

**A FACE DA MORALIDADE COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS
HUMANOS NA TEORIA DE KANT**

**THE FACE OF MORALITY AS THE BASIS OF HUMAN RIGHTS IN
KANT'S THEORY**

Michele Pedrosa Paumgarten

*Mestranda em Direito UNESA/RJ
Advogada*

RESUMO: O artigo faz uma reflexão acerca da necessidade de uma justificação filosófica que reforce e que revele uma definição dos direitos humanos significativamente mais proveitosa. A partir da perspectiva moral dos princípios norteadores dos direitos humanos, em grande medida determinados por Immanuel Kant, busca-se uma fundamentação ética para os direitos humanos partindo destas leis morais. Analisa as dificuldades para conceituar e definir os critérios que inserem os direitos humanos na categoria de direitos fundamentais, o que possivelmente corresponde às dificuldades em lhe definir um fundamento filosófico. Examina, por fim, a liberdade na teoria da justiça moderna e sua relação com os direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Moral. Liberdade. Immanuel Kant.

ABSTRACT: The paper is a reflection on the need for a philosophical justification that strengthens and that reveals a definition of human rights significantly more profitable. From the moral perspective of the guiding principles of human rights, largely determined by Immanuel Kant, this paper also aims to examine an ethical foundation for human rights starting on these moral laws; analyzes the difficulty to define the criteria that insert human rights in the fundamental rights category, mainly to develop a concept about it, and finally, examines the freedom idea on the modern theory of justice and its relation to human rights conception.

Key-words: Human Rights. Moral. Freedom. Immanuel Kant.

Sumário: I Introdução. II Direitos Morais e Direitos Humanos. III A incorporação da liberdade na teoria da justiça moderna. IV Necessárias reflexões à fundamentação dos direitos humanos. V Considerações finais. VI Referências bibliográficas.

I Introdução

No mundo do pós-guerra as reivindicações para que os Estados agissem de forma ética tornavam-se prementes em todo o mundo. Os Estados Unidos da segunda metade dos anos sessenta, por exemplo, marcados pela contestação da primeira geração jovem nascida no período pós-guerra, pela Campanha dos Direitos Civis dos negros, e pela crítica à guerra do Vietnã, também inspiraram o debate para a elaboração de uma teoria da justiça de cunho moral.

Era de fato um contexto marcado por inúmeras violações de direitos, o que tornava cada vez mais necessária a construção de uma normatividade internacional para resguardar e proteger direitos, até então inexistentes. O tema tornou-se uma preocupação dos Estados e um dos principais objetivos da comunidade internacional. Contudo, além de uma construção positivista, seria imperiosa uma reflexão teórica, a partir de uma filosofia política, alcançando uma nova perspectiva que fosse capaz de promover as rupturas necessárias; um arcabouço de princípios fundamentais garantidores de um mínimo ético a ser respeitado.

Busca-se então encontrar em sistemas de pensamento uma justificação para os direitos humanos; uma justificação filosófica que os torne necessários e os reforce. Mas observamos entretanto, uma disputa entre variadas vertentes filosófico-jurídicas quando se trata de expor a *razão de ser* definitiva dos direitos humanos. Nesse sentido, Immanuel Kant consegue delimitar esses contornos teóricos de fundamentação da moral e do direito, no entanto, como assegurar uma fundamentação ética para os direitos humanos a partir de leis morais?

II Direitos Morais e Direitos Humanos

Para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos de um direito natural, que precedem a vontade do Estado; para os positivistas, os direitos do homem seriam faculdades outorgadas pela lei e regulados por ela; para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas (FERREIRA MENDES, *et.al.*, 2009, p. 270).

Essa dificuldade de harmonizar as mais variadas concepções leva alguns a recusar utilidade ao estudo do embasamento filosófico dos direitos humanos, entendendo que o problema mais premente está na necessidade em encontrar fórmulas para protegê-lo. Os direitos humanos são fruto de momentos históricos diferentes e a sua diversidade aponta para a conveniência de não se concentrarem esforços na busca de uma base absoluta, válida para todos os direitos, em todos os tempos (FERREIRA MENDES, *et.al.*, 2009, p. 270). Seria mais prudente buscar, na verdade, em cada caso concreto, as várias razões elementares possíveis para a elevação de um direito à categoria de *fundamental*, tendo sempre presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito deve atuar (BOBBIO, 2007, p.17). Além do embasamento filosófico, também é imprescindível o concurso de condições sociais e históricas favoráveis para que os direitos do homem sejam incorporados aos estatutos vinculantes.

Por outro lado, o arremate de uma conceituação dos direitos humanos que se revele abrangente e com conteúdo significativamente proveitoso, soma-se à dificuldade encontrada para lhe definir um fundamento filosófico.

A expressão *direitos humanos*¹ é de fato bastante vaga (BARRETO, 2010, pp. 11-12) e por isso, acaba conduzindo a definições tautológicas como a de que *os direitos humanos são os que cabem ao homem enquanto homem* ou a uma definição de direitos do homem como sendo *aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana*, o que é por sua vez, demasiadamente aberto.

Quais os critérios que devem ser levados em consideração para a elevação de um direito humano à categoria de direito fundamental? A cada dia vemos o catálogo dos direitos fundamentais se avolumando, contudo, é uma classe de direitos que não tende à homogeneidade, e o esforço para a identificação destes direitos, que são fundamentais, dentro e fora da Constituição, pretende justamente explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana, descortinando a fundamentalidade material dos direitos humanos.

¹ Vicente barreto questiona: “Como podemos explicar que nem todos os humanos tem humanidade no mundo dos direitos humanos? [...] ‘Direitos Humanos’ é uma expressão que combina lei e moralidade e expressam desde o século XVIII basicamente o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à igualdade de todos os homens perante à lei, à segurança, à liberdade de expressão, o acesso à educação e o direito à participação política. Todos esses direitos baseiam-se mais no sentimento de um direito original do que na sua expressão através da lei positiva soberana. Esses direitos, no processo histórico de sua formação, serviram e servem para avaliar as leis sob o ângulo de sua fundamentação ética e, portanto, legitimá-las ou deslegitimá-las. (BARRETO, 2010, p.11)

Apesar da subjetividade que envolve a tentativa de discernir a nota de fundamentalidade de um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana (FERREIRA MENDES, *et. al.*, 2009, p. 271), será este o inspirador dos típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade e dignidade de todos os homens e à segurança². O princípio da dignidade da pessoa humana demanda fórmulas de limitação de poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça e nesse aspecto, “ os direitos fundamentais podem, ao menos de forma geral, ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.” (SARLET, 1998, p. 109).

Historicamente os direitos humanos tem a ver com a vida, com a dignidade, a liberdade, a igualdade e a participação política e, por conseguinte, só estaremos diante de um direitos fundamental quando se possa razoavelmente sustentar que o direito ou a instituição serve a alguns destes valores (SANCHIS, 1994, p.88). No qualificativo *fundamentais* encontrar-se-ia a indicação, como bem ressalta José Afonso da Silva (2000, pp. 164-165), de que se tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e nem mesmo sobrevive.

Nesta senda, desde que os direitos humanos passaram a ser positivados por legisladores, superou-se a fase em que coincidiam com meras reivindicações políticas ou éticas. Os direitos ganharam concretude e se enriqueceram com a prerrogativa da exigibilidade jurídica, mas por outro lado, perderam abrangência: os direitos eram protegidos pela ordem jurídica, mas somente dentro do Estado que os proclamava (FERREIRA MENDES, *et.al.* 2009, pp. 287-288). Notavelmente a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 foi impulsionada pela universalização da proteção dos direitos humanos. Buscava-se proteger não apenas as reivindicações comuns a todos os homens, mas também proteger indivíduos singularizados por situações específicas

² Ferrajoli propõe como ele mesmo admite, uma definição um tanto teórica para os direitos fundamentais: “sono ‘diritti fondamentali’ tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a ‘tutti’ gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per ‘diritto soggettivo’ qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per ‘*status*’ la condizione di un soggetto prevista anch’essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazione giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio”. (FERRAJOLI, 2008, p. 5)

(crianças, idosos, ...): o homem então, já não seria mais visto abstratamente, mas na concretude das suas diversas maneiras de estar na sociedade.

Com essa especificidade, multiplicam-se os direitos e incrementa-se o quantitativo dos bens tidos como merecedores de proteção “e a ideia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos” (HABERMAS, 1997, p. 128), ou seja, os direitos humanos, nas sociedades contemporâneas tornam-se cada vez mais o *justo meio* do direito positivo que se pretende legítimo, conectado com a moral.

No direito moderno, para Habermas³ uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais (HABERMAS, 1997, pp. 140-141). Uma relação entre norma jurídica e moral que repousa não apenas no reconhecimento fático mas no *merecimento* de reconhecimento, numa aceitação por aqueles endereçados à cumprí-la.

“Direitos humanos são direitos morais” (ALEXY, 1999, p. 60) como preceitua Alexy; “os direitos humanos são direitos estabelecidos por princípios morais” (NINO, 1989, p. 19) na visão de Carlos Nino, que segue prescrevendo, que a fundamentação da natureza moral dos direitos humanos independe de qualquer ordem jurídica nacional ou tratado internacional protetivo.⁴ Os direitos fundamentais constitucionais são, em última instância, direitos morais que compartilham características comuns aos princípios morais, tais como já escrito, na autonomia, liberdade, igualdade, universalidade, dignidade, entre outros.

O discurso jurídico dos direitos humanos passa a mostrar sua verdadeira face como direitos morais, principalmente quando nos deparamos com as controvérsias constitucionais, num discurso conectado com os princípios morais. E à medida em que se alastra o argumento que sustenta os direitos humanos como direitos fundamentais constitucionais, e ao mesmo tempo, como direitos morais, desfaz-se a tese da dicotomia

³ Como citado por Vicente Barreto: “Nesse sentido, é que se pode dizer, com Habermas, que o pensamento kantiano representa “uma intuição diretora” no projeto de estabelecer os fundamentos dos direitos humanos na época contemporânea” (HABERMAS, 1996, p. 80 *apud* BARRETO, 2007, p. 103).

⁴ Entendimento compartilhado por Alexy para o qual “os direitos morais podem, simultaneamente, ser direitos jurídico-positivos; sua validade, porém, não pressupõe uma positividade. Para a validade ou existência de um direito moral basta que a norma, que está na sua base, valha moralmente. Uma norma vale moralmente quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada.” (ALEXY, 1999, p. 60).

direito e moral, que tanto custou à tradição positivista para a identificação do fenômeno jurídico (KELSEN, 1991, p. 75).

Nesse contexto, podemos deduzir que o debate filosófico a respeito dos direitos humanos reside de alguma forma no âmbito da ética. E essa reflexão ética está submetida ao *paradigma kantiano da razão prática*.

III A incorporação da liberdade na teoria da justiça moderna

Diferentemente de Aristóteles e outros filósofos, Kant não escreveu um trabalho sobre a teoria política e tampouco se debruçou sobre o estudo acerca da justiça distributiva ou mesmo sobre a justiça corretiva. Mesmo assim, as concepções de moralidade e liberdade kantiana (ao contrário dos demais filósofos que celebravam a igualdade como *télos* para a justiça) contém importantes implicações para a justiça (SANDEL, 2012, p. 171). O repúdio ao utilitarismo, como base para a lei e a defesa de uma teoria de justiça fundamentada em um contrato social, formaram as bases da moralidade de Kant.

A crítica kantiana à utilidade como base para a determinação dos direitos, consolida-se no argumento de que a lei deve harmonizar a liberdade de cada indivíduo com a liberdade dos demais e não interferir na determinação dos direitos básicos, já que cada um teria diferentes concepções acerca da finalidade empírica da felicidade e em que ela consiste. Avalia que não se pode exigir que uma sociedade endosse uma ideia de felicidade em detrimento de outras, pois isso imporá a algumas pessoas os valores de outras e não respeitaria o direito que cada um tem para lutar por seus próprios objetivos (SANDEL, 2012, p. 171). Escreve Kant:

Man's freedom as a human being, as a principle for the constitution of a commonwealth, can be expressed in the following formula. No-one can compel me to be happy in accordance with his conception of the welfare of others, for each may seek his happiness in whatever way he sees fit, so long as he does not infringe upon the freedom of others to pursue a similar end which can be reconciled with the freedom of everyone else within a workable general law – i.e. he must accord to others the same right as he enjoys himself⁵. (KANT, 1970, pp. 73-74)

⁵ Tradução própria: A liberdade do homem como um ser humano, como um princípio para a constituição de uma comunidade, pode ser expresso na seguinte fórmula. Ninguém pode me obrigar a ser feliz, de acordo com sua concepção do bem-estar dos outros, pois cada um pode buscar sua felicidade de qualquer maneira que lhe aprouver, desde que ele não infrinja a liberdade dos outros para perseguir um fim

Outra característica da teoria kantiana é que ela fundamenta a justiça e os direitos em um contrato social⁶, não nos moldes antes propostos por Locke ou demais filósofos que se debruçaram sobre contratos sociais, mas um contrato original, que formaria a base de legitimidade de todas as leis públicas (KANT, 1970, p. 74):

Mas esse contrato (chamado *contractus originarius* ou *pactum sociale*), como união de todas as vontades particulares e privadas de um povo numa vontade comum e pública (para os fins de uma legislação simplesmente jurídica), não é necessário pressupô-lo *como um fato* (como tal nem seria possível), como se, para que nos considerássemos ligados a uma constituição civil já estabelecida, fosse necessário primeiro ser demonstrado pela história que um povo (cujos direitos e cujas obrigações, nós, como descendentes, teríamos herdado), precisasse *uma vez* ter cumprido um tal ato e precisasse ter deixado para nós testemunho escrito e oral. Esse contrato é, pelo contrário, uma simples *ideia da razão*, mas que tem sem dúvida a sua realidade (própria): ou seja, a sua realidade consiste em obrigar cada legislador a fazer leis *como se estas precisassem derivar da vontade comum de todo um povo* e em considerar cada súdito, uma vez que quer ser cidadão, *como se ele tivesse dado o seu consenso para uma tal vontade* (BOBBIO, 2000, p. 200).

Esse contrato original não explicita, contudo, a quais princípios de justiça ele daria origem, respostas que John Rawls tentaria apresentar quase dos séculos mais tarde (SANDEL, 2012, p. 172).

Em cotejo às diversas concepções sobre a justiça que traçamos até agora, as teorias liberais de justiça apresentarão uma proposta alternativa para a questão dos direitos e deveres, enfim para a questão da justiça. Uma poderosa e influente teoria que teve em Kant seu principal expoente, e que se apoia na ideia de que somos seres racionais, merecedores de dignidade e respeito.

Kant não tratará da justiça distributiva, tampouco da justiça corretiva, mas cuidará da justiça da reciprocidade, da justiça de troca; não uma troca de bens ou serviços, mas antes, a limitação - e ao mesmo tempo - a garantia da liberdade de ação (HÖFFE, 1998, p. 224), que diante da ausência de uma comunidade política formada, não é dirigida ao legislador, mas aos homens, para que se reconheçam como parceiros de direito, em respeito às pessoas como fim em si mesmas (SANDEL, 2012, p. 137).

semelhante que pode ser conciliada com a liberdade de todos os outros dentro de uma lei viável geral - ou seja, ele deve estar de acordo com os outros o mesmo direito que ele gosta de si mesmo.

⁶ Para Kant o *contrato social* não é um fato histórico, mas um ideal da razão. Por esta doutrina o Estado não é *de fato*, mas *deve estar* fundamentado num consenso, ainda que tenha se originado da força. (BOBBIO, 2000, p. 200).

Num solo limitado, porém com várias pessoas, essa limitação recíproca da liberdade será inevitável (HÖFFE, 1998, p. 221).

O problema de Kant é o *problema* da justiça, ou seja, desvendar um critério com base no qual seja possível distinguir o que é justo do que é injusto, que na visão de Bobbio:

Quando ele diz que o direito é ‘o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade’, não entende estabelecer aquilo que é o direito na realidade histórica, mas aquilo que deveria ser o direito para corresponder ao ideal de justiça (BOBBIO, 2000, P. 115).

Lançando um olhar moral sobre o direito, Kant constrói um conceito que se caracteriza pela ideia de que princípios morais tem que ser avaliados a partir da noção de pessoa, da razão pura prática subjacente a estes princípios e de seu critério de legislação universal, ainda que indiferente à divergência entre moral pessoal e moral social. A fórmula kantiana para o conceito de direito será um padrão de medida que distingue o direito moralmente legítimo daquele moralmente ilegítimo, esculpido na seguinte regra: “comporte-se de acordo com as normas gerais da ordem social.” (KELSEN, 1991, p. 19). Um conceito moral do direito, o ideal do direito (dever ser), ao qual qualquer legislação deve se adequar para poder ser considerada como justa. Ainda que nenhuma legislação corresponda a este ideal, a definição de Kant não se torna menos verdadeira, já que indica apenas um ideal-limite ao qual o legislador deve se adequar (BOBBIO, 2000, pp. 115-116). Ao dizer que uma ação será justa quando por meio dela, a liberdade do arbítrio de um pode continuar com a liberdade de outro segundo uma lei universal (KANT, 2003, pp. 76-77), resta claro que Kant está se preocupando em estabelecer um critério para estabelecer a diferença entre uma ação justa e injusta. Um ideal de justiça (BOBBIO, 2000, p. 115) que na teoria kantiana encontra seu lastro na liberdade⁷.

⁷ “O direito natural fundamental de uma teoria da justiça como liberdade é o *direito à liberdade*. Kant, após ter feito a distinção entre direitos *inatos e adquiridos*, definindo os primeiros como aqueles que são transmitidos pela natureza independentemente de qualquer ato jurídico, e os outros como aqueles que precisam de um ato jurídico para a sua transmissão, intitula um breve parágrafo desta maneira: ‘o direito inato é um só’. E qual é esse único direito inato? ‘é o direito à liberdade externa’.[...] Outros direitos, que geralmente são considerados como direitos inatos, entre os quais também o da *igualdade*, para Kant estão ‘compreendidos no princípio da liberdade inata e não diferem realmente dela’. Essa redução drástica de todos os direitos que a tradição dos jusnaturalismo inclui entre os direitos inatos e, com base na tradição

Importante ressaltar que a ética na dimensão que se apresenta neste item, não se inaugura em Kant; Spinoza⁸ já havia estreado na modernidade essa pretensão de desvincular a moralidade do campo da autoridade externa e fundar na liberdade humana o seu caráter racional e apriorístico. A diferença é que em Spinoza, a liberdade é sinônimo daquilo que a experiência total humana no mundo traz através da dialética de suas afeições, preconizando uma harmonização e um monismo que vai de encontro aos preceitos racionalistas kantianos: “nem o corpo pode determinar a alma a pensar, nem a alma pode determinar o corpo ao movimento ou ao repouso ou a qualquer outra maneira de ser” (SPINOZA, 2003, p. 199). A vontade humana é uma única coisa entre decisões racionais, desejos e determinações físicas, então não faria sentido para Spinoza, a existência de uma lei moral agindo como um *imperativo categórico* comandando exclusivamente de forma racional as ações humanas, já que tanto razão quanto corpo interagem unidos na confluência para uma vontade única. Kant não admite essa posição, justificando-se na ideia de que um princípio supremo da moralidade não pode se condicionar em nada ligado à natureza sensível.

Realmente a filosofia de Kant não é algo fácil. Teorizar a justiça como liberdade é talvez a expressão mais característica do seu pensamento e a mais respeitável. Apesar da crítica de Kelsen, o pensamento kantiano orientado pelo eixo ético legado pelo pensamento de Sócrates, Platão e Aristóteles, na verdade alimentou as bases de boa parte do pensamento contemporâneo sobre moral, política e a sua concepção sobre a liberdade, também figura na maioria dos nossos debates contemporâneos sobre a justiça (SANDEL, 2012, p. 136); além disso, se pensarmos no fato de que a teoria da justiça como liberdade é aquela da qual nasce a inspiração para a teoria do Estado liberal, concluímos que a teoria kantiana deve ser ainda considerada um dos fundamentos teóricos do Estado liberal. Justo é associar a moralidade à liberdade, que detém uma definição bem estrita e rigorosa na filosofia kantiana. Agir com liberdade (no conceito próprio à teoria liberal do Estado) é agir com autonomia, de acordo com a lei que imponho a mim mesmo, e não de acordo com as convenções sociais, impulsos momentâneos de nossas paixões, ou obstaculados por determinações exteriores ou em função de finalidades externas. É, segundo Kant, o que confere ao ser humano uma

do jusnaturalismo, as várias *declarações dos direitos* emanadas antes do escrito da Kant revela mais do que outra consideração, que é o fundamento último do ideal de justiça segundo Kant.” (BOBBIO, 2000, p. 120).

⁸ Cf. SPINOZA, Baruch de. *Ética Demonstrada à Maneira dos Geômetras*. Tradução: Jean Melville. São Paulo, SP: Martin Claret, 2003.

dignidade especial, um valor absoluto enquanto agente moral e difere-lhe das coisas (SANDEL, 2012, p. 143). Será o respeito ao homem como um fim em si mesmo que levará Kant a enunciação do conceito de moralidade, tão estrito quanto o conceito de liberdade.

Enfim, uma ação será moralmente aceita e conseqüentemente justa para Kant quando é realizada por ser correta e não para atender a um motivo exterior a ela. Agir em função do dever e não para satisfazer nossos interesses, preferências, desejos, traduz o princípio supremo da moralidade kantiana. Mas devemos agir em função de um dever expresso aonde? Numa lei? Qual lei? Uma lei dada ou imposta por outrem? Kant esclarece então, que na medida em que o homem tem a capacidade de agir livremente, a razão seria a fonte motora da sua vontade; uma razão prática pura, que cria suas leis *a priori*, a despeito de quaisquer objetivos empíricos (SANDEL, 2012, p. 151).

Essa ideia levou Kant a formular o famoso imperativo categórico (ou normas éticas), que é o resultado de sua filosofia moral e sua solução para a questão da justiça, segundo o qual, deve-se agir somente de acordo com a máxima que se deseja transformar em lei geral, ou seja, o comportamento humano será bom ou justo se for determinado por normas que o homem, ao agir, pode ou deve esperar que sejam obrigatórias para todos, dentro do grau de universalidade que se espera da lei (HÖFFE, 1998, p.221). Em crítica lançada à teoria do imperativo categórico, Kelsen questiona dentro do critério universalista normativo, quais seriam estas leis que podemos ou devemos esperar que sejam genericamente obrigatórias. Para Kelsen essa é a questão decisiva da justiça e para o que, o imperativo categórico, assim como a regra de ouro, não oferecem as respostas sobre a justiça:

Se examinarmos os exemplos concretos através dos quais Kant procura ilustrar a aplicação de seu imperativo categórico, seremos obrigados a constatar que se trata, sem dúvida, de regulamentos da moral tradicional e do direito positivo de sua época. Não são, de forma alguma – como alega a teoria do imperativo categórico – , deduzidos do imperativo categórico, pois nada se pode deduzir dessa fórmula vazia. Esses exemplos se mostram apenas e tão-somente compatíveis com o imperativo categórico. Mas todo regulamento de toda e qualquer ordem social é compatível com esse princípio, uma vez que expressa, unicamente, que o homem deve agir de acordo com normas gerais. Por isso, o imperativo categórico – da mesma forma que o princípio ‘a cada um aquilo que é seu’ ou da regra de ouro – pode servir de justificação – e assim foi utilizado – para toda e qualquer ordem social em geral e para todo e qualquer regulamento em particular.essa possibilidade explica porque essas fórmulas, apesar e exatamente por causa da sua total falta de conteúdo, ainda hoje são aceitas como respostas

satisfatórias à questão da justiça, e provavelmente ainda o serão no futuro (KELSEN, 1991, p. 19).

O imperativo kantiano utiliza a razão como meio de comando da vontade. E é categórico porque Kant não admite que nenhum outro propósito venha comandar a ação humana e tampouco que a ação dependa de qualquer propósito. Algumas fórmulas podem apresentar a noção dos imperativos kantianos, contudo é importante lembrar que somente um imperativo *categórico*⁹ pode ser considerado um imperativo da moralidade. O imperativo exigirá que o homem dotado da moralidade trate as pessoas como fins em si mesmas, bem como, domine a ação de acordo com os princípios, os quais devem ser universalizados sem entrar em contradição.

Essa primeira versão para o imperativo categórico não convenceu alguns pensadores, como Stuart Mill, lembrado por Sandel (2012, p. 153), ao argumento de que Kant estaria apresentando um argumento primordialmente voltado para as consequências que a ação poderia acarretar. No entanto, pondera Sandel, que quando Kant tentou universalizar essa máxima¹⁰, não estaria especulando sobre as possíveis consequências, mas pretendia teorizar que uma ação seria errada porque ao fazê-la, estaria privilegiando-se mais nossos interesses em relação às necessidades dos outros e isso levaria sim a um importante questionamento moral, qual seja, a verificação de se o que estamos a ponto de fazer colocaria nossos interesses especiais acima do que seria imprescindível para as demais pessoas do grupo. Já a outra formulação kantiana aponta para a concepção de humanidade como fim, ou seja, o indivíduo não deve ser considerado como um simples meio, mas o fim em si mesmo, com a dignidade e respeito que os seres racionais são merecedores. E quando fala em respeito, tanto o autorrespeito quando o respeito ao próximo partem de um único princípio (SANDEL, 2012, p. 156); um respeito diferente da solidariedade, mas uma deferência à humanidade em si, pela capacidade racional da qual o ser humano é dotado. Agir com justiça na visão kantiana é, portanto, preservar os direitos humanos, simplesmente porque são seres humanos, racionais, merecedores de respeito.

⁹ O outro imperativo, o hipotético usa a razão instrumental e é sempre condicional. Para melhor fixar a diferença entre ambos, cabe reproduzir o exemplo oportunamente lançado por Michal Sandel: “se você quer ter uma boa reputação nos negócios, então trate seus clientes honestamente.” (SANDEL, 2012, p. 151).

¹⁰ Kant considera uma *máxima* o preceito ou princípio que propicia a razão para a ação de uma pessoa. Significa que só devemos agir de acordo com os princípios que podemos universalizar sem entrar em contradição. (SANDEL, 2012, p. 152).

Esse conceito moral, associado à liberdade, que como já escrito, representa na teoria kantiana o que é a própria justiça, encontra seus fundamentos no imperativo categórico: agir livre e autonomamente ou, agir moralmente de acordo com o imperativo categórico, é a mesma coisa. Agir como um ser racional, livremente, como parte do mundo, assumindo a responsabilidade moral pelos atos praticados e fazer com que os outros também se responsabilizem por seus atos, revela que o homem é um ser no mundo e não meramente um objeto.

Uma liberdade de ação aparentemente limitada, para satisfazer justamente essa compatibilidade de liberdade de ação oferecida pelo direito moral e que inicialmente poderia ter uma aparência negativa, mas que na verdade, significa a garantia da própria liberdade. Aonde é limitada segundo uma lei universal, a liberdade passa a ser protegida sob todos os aspectos, tem um alcance maior e então, “enquanto a vida comum de sujeitos responsáveis quiser ser, em sentido enfático, racional, ou seja moral, ela tem que adotar um caráter jurídico.” (HÖFFE, 1998, p. 222). E nesse sentido, o familiar imperativo categórico kantiano passa a ser um imperativo categórico jurídico. Mas o direito não é uma instituição arbitrária, ao contrário, o conceito kantiano de direito é “um padrão de medida, com o qual todas as leis positivas são julgadas em sua legitimidade” (HÖFFE, 1998, p. 222), e somente aquelas determinações que compatibilizam a liberdade de um com a liberdade de todos, de acordo com leis universais, seriam legítimas a formar a contrapartida jurídica do imperativo categórico. Assim, o imperativo categórico jurídico obriga a comunidade à uma legislação universal da mesma maneira que o imperativo categórico obriga a vontade pessoal em relação às suas máximas.

Em que pese toda a discussão que a teoria de Kant sempre atraiu, é inevitável concordar que o olhar moral lançado por ele sobre o Direito, tratando daquilo que é o Direito e não daquilo que estaria de acordo com o Direito (dever ser), bem como a inauguração do pensamento sobre a liberdade como um imperativo inerente ao ser humano garantida e organizada pelo Estado constitucional, vem expressar uma condição sem a qual não seria possível uma coexistência de liberdade e ação, pois enquanto em regra se espera de um princípio moral somente um significado normativo, o imperativo categórico jurídico assume adicionalmente uma tarefa constitutiva do direito traduzindo uma ética jurídica, “que convida a configurar a coexistência humana em geral de uma

forma jurídica” (HÖFFE, 1998, p. 222) e é mais do que uma ética moral social, é uma disciplina fundamental de uma teoria da sociedade.

Ao conceito de direito (direito objetivo) é acrescido o princípio do direito (direito subjetivo), que fornecerá o padrão de medida moral para as pretensões subjetivas as quais estão autorizadas segundo o direito objetivo. E a liberdade surge como um direito singular (inato e que significa a independência do arbítrio coator de outrem), um princípio de direito, uma atuação do sujeito de maneira justa; a injustiça consiste em interferir na esfera da liberdade daqueles com os quais devo conviver, apondo obstáculos, que devem ser eliminadas pela justiça.

Outra característica da teoria kantiana é o claro repúdio ao utilitarismo como base para a lei¹¹ e a fundamentação da justiça e dos direitos em um contrato social, um contrato original, não real e inusitadamente imaginário. As razões pelas quais Kant erigiu sua teoria sobre um contrato imaginário são examinadas por Sandel (2012, p. 172): primeiro, porque muitas vezes é difícil provar na história remota das nações, que um contrato social tenha sido feito de fato; segundo, porque princípios morais não podem derivar apenas de fatos empíricos e da mesma forma que a lei moral não pode ter como base os interesses ou desejos dos indivíduos, os princípios de justiça não podem se fundamentar nos interesses ou desejos de uma comunidade. Esse contrato imaginário seria uma *ideia de razão*, com o fim de exigir que o legislador enquadre suas leis de forma a parecer que elas tenham sido criadas pela vontade unânime da comunidade, daí o cidadão estaria compelido a respeitá-la como se houvesse concordado com ela.

Esse insólito contrato imaginário assinala em sua teoria um singular paradoxo. Ao mesmo tempo que é a expressão do livre-arbítrio, ele também passa a ser um instrumento de alienação da liberdade. Figura da autonomia, o contrato revela também a ambivalência da liberdade: “ao assumir o contrato, o eu pode perder-se, comprometer-se radical e definitivamente.” (OST, 2007, p. 367). Certamente o contrato assumirá na modernidade ocidental uma considerável importância, inclusive a título de fundamento da sociedade política, levando ao extremo o paradoxo entre a liberdade, a autonomia e o individualismo. Uma ilusão de liberdade “que se toma a si mesma como fim último se

¹¹ No entender de Kant uma constituição justa tem o objetivo de harmonizar a liberdade individual com a liberdade de todos os demais, o que em nada teria a ver com a maximização da utilidade, que não deve interferir na determinação dos direitos básicos. Basear os direitos na utilidade seria a afirmação de uma concepção de felicidade social em detrimento de outras, tal como a infração à liberdade do outro. (SANDEL, 2012, p.171).

aliena; uma autonomia radical se aprisiona; um indivíduo solipsista se destrói.” (OST, 2007, p. 367).

IV Necessárias reflexões à fundamentação dos direitos humanos

Segundo Kant a própria humanidade é uma dignidade. A perspectiva moral dos princípios norteadores dos direitos humanos segue, em grande medida, àqueles determinados pelo pensamento crítico kantiano. A ideia de razão prática kantiana é fundamental para as tentativas contemporâneas de legitimação dos direitos humanos; com sua crítica da razão, apresenta na verdade, uma concepção substancial de racionalidade prática que contrasta com a proposta inicial aristotélica.

Mas o que nos interessa ressaltar é que a razão kantiana está contida na decisão a favor de si mesma, isto é, está embutida em uma decisão que a estabelece como fundamento. A legislação da razão não tem para Kant como expressar outra coisa senão ela própria, e também não procura outra coisa senão a si mesma (KANT, 2003, p. 71). Os requisitos da moral derivam do fato de que os seres humanos são seres livres e podem exercitar essa liberdade pelo raciocínio moral. O suporte do conhecimento normativo é a autonomia da razão pura prática. As apreciações morais que distinguem entre o correto e o incorreto, o legítimo e o ilegítimo, o justo e o injusto, não constituem meras expressões dos sentimentos familiares de aprovação e reprovação. Para Kant existe um princípio filosófico moral, válido e vinculante, acessível ao conhecimento humano, que estabelece uma linha divisória inalterável entre o moralmente permissível e o moralmente condenável: tal princípio oferece critérios à luz dos quais a qualidade moral (e jurídica) das ações humanas pode ser julgada.

Como já ressaltado no item anterior, Kant utiliza a liberdade que não se restringe ao indivíduo e à sua conduta subjetiva, mas é também uma liberdade compartilhada com os outros. A administração legal dessa liberdade é o ponto central do problema para Kant, já que todos os seres humanos são igualmente livres: a solução seria uma ordem legal que estabeleça e promova a garantia e coexistência externa e pública das liberdades; outra forma de delimitação seriam as leis éticas, ou leis da moralidade, que exigem que as próprias leis sejam o princípio de determinação das ações. Portanto, são as máximas da moralidade que orientam e definem as ações que a liberdade de arbítrio

pode fazer ou deve evitar para que a liberdade do próximo não seja violada (KANT, 2003, p. 77).

A liberdade é na visão de Kant o supremo direito humano (KANT, 2003, p. 83), fundador de todos os outros. Assim é que grande parte dos jusfilósofos, cada um a sua maneira e em diferentes graus, mantém a mesma fundamentação no sentido de que o conceito racional do direito kantiano possibilita também a ideia dos direitos humanos.¹² No entanto, essa dependência da fundamentação kantiana entre os direitos humanos e os pressupostos teóricos da moral kantiana não é um consenso entre vários pensadores.

Vicente Barreto demonstra preocupação sobre a necessidade de uma releitura da tradição kantiana, no contexto em que as leis morais são fruto da razão do homem e por essa razão, universais, não dependendo de uma vontade circunstancial do legislador.

Essa releitura, ao mesmo tempo em que procura despír o projeto kantiano de seus aspectos metafísicos, é que poderá permitir que sejam identificados argumentos racionais para assegurar a fundamentação ética dos direitos humanos (BARRETO, 2007, p.103).

Essa fundamentação crítica ou moral deve ser construída a partir do fato de que os direitos humanos remetem à exigências imprescindíveis para a vida do indivíduo, que sabemos, encontram a sua formulação na ideia da dignidade humana, cerne dos direitos humanos. Através dela asseguram-se as múltiplas dimensões da vida humana, garantidoras da realização integral da pessoa. E por isso é que a concepção individualista do ser humano, própria do Estado liberal, cede lugar à concepção moral do homem como ser social, sujeito de direitos materiais a serem assegurados pela sociedade (BARRETO, 2007, p. 102).

No entanto, para que os direitos humanos recuperem o seu significado moral original, para que possa legitimar e garantir uma nova ordem jurídica e a “magia performativa da ordem jurídica, é necessário passar por um processo de desfetichização,

¹² Segundo HÖFFE na visão kantiana “os direitos humanos são aqueles direitos que competem a todo ser humano como tal, independentemente de circunstâncias pessoais, de constelações políticas e de condições históricas. Como é juridicamente lícita toda ação que seja compatível com a liberdade de todos os outros, compete ‘a todo homem, em virtude da sua humanidade’, aquele grau de liberdade que ‘possa coexistir com a liberdade de qualquer outro, conforme a uma lei universal’ A liberdade compatível com a liberdade de todos os demais é o único direito humano; poderse-ia dizer também: o único critério de todos os direitos humanos. (HÖFFE, 2005, p. 242).

que os liberte da máscara fetichista e dogmática em que se encontram aprisionados”.¹³ Os direitos humanos transformaram-se no processo de crise da lei, correndo o risco de acabar desconectado da realidade social objetiva. Mas o problema reside ainda, segundo Vicente Barreto, na possibilidade de se estabelecer uma ponte entre os valores morais e a ordem jurídica, recusando-se desde já, uma solução moralista para o problema, qual seja, “a de transformar o Direito em instrumento das opções morais dos indivíduos.” (BARRETO, 2007, p. 103). O imperativo categórico kantiano serve como núcleo de princípios morais e que podem superar a tautologia contida na afirmativa de que direitos humanos são os direitos do ser humano, como já escrito anteriormente, mas para isso, torna-se necessário determinar como o imperativo jurídico categórico se expressa através de princípios morais, que são imperativos, e dos quais são derivados os direitos humanos:

O imperativo jurídico categórico serve como núcleo de princípios morais, que poderão superar a tautologia contida na afirmativa de que direitos humanos são os direitos do ser humano. Para isto, torna-se necessário determinar como o imperativo jurídico categórico se expressa através de princípios morais, que são imperativos, e dos quais são derivados os direitos humanos. A principal característica dos direitos humanos é a de que se referem a bens de importância essencial para a pessoa humana, considerados como imperativos. A definição dos direitos humanos pode ficar assim restrita, quando se retirando do seu âmbito aqueles direitos morais que não se relacionam diretamente com a realização da pessoa humana. Os princípios que fundamentam os direitos humanos, por sua vez, dizem-se categóricos porque não condicionam a titularidade de tais direitos às condições particulares dos seres humanos, tais como nacionalidade, riqueza, religião, gênero e assim por diante. Eles existem por si mesmos, mas estando sempre presentes na regulação das particularidades sociais e culturais de cada indivíduo. Esses princípios, que formalizam o imperativo categórico, quando combinados no espaço de uma sociedade democrática, ordenadora de relações intersubjetivas, é que irão fundamentar os direitos humanos. Os direitos humanos representariam a positivação de princípios fundadores, que por sua natureza moral asseguram o caráter de universalidade dessa categoria de direitos (BARRETO, 2007, p. 102).

Apesar das críticas, a concepção kantiana da racionalidade prática mantém-se porque esta seria apenas um instrumento para a administração dos interesses humanos. Sua ideia é justamente a de uma vontade que realiza a passagem entre o reconhecimento do *princípio* e a *ação* conforme a representação da lei moral. O homem é um ser capaz de *boa vontade*, sujeito da razão prática incondicional, e por isso tem dignidade e não um preço.

¹³ Fetice que no caso dos direitos humanos não assume uma conotação pejorativa, mas como ‘objeto a que se atribui poder sobrenatural e se presta culto’. (BARRETO, 2007, pp. 2-8).

V Considerações finais

Realmente os seres humanos refletem um tipo de moralidade que torna um desafio a apresentação de possíveis fundamentos filosóficos para que os direitos humanos sejam finalmente inseridos no contexto de uma sociedade democrática.

É inevitável a percepção de que a atualidade reivindica uma justificação ética dos direitos humanos para além da legalidade de sua normatividade jurídica. Como tratou Vicente Barreto, não se trata apenas de providenciar uma identificação pura e simples dos direitos humanos como uma prática democrática, mas de considerá-las num patamar superior, legitimador de uma nova ordem jurídica, bem como admitir sua fundamentação em princípios externos ao próprio sistema – os princípios kantianos da razão prática – enfim, um remissão aos fundamentos morais da pessoa, do Estado e da sociedade, permitindo uma leitura mais sofisticada dos direitos humanos como a salvaguarda da dignidade do ser humano.

VI. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999.

BARRETO, Vicente de Paulo. Direito cosmopolítico e direitos humanos. *Estudos Jurídicos*, vol. 40, n.2, julho-dez. 2007, p. 103.

_____. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008.

FERREIRA MENDES, Gilmar, *et.al.*, Curso de Direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valério Rodhen. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. O imperativo categórico do direito: uma interpretação da “Introdução à Doutrina do Direito”. *Studia Kantiana- Revista da Sociedade Kant Brasileira*. Trad.: Valério Rohden e Rogério Passos Severo. Vol. 1, n. 1, set, 1998.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. On the common saying: “This may be true in theory, but it does not apply in practice”. Trad. H.B. Nisbet. *Kant’s Political Writings*. Cambridge University Press, 1970, pp. 73-74.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

OST, François. *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007.

SANCHIS, Pietro de. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994.

SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SPINOZA, Baruch de. *Ética Demonstrada à Maneira dos Geômetras*. Tradução: Jean Melville. São Paulo, SP: Martin Claret, 2003.