio que se situe além deles – o tribunal da história. É ela que, a longo prazo, emitirá um juízo de valor sobre os Estados

historicamente existentes, a partir do desenvolvimento atingido (WEBER, 1993, p. 13).

Hegel supera Kant, pois enquanto Kant se preocupa apenas com as bases subjetivas da liberdade, Hegel “mostrará o caminho da liberdade e sua presença no objetivo” (VALCÁRCEL, 1988, p. 281). A liberdade é querer o universal. Agir segundo o livre-arbítrio significa uma falta de liberdade. Poder escolher entre várias possibilidades é ter arbítrio.

Mas esse arbítrio é determinado pela mera contingência e não pela vontade. A história não é um mero amontoado de fatos. Ela é o espaço em que a liberdade aparece. A liberdade aparece no interior do direito positivo, histórico e empírico e lhe é o critério do direito justo.

O espírito, ao desenvolver-se até chegar a ser idêntico a si mesmo, é a história universal. A história universal, como a história de cada indivíduo, é a luta por alcançar o espírito sua própria identidade, por chegar a ser mesmidade. Quando a história realiza sua meta, o espírito já não se determina por nada alheio a si mesmo, e é, por conseguinte, *liberdade* (FLÓREZ, 1983, p. 194).

A concretização da liberdade<sup>31</sup> nas instituições sociais não permite “absolutização de nenhuma das concretizações possíveis. Qualquer estrutura, lei ou organização, não é tão perfeita e necessária que não merece ser aperfeiçoada, nem pode ser tão contingente que não exija um mínimo de necessidade” (WEBER, 1993, p. 243).

---

<sup>31</sup> Ao tratar da liberdade, é relevante destacar também a problemática acerca do *tempo*. O conceito *tempo* está entre o temporal e a eternidade. “Sem a palavra, a eternidade não estaria representada no tempo, e por isso não seria acessível ao homem. E, sem a eternidade, a palavra não teria sentido e não elevaria o homem acima do tempo e da mudança; não haveria verdade para o homem” (KOJÈVE, 2002, p. 324). O conceito se dá no tempo. “O conceito é eterno, mas refere-se ao tempo. Se o conceito é eterno, há no homem algo que o coloca fora do tempo: é a liberdade, ou seja, ‘Eu transcendental’ considerado como ‘razão prática’ ou ‘vontade pura’. Se há relação do conceito com o tempo, há também aplicação da ‘vontade pura’ à realidade temporal. Mas, na medida em que há conceito *a priori* (o que no caso significa ato de liberdade), a relação com o tempo efetua-se ‘antes’ do tempo. O ato de liberdade, embora se refira ao tempo, está fora do tempo” (KOJÈVE, 2002, p. 343). Sem historicidade e tempo não há liberdade efetivada. Assim, a crítica de Hegel ao formalismo de Kant serve também para a análise do tempo, pois a liberdade não pode ser entendida a partir do apriorismo, mas a partir da historicidade. Conforme Kojève, “[...] só há movimento histórico onde o presente se organiza em função do futuro, e com a condição de que o futuro penetre no presente não de maneira imediata (*unmittelbar*, que é o caso da utopia), mas mediatizado (*vermittelt*) pelo passado, isto é, por uma ação já realizada” (2002, p. 350). Outro ponto a ser destacado é o seguinte: “[...] liberdade = ação = negatividade. A ação é independente do real dado, já que ela o nega. Mas, ao se realizar, ela cria algo de essencialmente novo em relação a esse dado. A liberdade só se mantém no real, só dura realmente, se criar perpetuamente o novo a partir do dado. Ora, a evolução verdadeiramente criadora, isto é, a materialização de um futuro que não é o simples prolongamento do passado pelo presente, chama-se história: liberdade = negatividade = ação = história. [...] Explicar a história é, portanto, explicar o homem como um ser livre e histórico. [...] um Ser que permanece ele mesmo mas sem permanecer o mesmo” (KOJÈVE, 2002, p. 453).

Os princípios não são *a priori* e oriundos da razão, mas surgem a partir do “espírito do povo”.

Na passagem do Estado político interno para o Direito Internacional e para a História Universal, Hegel ressalta:

Por isso os seus destinos, os seus atos nas recíprocas relações constituem a manifestação fenomênica da dialética destes espíritos enquanto finitos. É em tal dialética que se produz o espírito universal, o espírito do mundo enquanto ilimitado, e é ele que exerce, ao mesmo tempo, sobre esses espíritos o seu direito (que é o direito supremo) na história do mundo como tribunal do mundo (Rph, § 340).

Com essa passagem, Hegel não trata apenas de um Estado com as suas características, mas de um conjunto de Estados. Assim, os problemas globais de uma época fazem parte da História Universal. A passagem que ocorre do “Estado na História compreende o desenvolvimento linear das civilizações que se sucederam ao longo do tempo histórico e o desenvolvimento horizontal da sociedade planetária ocupada por tantos povos e culturas” (WOHLFART, 2008, p. 178). A História Universal apresenta um nível de universalidade superior aos Estados particulares. Dentro do Estado, o sujeito é um cidadão livre; na História Universal, o sujeito é um ser universal.

O primeiro momento deste desenvolvimento é dado pela substancialidade ética dos Estados, constituídos a partir de sua autonomia interna e especificidade cultural, enquanto se diferencia negativamente de outros Estados. O segundo momento deste desenvolvimento é dado pela estrutura universal do reconhecimento ético entre os Estados, quando a substancialidade ética de um povo é efetivada pela capacidade do mesmo em reconhecer a liberdade e a autonomia dos outros Estados. Trata-se de uma totalidade ética universal, formada por uma multiplicidade de Estados que substitui dialeticamente a abstração de um Estado cosmopolita universal como queria Kant (WOHLFART, 2008, p. 174).

A História Universal não é um destino cego, que elimina a liberdade, mas é racional. Em suas palavras,

Não se pense, porém, que a história universal é o simples juízo da força, quer dizer, da necessidade abstrata e irracional de um destino cego; antes, sendo em si e para si razão, e como o seu ser para si é no espírito um saber, a história é, de acordo com o conceito de sua liberdade, o desenvolvimento necessário dos momentos da razão, da consciência de si e da liberdade do espírito, a interpretação e a realização do espírito universal (Rph, § 342).

A história, sendo racional em si e para si, ensina ao homem o verdadeiro em meio à contingência. Na própria ação histórica, a humanidade chega à sua autoconsciência.

Por meio do estudo dos conceitos *liberdade*, *contingência* e *história* (Filosofia da História em Hegel) buscou-se demonstrar a superação da justiça formal kantiana através não mais de um critério formal e *a priori*, mas através de um critério que une a forma e o conteúdo, a saber, o “espírito do mundo”, o tribunal da história. Esse é o critério hegeliano. A história, portanto, deve ser entendida como a aplicação da liberdade no próprio mundo. “O princípio orientador [...] da história não pode ser um princípio indeterminado” (WEBER, 1993, p. 182). Deve ser, portanto, um princípio determinado e concreto e não um princípio abstrato, vazio e formal. Deve ser o “tribunal da história” e não o imperativo categórico. E esse princípio é dialético (afirmação, negação e negação da negação)<sup>32</sup>. Na negação da negação há tanto necessidade quanto

---

<sup>32</sup> Segundo Kervégan, “Hegel faz do idealismo absoluto o emblema de sua filosofia” (2008, p. 111). “O movimento do espírito é circular, ou seja, ele reflete-se em si mesmo. Isso é visível no seguinte trecho: ‘a lógica têm, segundo a forma, três lados: a) o lado abstrato ou do entendimento; b) o dialético ou negativamente racional; c) o especulativo ou positivamente racional’ (Enz, § 79). Portanto, esse movimento divide-se em três momentos: o ser em-si (o lado abstrato ou intelectivo); o ser outro ou fora-de-si (o lado dialético em sentido estrito ou negativamente racional); o ser para-si (o lado especulativo ou positivamente racional). O primeiro momento é compreendido pela faculdade do intelecto que abstrai conceitos determinados e se detém na determinação dos mesmos. Porém, isso não significa que o intelecto é desnecessário. A filosofia, segundo Hegel, deve começar por ele. Todavia, ela deve superá-lo, pois ele apresenta um conhecimento inadequado permanecendo encerrado no finito. O trabalho do intelecto é distinguir e separar e, por isso, o intelecto apresenta um conhecimento inadequado. O conteúdo nunca é um dado isolado. A razão vai além do intelecto. Ele tem um estágio negativo e outro positivo, que são respectivamente o segundo e o terceiro momento da dialética. O momento negativo remove a rigidez do intelecto. Assim, toda determinação do intelecto se transforma numa determinação contrária. O momento do negativo na dialética consiste na falta que cada oposto revela quando se defronta com o outro. Essa falta é relevante, pois é por meio dela que ocorre a busca de uma síntese superior. O momento culminante da dialética é a síntese superior, é o momento especulativo, é o momento positivo. Aqui há a resolução dos opostos, ou seja, a síntese dos opostos, a união dos opostos. Assim, a lógica de Aristóteles permanece encerrada nos limites do intelecto. Em contrapartida, a proposição especulativa, que é própria da razão, supera a rigidez do intelecto e expressa o movimento dialético. Segundo Cirne-Lima, ‘dialética é o Jogo de Opostos, sim, mas sempre de Opostos Contrários, jamais de Opostos Contraditórios’ (CIRNE-LIMA, 2006, p. 115). (Ver também a obra *Dialética para principiantes*, de Cirne-Lima, de 1996, p. 106). O lado especulativo, que designa a filosofia especulativa, é a unidade do lado do entendimento e do lado dialético. Portanto, a filosofia especulativa não rejeita o lado do entendimento, mas afirma que ele não dá conta de capturar toda a realidade e jamais conhecerá o Absoluto. Já o momento dialético caracteriza-se por conhecer o infinito e frente às contradições, ele as supera através da passagem das determinações aos seus opostos. Porém, a grande novidade apresentada por Hegel é o terceiro momento, denominado de especulativo. É ele que apreende a unidade na sua oposição. ‘O resgate da metafísica só é possível, portanto, mediante uma filosofia especulativa para a qual a aparente dispersão e multiplicidade do mundo finito nos possa levar a uma unidade da diferença unidade essa que é a Razão, ou o Absoluto’ (BORGES, 1998, p. 83). Desta forma, Hegel deixa claro que a apreensão do Absoluto não pode ser feita por meio do entendimento, como fez o projeto crítico de Kant. Na obra *Ciência da Lógica*, Hegel expõe novas categorias para explicar a exposição do Absoluto na multiplicidade do mundo. O grande passo não dado por Kant, Hegel deu, que foi identificar a identidade entre pensamento e realidade. Hegel, tal como Kant, distingue o entendimento da razão. A ciência é, para Kant, obra do entendimento analítico. Essa visão é redutora. Em Hegel, o entendimento é integrado na dinâmica da razão e esta, como razão concreta

contingência. Desta forma, não se cai nem no determinismo nem no relativismo<sup>33</sup>. A dialética supera e guarda em iguais proporções tanto a necessidade quanto a contingência. Por meio da dialética, Hegel superou o formalismo excessivo da doutrina da virtude kantiana.

---

e dialética, é a forma mais adequada de pensar o real. A raiz das contradições da filosofia kantiana está no fato de que o pensamento é movido pelo entendimento. Ele separa, divide, limita, isola, cria oposições, fomenta dualismos; já a razão, une. O entendimento opera na finitude mediante distinções e abstrações; a razão busca restabelecer as relações que unem os diferentes momentos do conhecimento. O entendimento é capaz de pensar somente objetos finitos e condicionados, ou seja, fenômenos e é nele que a metafísica seria possível como ciência. Conforme Hartmann, o entendimento ‘só vê o parcial, não o todo’ (1976, p. 359). A razão é que pensa o todo, a unidade além do mundo empírico, ou seja, conceitos infinitos e incondicionados. Enquanto o entendimento encerra-se em dados empíricos, a razão vai além dos limites da experiência. Porém, esse conhecimento da razão, por não ter nenhuma correspondência com os dados empíricos, não tem validade científica. O entendimento formula juízos que podem ser verificados e legitimados pela intuição. A razão profere silogismos sobre puros conceitos ou ideias. Contudo, ao mesmo tempo em que o entendimento é inimigo da razão concreta, ele lhe é indispensável. A verdade antes de Hegel era obra do entendimento; a verdade em Hegel é obra da razão concreta. A razão ontológica revela-se como totalidade dinâmica, dialética, progressiva, como unidade que não admite nada fora dela. Hegel tem a necessidade de superar as abstrações e separações do entendimento e, discordando de Kant, ele irá dizer que tudo na realidade está em relação e a relação sujeito-objeto é apenas um caso disso. As grandes concepções de verdade anteriores a Hegel são dualistas. Por exemplo, conforme Kant, se a realidade numênica é incognoscível e apenas se conhece os fenômenos, então a verdade não é a adequação do pensamento ao real. O sujeito kantiano não é substancial, mas transcendental. Hegel não é dualista como a maioria dos filósofos anteriores a ele. Se nas filosofias anteriores a verdade é obra do entendimento, em Hegel é tarefa da razão. A verdade é o todo. A sua visão é relacional, verdade como totalidade orgânica, como processo, ou seja, a verdade se constitui progressivamente e o absoluto se conhece dinamicamente. A razão supera o entendimento e a intuição sensível, pois são unilaterais, a parciais e a incapacidade de uma visão relacional” (SALVADORI, 2010, p. 57-8-9-60). Conforme Moraes, “o saber absoluto não é o saber absolutamente tudo, mas o saber que se sabe a si mesmo ou o momento em que o espírito alcança o saber de si mesmo como espírito” (2003, p. 274).

<sup>33</sup> “Os fatos e acontecimentos remetem ao chão visível e concreto da História. Este momento integra a historicidade da contingência do espaço e do tempo como um momento fundamental e constitutivo. Sem os elementos definidores da particularidade histórica, a razão fica reduzida a um formalismo vazio de um princípio que tem pouco a dizer sobre o real ou que a julga externamente. Neste sentido, é significativo sustentar que a particularidade visível não é eliminada pela progressão da conceitualidade de uma razão idealista, mas caracteriza todas as épocas históricas e pode ser identificada em todas as estruturas que definem o universo complexo e diferenciado da superfície histórica. Desta forma, este momento não pode ser identificado pela materialidade do desenvolvimento e da organização econômica, mas é pontualizado pela organização política que o homem desenvolveu ao longo da História da humanidade. Um tópico fundamental de diferenciação entre Hegel e Marx é que o primeiro enfatiza o aspecto cultural e político, e o segundo dá um destaque à evolução dos modos históricos de produção econômica, dando importância ao moderno desenvolvimento do sistema capitalista e às consequências da alienação antropológicas dali decorrentes. Partindo de um critério metódico claro e bem definido, Hegel não poderia colocar no centro da Filosofia da História a base material e econômica exatamente porque estaria retornando ao Direito abstrato da *Filosofia do Direito*” (WOHLFART, 2008, p. 213-4).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*O botão desaparece no desabrochar da flor, e poderia dizer-se que a flor o refuta; do mesmo modo que o fruto faz a flor parecer um falso ser-aí da planta, pondo-se como sua verdade em lugar da flor: essas formas não só se distinguem, mas também se repelem como incompatíveis entre si. Porém, ao mesmo tempo, sua natureza fluida faz delas momentos da unidade orgânica, na qual, longe de se contradizerem, todos são igualmente necessários. É essa igual necessidade que constitui unicamente a vida do todo (PhG, p. 26).*

A crítica de Hegel ao formalismo kantiano pode ser investigada de diferentes maneiras. Esta tese tem como objetivo defender a superação da justiça formal. Deve-se pensar uma teoria da justiça universal ou contextual? É possível uma teoria da justiça formal apriorística? Hegel é claro ao defender que o “dever pelo dever” é uma indeterminação abstrata. Enquanto Kant rejeita qualquer conteúdo empírico para a fundamentação da justiça, Hegel somente vê nele a possibilidade de construir uma teoria da mesma. Os princípios não podem ser pensados a partir do *a priori*, do formalismo. Eles devem ser estabelecidos a partir da concretização das vontades de uma comunidade ética através das instituições sociais. A cultura e a história são base para uma teoria da justiça. Sem elas, cai-se em um formalismo vazio e indeterminado.

Com Kant, o certo, o bem e o justo são definidos a partir de um procedimento que visa à universalidade; não é mais Deus ou um código qualquer que indica como agir. A distinção entre a legislação ética e a legislação jurídica em Kant é realizada a partir de seus móveis.

A legislação ética está preocupada com a intenção do agir e não com as suas consequências; ela é deontológica e não teleológica (conforme a teoria de Aristóteles e do Utilitarismo, que defendem que o fim determina o modo de agir). A sua preocupação primordial é com a *intenção do agir*, ou seja, com o início, com o que motiva o agir, e não com o fim. Por isso, a ética de Kant é uma ética das intenções. Isso significa que o nosso agir precisa ter validade universal para ter caráter moral. Antes de qualquer ação

devo, comigo mesmo, fazer a pergunta: todos aceitariam a escolha que faço? Seria possível um mundo no qual todos agissem como eu ajo nesta situação? Assim, a ação ganha caráter universal justamente por estar fundamentada na razão.

O imperativo categórico é um mandamento da razão. A razão manda categoricamente. Não há espaço para abrir exceções. Por exemplo, dizer a verdade é uma ação que vale universalmente e eu não posso abrir para *mim* uma exceção para mentir com a finalidade de tirar vantagens sobre os outros. Contradição, para Kant, significa abrir exceções a seu favor. Mas, segundo Hegel, contradição meramente formal não existe. São necessários princípios determinados para existir contradição.

A legislação jurídica, para Kant, diz respeito somente à relação externa entre as pessoas (intersubjetividade); caracteriza-se por ser uma relação de arbítrios e refere-se apenas à forma e não à matéria do arbítrio. Os interesses dos arbítrios são desconsiderados. Portanto, refere-se à forma e não ao conteúdo das escolhas. Trata das ações em relação a sua conformidade ao dever e não por dever. Dessa visão formal acerca do direito surge o juspositivismo. O *ethos*, a história, os costumes e as tradições são desconsiderados nessa teoria e, por isso, é uma teoria formalista. Do imperativo categórico do direito (“age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”) deriva o direito positivo. A justiça é definida apenas através da razão e não da experiência. Kant busca derivar as leis dos princípios. Portanto, o direito positivo deriva do direito natural.

Tanto a legislação ética quanto a legislação jurídica, em Kant, são formais. E é justamente essa concepção formal que esta tese visa superar. O imperativo categórico funciona como uma bússola para o agir humano. Ele deve ser formal, pois somente assim ele atende o critério da universalidade. A razão não é legisladora, pois não está preocupada com “o que deve ser feito”, mas “como deve ser feito”. O imperativo categórico é regulador e orientador. É um dever ser válido para todos, sem exceções. Porém, esse critério formal é insuficiente ao se tratar de direito e justiça. O “espírito do povo” é basilar para uma teoria da justiça.

A importante distinção entre moralidade e eticidade realizada por Hegel não foi feita por Kant. Portanto, a teoria kantiana é insuficiente. Apesar de Kant realizar uma fundamentação moral do jurídico, ele não resolve o problema dos direitos de equidade e de necessidade. Ele realiza a fundamentação, mas não a considera na efetivação desses dois direitos. Então, por que ele realiza essa fundamentação? Kant, neste aspecto, acaba se contradizendo.

Hegel vai além de Kant. Pensar uma teoria da justiça hoje é necessário pensá-la a partir da crítica hegeliana ao formalismo kantiano. O direito está vinculado ao justo. Não há sentido pensar o direito sem vinculá-lo ao justo. Na moralidade hegeliana, fala-se do sujeito, termo médio entre pessoa e membro. Nesse nível, Hegel desenvolve teses que estão ausentes no nível do direito abstrato. O conceito do direito inclui a moralidade e a eticidade. Portanto, a crítica de Hegel ao formalismo kantiano tem que ter presente o conceito do direito no nível do direito abstrato, da moralidade e da eticidade.

Na moralidade, o indivíduo somente é julgado em relação a sua autodeterminação, pois esse é o momento da subjetividade. Por meio do direito do propósito, o agente é responsabilizado pelo saber e pelo querer. Essa é a responsabilidade subjetiva. Porém, isso é insuficiente. As consequências não previstas, segundo o direito da intenção, são da responsabilidade do agente, mas, no nível da moralidade, essa responsabilização é apenas subjetiva.

A responsabilidade objetiva somente ocorre na eticidade, através das instituições sociais. Hegel avança em relação a Kant, neste aspecto, com a eticidade. O conceito do direito normativo em Hegel tem como princípio fundamental a liberdade enquanto conquista da história. É esse o princípio que se efetiva no direito abstrato, na moralidade e na eticidade. A moralidade não pode contrariar o princípio pressuposto, a saber, o princípio da liberdade.

Desta maneira, a moralidade não se deve prender na lei, mas ao princípio que orienta toda a estrutura das instituições sociais. É em nome desse princípio que se pode transgredir a lei e não em nome do direito abstrato. Recorre-se ao princípio para não aplicar a lei. Exceções às regras, em algumas circunstâncias, são justificadas. Para Kant, em relação ao direito de equidade e de necessidade, a questão não é a justiça, mas o *direito em sentido estrito*. Hegel, neste aspecto, mostra que isso é insuficiente e ressalta que se pode sim justificar uma ação contra a lei.

No direito de moralidade precisa-se assegurar um direito fundamental: o direito de emergência. Esse direito pode ferir a formalidade jurídica e legalmente constituída. Senão, não se garante o princípio da liberdade e nem se verifica em que medida a moralidade avança em relação ao direito abstrato. O direito de emergência, tratado na moralidade hegeliana, é um avanço em relação à moralidade kantiana. Há certos direitos, como, por exemplo, o direito à vida, que são fundamentais. Se, para assegurar esse direito, o agente tiver que abrir exceções, elas são justificadas.

A eticidade é bem mais abrangente em suas determinações do que a moralidade. A moralidade trata da fundamentação subjetiva da vontade livre e a eticidade, da fundamentação objetiva da vontade livre nas instituições sociais. Hegel ataca o “dever pelo dever”, acusando-o de um vazio formalismo, de uma indeterminação abstrata. Na filosofia kantiana não há eticidade. Hegel critica Kant pela separação da matéria e da forma. Isso gera o formalismo, pois o que determina a vontade do sujeito é a forma da lei. A forma da lei, em Kant, acaba se convertendo em uma lei suprema, destituída de um conteúdo determinado.

Até que ponto as críticas de Hegel a Kant são sustentáveis? Kant parte do *fato da razão* de que os homens sabem discernir entre o certo e o errado, ou seja, eles sabem classificar os atos em justos e injustos. A partir das leis da liberdade (leis morais), Kant fundamenta as leis éticas e as leis jurídicas. Porém, mesmo com essa fundamentação, ele não resolve o problema da equidade e da necessidade. Partindo do pensamento hegeliano, esses direitos deveriam ser efetivados, pois ambos são direitos fundamentais. Exceções, em casos extremos, são justificadas.

Hegel acerta ao dizer que o imperativo é puramente formal. Por isso, Hegel destaca a necessidade da historicidade do conteúdo dos deveres. O imperativo não nos diz *o que se deve fazer*, mas *como se deve agir* para alcançar a moralidade. Hegel critica Kant acusando-o de fazer uma mera fundamentação subjetiva da vontade livre e ultrapassa-o ao sair da fundamentação subjetiva, entrando nas mediações sociais da liberdade. Hegel está interessado nos deveres particulares (*eu preciso saber o que eu devo fazer*).

O critério formal kantiano não diz nada de novo do que já está dito na máxima e corre-se o risco de colocar qualquer conteúdo justificando-o. Uma teoria da justiça formal, abstrata e a-histórica é insuficiente. É necessário construir uma teoria da justiça a partir do *ethos* do povo e não a partir de princípios e critérios *a priori*. A universalidade deve ser concreta e não abstrata. Quando não há mediações, quando não há diálogo com as instituições competentes (quando houver um litígio), a sociedade entra em crise. O critério kantiano - imperativo categórico -, formal e indeterminado, é insuficiente, pois não é possível aplicá-lo ao mundo histórico contingente. Hegel, tanto na obra *Princípios da Filosofia do Direito* quanto na obra *Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural* critica o formalismo kantiano, apresentando um critério não formal de justiça. Ao distinguir a moralidade da eticidade e a responsabilidade subjetiva

da objetiva, ao tratar das determinações objetivas da liberdade nas instituições sociais, Hegel supera o formalismo kantiano, e apresenta como critério o “espírito do povo”.

Hegel, ao apresentar a liberdade se concretizando no Direito, na família, nas corporações e no Estado, avança em relação à teoria kantiana, pois dá ao dever-ser um caráter histórico. Essa é a passagem de uma teoria da justiça formal para uma não formal, de uma universalidade abstrata para uma universalidade concreta. O contexto, a comunidade ética o *a posteriori* ganham importância ao se tratar do ético, do moral e do jurídico. Hegel supera o formalismo do direito natural e ataca a legalização do direito (a justiça não é apenas a aplicação da lei). Quando se trata da justiça, do direito e da política é necessário defender as mediações por meio das instituições sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAVARESCO, Agemir. “A contradição da opinião pública em Hegel”. In: *Amor Scientiae: Festschrift em homenagem a Reinholdo Aloysio Ullmann*. Draiton Gonzaga de Souza (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

\_\_\_\_\_. *A teoria hegeliana da opinião pública*. Porto Alegre: L&PM, 2001.

BECK, L.W. *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait. Brasília: Edunb, 1991a.

\_\_\_\_\_. *Estudos sobre Hegel*. Direito, Sociedade Civil, Estado. 2. ed. São Paulo: Brasiliense/UNESP, 1991b.

\_\_\_\_\_. “O modelo jusnaturalista”. In: BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

BORGES, Maria de Lourdes Alves. *História e Metafísica em Hegel*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998.

BOURGEOIS, Bernard. *Hegel: os atos do espírito*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

CIRNE-LIMA, Carlos. *Depois de Hegel*. Caxias do Sul: Educs, 2006.

\_\_\_\_\_. *Dialética para principiantes*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.

D'HONDT, Jacques. *Hegel, Filósofo de la História Viviente*. Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1966.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Justiça como retribuição. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. XLIV, fasc. 192, out-nov-dez 1998.

FERRO, Mário e TAVARES, Manuel. *Análise da obra Introdução à História da Filosofia de Hegel*. Lisboa: Editorial Presença, 1995.

FLÓREZ, Ramiro. *La Dialéctica de la Historia em Hegel*. Madrid, Gredos, 1983.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.

FULLER, L. L. *O caso dos exploradores de caverna*. Porto Alegre, Fabris, 1976.

GADAMER, Hans-Georg. *Hegel, Husserl, Heidegger*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GOMES, A.; MERLE, J. C. *A Moral e o Direito em Kant*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2007.

GUARIGLIA, Osvaldo. *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Piaget, 1991.

HARTMANN, Nicolai. *A filosofia do idealismo alemão*. Trad. José Gonçalves Belo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1976.

HEGEL, G. W. F. *Ciência de la lógica*. Trad. de Augusta y Rodolfo Mondolfo. 5° ed. Buenos Aires: Ediciones Solar, 1982.

\_\_\_\_\_. *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio I*. São Paulo: Loyola, 1995.

\_\_\_\_\_. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. *Fenomenologia do Espírito*. Trad. de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 5° ed. Petrópolis: Vozes e Editora Universitária São Francisco, 2008.

\_\_\_\_\_. *Filosofia da História*. Trad. de Maria Rodrigues e Hans Harden. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. *Filosofia Real*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1984.

\_\_\_\_\_. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. *Introdução à filosofia da história*. Trad. de Euclidy Carneiro da Silva. São Paulo: Hemus, 1983.

\_\_\_\_\_. *Phänomenologie des Geistes*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. *Sobre as maneiras científicas de tratar o direito natural*. Trad. de Agemir Bavaresco e Sérgio B. Christino. São Paulo: Loyola, 2007.

\_\_\_\_\_. *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

\_\_\_\_\_. *Wissenschaft der Logik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HECK, J. N. “Contratualismo e sumo bem político”. In: *Veritas*. v.49, n.1, 2004, p.71-92.

HYPOLITE, Jean. *Introdução à filosofia da história de Hegel*. Rio de Janeiro: Elfos Ed.; Lisboa, Edições 70, 1995.

HÖFFE, O. *Immanuel Kant*. Trad. Christian Viktor Hamm, Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. Trad. de Rúrion Soares Melo. São Paulo: Editora Singular, 2007.

INGRAM, D. *Filosofia do direito*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

ILTING, Karl-Heinz. Die Struktur der Hegelschen Rechtsphilosophie. In: RIEDEL, Manfred (Hg.). *Materialen zur Hegels Rechtsphilosophie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974. Band 2. p. 52-79.

KANT, I. *Akademieausgabe von Immanuel Kants Gesammelten Werken*. Bände und Verknüpfungen den Inhaltsverzeichnissen. Disponível em: <http://www.korpora.org/kant/verzeichnisse-gesamt.html>

\_\_\_\_\_. *A metafísica dos costumes*. Trad. De Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2008.

\_\_\_\_\_. *Antropologia*. Em sentido pragmático. Madrid: Alianza Editorial, 1991.

\_\_\_\_\_. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988.

\_\_\_\_\_. *A religião nos limites da simples razão*. Lisboa: Edições 70, 1992.

\_\_\_\_\_. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Crítica da Razão Pura*. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

\_\_\_\_\_. *Grundlegung zur metaphysic der sitten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

\_\_\_\_\_. *Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

\_\_\_\_\_. *Kritik der pratisch Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

\_\_\_\_\_. *Kritik der reinen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1974.

KERSTING, W. "Politics, Freedom, and Order: Kant's Political Philosophy". In: GUYER, P (ed.). *The Cambridge Companion to Kant*. Cambridge University Press, 1999, p.342-366.

KERVÉGAN, Jean-François. *Hegel e o hegelianismo*. Trad. Mariana Paolozzi Sérvulo da Cunha. São Paulo: Loyola, 2008.

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Contraponto: EDUERJ, 2002.

KUKATHAS, Chandran e Philip PETTIT. *Rawls: A Theory of Justice and its Critics*. Oxford: Polity, 1990.

LIMA VAZ, H. C.. Por que ler Hegel hoje? In: DE BONI, Luis A. (Org.) *Finitude e transcendência*. Festschrift em Homenagem a Ernildo J. Stein. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 222- 242.

LOPARIC, Zeljko. O problema fundamental da semântica jurídica de Kant. In: *Direito e paz na filosofia de Kant – 2005/I, Programa de aula do Prof. Dr. Nythamar de Oliveira*. Disponível em: <<http://www.geocities.com/nythamar/direito.html>>. Acesso em: 18 mar. 2005.

LUFT, Eduardo. *Para uma crítica interna ao sistema de Hegel*. Porto Alegre: Edipucrs, 1995.

MARQUES, L. A. M. “Retributivismo”. *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Travessoni, A. (Org.). São Paulo: LTr, 2011.

MERLE, Jean-Christophe. “Pena”. *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Travessoni, A. (Org.). São Paulo: LTr, 2011.

MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORAES, Alfredo de Oliveira. *A metafísica do Conceito*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

MÜLLER, Rudinei. *A crítica de Hegel ao formalismo kantiano*. O argumento especulativo. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2012.

NOUR, S. *A Paz Perpétua de Kant: Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PATON, H. J. *The categorical imperative: a study in Kant's moral philosophy*. Philadelphia, Estados Unidos: University of Pennsylvania press, 1971.

PERELMAN, C. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RACHELS, J. *Os Elementos da Filosofia da Moral*. São Paulo: Manole, 2006.

RAWLS, J. *História da filosofia moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAUBER, J. *O problema da universalização em ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

ROHDEN. *Interesse da Razão e liberdade*. São Paulo: Ática, 1981.

ROSENFELD, D. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Ática, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

\_\_\_\_\_. *A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1986.

SALVADORI, M. *Do idealismo transcendental ao idealismo absoluto*. Dissertação (Mestrado em Filosofia: Ensino Superior). 69p. Porto Alegre. PUCRS, 2010.

\_\_\_\_\_. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Resenha. Conjectura: filosofia e educação / UCS. v. 16. n. 1 (jan./abr. 2011). – Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

SANDEL, M. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, A. L. C. *Elementos de Filosofia Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, José Henrique. *O trabalho do negativo*. São Paulo, Loyola, 2007.

SCRUTON, R. “Contract, Consent and Exploitation: Kantian Themes”. In: WILLIAMS, H. L. (Ed.). *Essays on Kant’s Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press, 1992. p.213-227.

SINGER, Marcus George. *Verallgemeinerung in der Ethik: zur Logik moralischen Argumentierens*. Frankfurt: Suhrkamp, 1975.

SOARES, Marly Carvalho. *Sociedade civil e sociedade política em Hegel*. 2. ed. Fortaleza: UECE, 2009.

TAYLOR, Charles. *Hegel*. Frankfurt em Main, Suhrkamp, 1983.

TERRA, Ricardo R. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. In. PEREZ, D. O., (Org.), *Kant no Brasil*. São Paulo: Escuta, p. 87-107, 2005.

TRAVESSONI, A. “Pós-positivismo jurídico”. *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Travessoni, A. (Org.). São Paulo: LTr, 2011.

WEBER, T; HAEBERLIN, P. *Equidade na Doutrina do Direito de Kant*, Revista Veritas, Porto Alegre, v. 57, n. 3, set./dez. 2012, p. 121-137.

WEBER, Thadeu. *Direito e justiça em Kant*, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 5(1): 38-47 janeiro-junho 2013.

\_\_\_\_\_. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

\_\_\_\_\_. *Hegel: Liberdade, Estado e História*. Petrópolis: Vozes, 1993.

WEIL, Eric. *Hegel et l’Etat*. 6° ed. Paris: VRIN, 1985.

WEINRIB, E. J. "Law as Idea of Reason". In: WILLIAMS, H. L (Ed.). *Essays on Kant's Political Philosophy*. Chicago: University of Chicago Press, 1992. p.15-49.

WOHLFART, João Alberto. *Sistema hegeliano como uma filosofia da história*. Tese (Doutorado em Filosofia: Ensino Superior). 295p. Porto Alegre. PUCRS, 2008.

WOOD, A. *Hegel's Ethical Thought*. Cambridge University Press, 1990.

VASCONCELOS, A. "Coação". In: *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. Travessoni, A. (Org.). São Paulo: LTr, 2011.

VALCÁRCEL, A. *Hegel Y la Ética*. Barcelona: Anthropos, 1988.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de Filosofia VII: Raízes da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1999.