

# EQUIDADE NA *DOCTRINA DO DIREITO* DE KANT: UM DIREITO QUE, NÃO SENDO UM DIREITO, ENFRAQUECE A “TESE DA INDEPENDÊNCIA”

## EQUITY ON KANT’S *DOCTRINE OF RIGHT*: A RIGHT THAT, NOT BEING A RIGHT, WEAKENS THE “INDEPENDENCE THESIS”

Thadeu Weber\*  
Mártin P. Haeblerlin\*\*

RESUMO – O presente trabalho tem por objetivo abordar criticamente a chamada “tese da independência” (*Unabhängigkeitsthese*) entre Direito e Ética a partir do texto kantiano sobre a equidade em sua *Doutrina do Direito*. Para essa abordagem crítica, procurou-se demonstrar um enfraquecimento da “tese da independência” segundo conceitos endógenos à obra de Kant, a partir do que convençamos tratar-se de uma abertura oblíqua da sua lei jurídica à ética. A fim de o demonstrar, usamos um caminho metodológico analítico dividido em três momentos: (i) a análise do conceito de direito em Kant; (ii) uma abordagem explicativa da “tese da independência”; e (iii) uma abordagem crítica da “tese da independência”.

PALAVRAS-CHAVE – Immanuel Kant, Doutrina do Direito. Tese da independência. Equidade. Moral. Direito. Ética.

ABSTRACT – The present paper has the purpose of making a critical approach of the so called “independence thesis” (*Unabhängigkeitsthese*) between Law and Ethics based on the Kantian text about equity in his *Doctrine of Law*. To this critical approach, a weakening of the “independence thesis” is demonstrated according to some endogenous concepts of the Kant work, which we believe deals with an oblique

\* Doutor em Filosofia (UFRGS). Professor dos Programas de Pós-Graduação em Filosofia e Direito (PUCRS). <weberth@puccrs.br>.

\*\* Doutorando e Mestre em Direito (PUCRS). Bolsista PROBOLSA (PUCRS). Professor de Teoria Geral do Direito e Teoria Geral do Direito Civil (Laureate/UniRitter). Advogado.

opening of the Kantian's law to ethics. To demonstrate this, we follow a methodological analytic way divided in three moments: (i) an analysis of the concept of law in Kant; (ii) an explanatory approach of the "independence thesis"; and (iii) a critical approach of the "independence thesis".

KEYWORDS – Immanuel Kant. Doctrine of Right. Independence thesis. Equity. Moral. Law. Ethics.

---

## Introdução

Immanuel Kant, antes de tratar propriamente da *Doutrina do Direito* (*Rechtslehre*) e da *Doutrina da Virtude* (*Tugendlehre*) em sua *Metafísica dos Costumes* (*Metaphysik der Sitten*)<sup>1</sup>, escreve uma introdução a noções elementares de alguns institutos, de regra, já conhecidos na obra kantiana, acrescentando, logo após, uma introdução à Teoria do Direito.<sup>2</sup>

Chama especial atenção, ao propósito deste ensaio, o apêndice dessa introdução, em que Kant concebe a existência de um "direito em sentido estrito" e de um "direito em sentido lato", neste inserindo o que vem a chamar "direito equívoco": a equidade (*aequitas*) e o direito de necessidade (*jus necessitatis*). Às últimas linhas do tópico em que arrazoia sobre equidade, tema ao qual não dedica expressamente mais do que quatro enxutos parágrafos, Kant endossa o ditado de que "*o Direito estrito é a maior injustiça*" e adverte: "*não é possível remediar esse mal pela via judicial, mesmo que se refira a uma exigência do direito, porque essa pertence ao tribunal da consciência (forum coeli), ao passo que a questão de direito é discutida no direito civil (forum soli)*"<sup>3</sup>. Mesmo subtraindo da equidade a coerção (*Zwang*) e resignando ela a um caráter interno – duas características opostas à caracterização do direito – reserva a ela um espaço dentro daquele seu conceito de "direito amplo".

---

<sup>1</sup> O presente trabalho tem por base a seguinte edição: KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*. Werkausgabe Band VIII. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel. 5 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982. Passa-se a utilizar, nas referências à obra que se seguem no presente texto, a abreviatura "MS". As citações da obra aqui utilizadas são traduções livres feitas pelos autores deste texto, sempre em cotejo com as traduções de Edson Bini (*Doutrina do Direito*) e Joãozinho Beckenkamp (*Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito*).

<sup>2</sup> Convém lembrar que a *Metafísica dos Costumes* é obra madura de Kant, publicada em 1797, ou seja, posterior inclusive às três *Críticas* (publicadas, respectivamente, em 1781, 1788 e 1791), à *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (publicada em 1785) e à *Paz Perpétua* (publicada em 1795).

<sup>3</sup> MS, p. 342.

Diante dessa constatação, que surpreende dentro do contexto conceitual kantiano que separa, “categoricamente”, Direito e Ética<sup>4</sup>, disciplinando-os de maneira exclusiva e independente, nosso propósito com o presente ensaio é tentar demonstrar que a equidade na doutrina do direito de Kant, da maneira como é conceituada, assume o papel oblíquo – e necessário – de enfraquecer a “tese da independência” (*Unabhängigkeitsthese*) entre Direito e Ética. Para tanto, num primeiro momento, invocaremos o próprio conceito de direito em Kant, a fim de sustentar que esse conceito não é compatível com o seu conceito de equidade. Ato contínuo, exporemos as razões kantianas da “tese da independência”, a fim de demonstrar que a equidade assemelha-se antes à ética que ao direito no sistema kantiano. Por fim, advogaremos que o arrazoado sobre a equidade, aproximando-a da ética, é um artifício encontrado por Kant para suprir equívocos existentes nos fundamentos da “tese da independência”, de modo que o direito kantiano comportaria julgamentos fundados na ética.

## 1 O conceito de direito e o espaço de um direito que não é direito

Se, de um lado, Kant propõe, em cada uma de suas *Críticas*, a análise de um tipo diferente de lei (a saber, a lei da natureza na *Crítica da Razão Pura* – KrV –, a lei da liberdade na *Crítica da Razão Prática* – KpV – e a lei estética na *Crítica do Juízo* – KU), de outro, isso não significa uma autonomia plena dessas análises ao longo de sua obra. Ao contrário, a exposição acerca da filosofia transcendental obtida na persecução de uma razão pura na KrV manifestar-se-á como base pressuposta às outras obras de *Crítica* e escritos posteriores.<sup>5</sup> É dizer, os conceitos básicos kantianos apresentados nestas possuem uma pretensão de universalidade e validade atemporal que só serão possíveis mediante a distinção feita na KrV entre juízos analíticos e juízos sintéticos e,

<sup>4</sup> Aqui, cumpre ressaltar uma questão terminológica de extrema relevância, que transcende ao meramente semântico: na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática*, Kant insiste na distinção entre Direito e Moral; já uma leitura atenta da *Metafísica dos Costumes* (1ª parte) não deixa dúvidas: a distinção é entre Direito e Ética, tendo como fundo comum as leis morais (o termo “*ethische Gesetzen*” é utilizado para designar a espécie e o termo “*moralischer Gesetzen*” para designar o gênero). No presente texto, como direcionamos nossa atenção para a *Metafísica dos Costumes*, adotamos distinguir Direito e Ética. Nesse sentido, vide: BECKENKAMP, O Direito como Exterioridade da Legislação Prática em Kant..., p. 155; e TERRA, A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana..., *passim*.

<sup>5</sup> Vide: LOPARIC, O problema fundamental da semântica jurídica de Kant..., p. 5; e OLIVEIRA, *Tractatus Ethico-Politicus*..., p. 168.

principalmente, na descoberta de tipos diferenciados de juízo que o filósofo designa “sintéticos *a priori*”<sup>6</sup>.

A percepção da necessidade da razão pura, no que toca à lei da liberdade, explicitada como o objeto da filosofia moral, pode ser verificada logo na Introdução da KpV, quando Kant afirma: “[...] *será preciso que a divisão de uma crítica da razão prática seja ordenada, nas suas linhas gerais, segundo a divisão da razão especulativa*”<sup>7</sup>.

No que se refere à *Metafísica dos Costumes*, obra que demanda nossa análise mais cuidadosa, por ser no bojo da qual é apresentada a *Doutrina do Direito*, essa correlação de imprescindibilidade entre lei da natureza e lei da liberdade aparece quando o filósofo de Königsberg discorre sobre a “ideia e a necessidade de uma metafísica dos costumes”. Ao contrapor a lei moral com os princípios da física, Kant aduz que, enquanto a Física admite a proposição de princípios gerais derivados da experiência, as leis morais “*não têm força de leis a não ser enquanto possam ser consideradas como fundamentadas a priori e necessariamente*”<sup>8</sup>. Para ele, a formulação de leis morais com base empírica suscitaria “*erros grosseiros e perniciosos*”<sup>9</sup>, posto que “*a experiência somente nos pode ensinar o que nos proporciona prazer e satisfação*”<sup>10</sup>. Daí porque toda e qualquer tentativa de legislação moral reduzida ao empírico restaria frustrada em sua origem. Uma iniciativa desse gênero seria uma *generalização* inconfundível com a *universalização* que as leis como princípios válidos *a priori* demandam<sup>11</sup>, posto que “*toda aparência de racionalização a priori nisso não é, em princípio, senão a experiência generalizada pela indução*”<sup>12</sup>. Eis o motivo posto da necessidade de uma formulação incondicionada, universal e apriorística de um sistema bem formado de legislação moral, o qual Kant procurará desenvolver.

Por isso, a alocação do direito – que orbita, para Kant, as leis da liberdade (leis morais) – no plano da *Metafísica dos Costumes*, a qual

<sup>6</sup> Embora essa não seja a proposta do presente ensaio, convém lembrar que, na definição de Kant, os juízos analíticos diferenciam-se dos sintéticos porque naqueles o predicado está contido no sujeito (é apenas explicativo), enquanto nos sintéticos o enunciado está fora do sujeito e acrescenta algo a ele (é extensivo). Já os juízos sintéticos *a priori* são aqueles em que o enunciado é extensivo, acrescentando o predicado ao sujeito do enunciado, mas que não pode ser constatado pela experiência. Para Kant, a existência de juízos deste tipo seria responsável pelo conhecimento, já que este só é possível com validade de lei e independente das sujeições empíricas, vale dizer, só é possível pelo modo de conhecer da razão pura. Cf. KANT, *Crítica da Razão Pura*.

<sup>7</sup> KANT, *Crítica da Razão Prática*, p. 24.

<sup>8</sup> MS, p. 319.

<sup>9</sup> MS, p. 320.

<sup>10</sup> MS, p. 320.

<sup>11</sup> KANT, *La Paz Perpetua*..., p. 26.

<sup>12</sup> MS, p. 320.

dispõe exatamente sobre as duas ramificações das leis da liberdade: as leis éticas, na *Doutrina da Virtude*, e as leis jurídicas, na *Doutrina do Direito*.<sup>13</sup> Assim como seria sem sentido, para o autor, formular leis éticas com base empíricas, as leis jurídicas também não poderiam ser obtidas na casuística legiferante ou jurisdicional; ao contrário, elas não prescindem de uma base metafísica, em que seja demonstrada a possibilidade de juízos sintéticos *a priori*.<sup>14</sup>

Sua tarefa, por metafísica, consistirá na tentativa de provar a possibilidade conceitual de um “direito em si”. 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. Uma metáfora sintetiza a ideia: “*A ciência puramente empírica do Direito é (como a cabeça de Fedro) uma cabeça que poderá ser bela, mas infelizmente não tem cérebro*”<sup>15</sup>.

Essa constatação da necessidade de universabilidade e atemporalidade abrirá espaço para uma construção de um conceito de direito baseado em três noções da obrigação jurídica: 1. a relação exterior e prática na ação de uma pessoa com outra capaz de exercer influência sobre outras ações interpessoais; 2. a relação do arbítrio na ação de uma pessoa com o arbítrio de outra; 3. a consideração apenas da forma, não do conteúdo, desta relação entre arbítrios vista sob a perspectiva da liberdade.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> “Essas leis da liberdade são chamadas de morais, de forma a serem distinguidas das leis naturais ou físicas. Quando se referem somente a ações externas e a sua legitimidade, são chamadas de *jurídicas*. Porém, se, além disso, exigem que as próprias leis sejam os princípios determinantes da ação, então são chamadas de *éticas* na acepção mais própria da palavra”. KANT, Immanuel. *MS*, p. 318. Sobre essa questão, vide: LOPARIC, O problema fundamental..., p. 6; HOFFE, *O que é justiça?*, p. 76-7.

<sup>14</sup> Como refere Loparic, ao explicitar o objeto que dá nome ao seu artigo: “... o problema da possibilidade dos juízos *a priori* básicos do direito é o problema fundamental da *semântica jurídica* de Kant”. LOPARIC, Zeljko. O problema fundamental..., p. 5.

<sup>15</sup> *MS*, p. 336.

<sup>16</sup> Há dois elementos fundamentais presentes nessas três noções, que são o arbítrio e a liberdade. Para Kant, arbítrio é uma faculdade que visa a produzir determinado objeto. Conforme Zeljko Loparic, o arbítrio pode ser definido como “a capacidade de agir ou deixar de agir segundo o nosso bel-prazer [...]” (LOPARIC, O problema fundamental..., p. 6). Diz-se arbítrio, pois a faculdade de agir com a consciência da produção de fenômenos sensíveis. No que concerne à liberdade, Kant começará sua definição relacionando-a com o arbítrio, manifestando que o arbítrio livre mostra-se pela independência entre o impulso sensível e a sua determinação. Para ele, liberdade é “a faculdade da razão pura de ser prática por si mesma” (KANT, *Teoria y Práctica*, p. 27). Kant afirma, explicitamente, que “a noção de *liberdade* é um conceito puro da razão, sendo, por isso, transcendente para a filosofia teórica” (*MS*, p. 326, grifo no original). Essas são as noções que determinam uma causalidade da razão pura apartada das condições empíricas e, assim, possibilitarão leis práticas absolutas – jurídicas ou éticas – no domínio de uma razão pura prática.

Unindo em um princípio universal do direito as noções de arbítrio e liberdade, onde indica ser “*justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais*”<sup>17</sup>, e formulando como lei universal do direito o imperativo “*age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal*”<sup>18</sup>, Kant definirá o direito como: “*conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode coexistir com o do outro segundo uma lei universal de liberdade*”<sup>19</sup>.

Em síntese, pode-se entender o direito, para Kant, como um instrumento apto a conduzir a coexistência dos sujeitos, já que a “lei universal da liberdade” servirá como reguladora dos arbítrios, impedindo a ditadura do arbítrio de um sujeito na liberdade de outro, garantindo-se a paz que o direito persegue.<sup>20</sup> *Grosso modo*, Kant formula como lei universal a máxima popular de que a liberdade de um termina quando começa a liberdade do outro. Assim, se, por exemplo, alguém se apropriar de um determinado objeto fazendo o mesmo de sua posse sensível, é necessário que tal posse não desafie a posse ou o domínio de outro sujeito, caso em que os arbítrios não poderiam ser conformados (coexistir).

O exemplo citado esclarece, também, o último elemento fundamental que Kant agrega a sua definição: o fato de o direito ser inseparável da faculdade de obrigar. Segundo o filósofo, embora a resistência seja um obstáculo à liberdade, se ela ocorre para impedir uma ação em desconformidade a leis gerais (isso é, uma ação injusta), ela está em conformidade com as leis gerais (vale dizer, a resistência é justa). Logo, para ele, o princípio da não contradição força à conclusão de que o “*direito é inseparável [...] da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício*”<sup>21</sup>. E, nessa esteira de raciocínio, afirma de maneira contundente: “*o direito e a autorização de coerção são, portanto, uma mesma coisa*”<sup>22</sup>. Tornando ao exemplo: se o arbítrio do sujeito que se apropria de um objeto como seu interfere no arbítrio de outro sujeito que possuía anteriormente aquele objeto como seu, fazendo a posse injusta, é possível uma resistência legítima deste.

E como Kant define a equidade? Embora tal definição, estranhamente, não apareça pontuada na *Doutrina do Direito* – como ocorre com a maioria dos conceitos elementares trabalhados na *Metafísica dos Costumes* –,

---

<sup>17</sup> MS, p. 337.

<sup>18</sup> MS, p. 338.

<sup>19</sup> MS, p. 337.

<sup>20</sup> LOPARIC, O problema fundamental..., p. 3.

<sup>21</sup> MS, p. 339.

<sup>22</sup> MS, p. 340.

alguns elementos são fornecidos para se a entender, como a primeira referência feita sobre esse vocábulo, concomitante à referência sobre o “direito de necessidade”<sup>23</sup>, onde Kant afirma: “A equidade admite um direito sem coerção e a necessidade uma coerção sem direito”<sup>24</sup>. Adiante, ao comentar especificamente a equidade, ele ratifica que a equidade não é manifestada por um dever ético, pois “aquele que pede algo por essa razão funda-se em seu direito”<sup>25</sup>. A equidade é, para Kant, uma “divindade muda, cuja voz não pode ser escutada”<sup>26</sup>.

Fica evidente que, a despeito de Kant insistir em referir a equidade como um direito, a equidade não se amolda à definição de direito como “coexistência de arbítrios” ou como “faculdade de obrigar”. Se a equidade não pode obrigar, ela não pode ser considerada direito. Transpondo-se ao exemplo referido, se o arbítrio do sujeito que se apropria de um objeto como seu interfere no arbítrio do sujeito que possuía como seu aquele objeto – e considerando que este tinha sua posse fundada apenas em um título de equidade –, não seria possível, dentro do sistema de conceituação kantiana, uma resistência legítima sua, posto que a liberdade no exercício da posse não obriga àquele. Com base na definição kantiana de direito e na sua concepção de equidade, é ilógico, portanto, sustentar que a equidade seja um direito.

A fim de consertar conceitualmente esse paradoxo, Kant cria a figura do “direito equívoco” (*jus aequivocum*), onde se enquadrariam a equidade e o direito de necessidade. O direito seria composto, então, de um “direito em sentido estrito”, acompanhado da faculdade de obrigar, e de um “direito em sentido lato”, desacompanhado dessa faculdade.

Suspendendo por ora um juízo crítico mais aprofundado, é de se salientar que para quem, minimamente familiarizado com os textos de Kant, conhece sua compulsiva precisão nos acordos semânticos e no obsessivo desejo de reconhecer universais, chama a atenção o fato de o filósofo de Königsberg promover essa mitigação na constatação de que o direito é indissociável da faculdade de obrigar, passando tal faculdade a ser válida em uma “espécie” de direito (estrito) e em outra “espécie” (lato) não. A equidade será considerada direito, para Kant, embora, por definição, seja ela a negação da definição de direito. Kant criou com a equidade, pode-se dizer, o espaço de um direito que não é direito.

<sup>23</sup> Muitas das críticas aos fundamentos kantianos para a independência entre Direito e Ética podem ser endereçados também ao que Kant designa “direito de necessidade”. O objeto do presente ensaio, porém, é o enfraquecimento da “tese da independência” relacionado à equidade.

<sup>24</sup> *MS*, p. 341.

<sup>25</sup> *MS*, p. 341, grifo no original.

<sup>26</sup> *MS*, p. 342, grifo no original.

## 2 A “tese da independência” e o espaço de um direito que não é direito

De importância igualmente fundamental na Doutrina do Direito, ao lado da definição de direito, estão os fundamentos da “tese da independência” (*Unabhängigkeitsthese*) entre direito e ética. De comum, direito e ética possuem a fundamentação válida incondicionalmente, o que é possível abstraindo-se toda matéria empírica das ações morais (jurídicas e éticas) e concentrando-se na forma da legislação que deve ser a ela aplicada.

Essa supremacia da forma em detrimento do conteúdo já havia sido desenvolvida por Kant – para as leis éticas – no Teorema III da KpV, consistente na seguinte hipótese argumentativa: “Quando um ser racional deve conceber as suas máximas como leis gerais práticas, só pode concebê-las como princípios que contêm a base de determinação da vontade, não segundo a matéria, mas unicamente segundo a forma”<sup>27</sup>. A conclusão, contudo, estende-se à filosofia prática em geral (ou seja, nela incluindo as leis da liberdade jurídicas).<sup>28</sup>

Como resultado da tarefa de elaborar leis universais (válidas *a priori* e, portanto, incondicionalmente), podemos encontrar uma formulação primeira do imperativo categórico de Kant na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*<sup>29</sup>, obra de ensaio para a KpV, onde, no § 7, Kant esculpiria e demonstraria<sup>30</sup> a possibilidade da famosa Lei fundamental da razão pura prática (“Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”<sup>31</sup>), a qual podemos, agora, contrapor com a supracitada lei universal do direito (“age exteriormente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal”<sup>32</sup>).

Todavia, se a semelhança fundamental na construção universalista do direito e da ética na metafísica dos costumes kantiana reside no

<sup>27</sup> KANT, *Crítica da Razão Prática*..., p. 38.

<sup>28</sup> KANT, *La Paz Perpetua*..., p. 106-7.

<sup>29</sup> Vale lembrar que é na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* em que Kant, pela primeira vez, ocupa-se com a questão da filosofia prática, o que ocorre ante ao seu propósito de fazer uma transição da razão vulgar para o conhecimento científico e deste para a metafísica dos costumes, espaço onde encaixa o seu imperativo categórico transformado em “lei universal da filosofia prática”. KANT, *Fundamentación*..., passim.

<sup>30</sup> A lei universal da razão prática possui papel distinto na *Fundamentação* e na KpV: “Se, na *Fundamentação*, ‘fixa’ o princípio supremo da moralidade, na *Crítica da Razão Prática*, mostra como ele é possível”. WEBER, *Ética e Filosofia Política*, p. 51.

<sup>31</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*..., p. 42.

<sup>32</sup> MS, p. 338.

formalismo de suas leis categóricas constituintes – o que se pode afirmar uma similitude de método –, a partir da composição dessas leis universais podemos começar a depurar suas diferenças.

A primeira, que salta aos olhos, é o acréscimo do advérbio “exteriormente” na lei jurídica. Trata-se do primeiro fundamento citado para separar direito e ética: “Quando se referem somente a ações externas e a sua legalidade, são chamadas de jurídicas. Porém, se exigem que as próprias leis sejam os princípios determinantes da ação, então são chamadas de éticas”<sup>33</sup>. À luz dessa diferenciação, Kant afirma que a liberdade nas leis jurídicas não exige mais do que a conformação entre arbítrio e ação externa enquanto a liberdade nas leis éticas exige a conformação do arbítrio no exercício exterior e interior do ato.

É na consecução da tarefa de dividir a metafísica dos costumes, com o propósito de elaborar uma *Doutrina do Direito* apartada de uma *Doutrina da Virtude*, que Kant será mais claro nesta separação entre leis jurídicas e leis éticas, ao sustentar:

Na legislação jurídica os deveres só podem ser deveres externos porque essa legislação não exige que a Ideia desses deveres, que é interna, seja por si mesma o fundamento determinante do arbítrio do agente; e como, todavia, necessita móveis apropriados a uma lei, tem de buscar os externos. A legislação ética, ao contrário, erigindo em deveres os atos internos, não exclui os externos e sim, ao contrário, reivindica tudo que é dever em geral.<sup>34</sup>

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<sup>35</sup>. 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

<sup>33</sup> MS, p. 318, grifos no original.

<sup>34</sup> MS, p. 324.

<sup>35</sup> Referido exemplo possui inspiração no artigo 1.238 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002).

do critério cronológico, que a posse do imóvel para o usucapião fosse de boa-fé<sup>36</sup>. 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).

Surge então, no desenrolar da exposição do critério de legislação externa/interna como diferenciador da legalidade/eticidade, um último fundamento para a “tese da independência”, exposto por Kant de concomitantemente ao anterior, embora se possa, a exemplo de alguns comentaristas, diferenciá-lo<sup>37</sup>. Trata-se da conformidade no propósito entre ação e dever. Para o filósofo, a ação ética é aquela praticada quando o sujeito, sem qualquer inclinação ou intuito de vantagem no seu ato, mas apenas pelo respeito ao dever, obedece ao seu dever. Já a ação legal seria aquela em que, com ou sem inclinação, basta perquirir a conformidade entre a ação e o dever. Vale transcrever, mais uma vez, a explicação comparativa do próprio Kant:

[...] A legislação que de uma ação faz um dever e que ao mesmo tempo dá tal dever por motivo, é a legislação *ética*. No entanto, aquela que não faz entrar o motivo na lei, que, consequentemente, permite outro motivo à Ideia do dever, é a legislação *jurídica*. [...]

A conformidade ou a não-conformidade pura e simples de uma ação com a lei, sem ter em conta os seus motivos, chama-se *legalidade*. Porém, essa conformidade, na qual a Ideia do dever deduzida da lei é ao mesmo tempo um móvel de ação, é a *eticidade* da ação.<sup>38</sup>

Aqui, chega o momento em que devemos tentar situar a equidade conforme a “tese da independência”, analisando se suas características são aproximadas ao direito ou à ética. Nesse sentido, a comparação entre as duas leis universais não é de todo esclarecedora. Nem a lei universal do direito comporta a equidade, nem a lei da razão pura prática.<sup>39</sup>

Contudo, o critério da exterioridade/interioridade fornece bons elementos, pois a equidade está no âmbito interno, como se percebe da afirmação, já citada: “*não é possível remediar esse mal pela via judicial, mesmo que se refira a uma suficiência do direito, porque essa pertence ao tribunal da consciência (forum coeli), ao passo que a questão de direito é discutida no direito civil (forum soli)*”<sup>40</sup>. A indicação de que a equidade

<sup>36</sup> O exemplo também tem assento no Código Civil, mais precisamente no artigo 1.242.

<sup>37</sup> Cf. BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant...*, p. 53.

<sup>38</sup> *MS*, p. 324, grifos no original.

<sup>39</sup> Leituras minimamente ortodoxas do imperativo excluiriam a universalização da equidade, porquanto a mesma possui teor casuístico difícil de compatibilizar com o formalismo do imperativo.

<sup>40</sup> *MS*, p. 342.

opera no âmbito interno é repetida também naquela passagem em que o filósofo usa a metáfora da “divindade muda, cuja voz não pode ser escutada”<sup>41</sup>. Ora, a equidade, cuja presença está “somente” no tribunal da consciência e cuja voz é muda, só pode ser alocada no âmbito interno, lugar pertencente à ética, não ao direito, no sistema de conceituação kantiano.

Em relação ao último critério (conformidade entre ação e dever), também se pode dizer que a equidade aproxima-se mais à noção de ética, pois a ação que tem como móbil a equidade nunca será uma ação interessada no sentido de buscar um benefício. Antes, ela coincidirá com a busca de um justo em si<sup>42</sup>.

A equidade aparece, então, quase em sinonímia da ética e, destarte, contraposta ao direito. Kant descreve os fundamentos para separar o direito da ética e, analisando cada um deles, percebe-se que a equidade, considerada direito para Kant, assemelha-se mais às características da ética. Mais uma vez, a equidade mostra-se um direito que não é direito.

### 3 Os problemas da “tese da independência” e a tentativa de os suprir pelo espaço de um direito que é mais do que um direito

Nos dois itens anteriores, procurou-se demonstrar alguns elementos centrais da *Doutrina do Direito* de Kant, lançando mão dos conceitos kantianos e procurando ser o mais fidedigno ao que ele apresenta, sem fornecer elementos críticos. Mister se faz, agora, demonstrar alguns dos problemas que podemos encontrar na “tese da independência”.

O primeiro deles, pela cronologia exposta, relaciona-se ao próprio conceito de direito quando se lhe conecta a inexorável faculdade de obrigar<sup>43</sup>. Nesses termos, o conceito de direito estaria afastando-se da ética, por se acreditar que essa não estaria acompanhada de tal

<sup>41</sup> MS, p. 342, grifo no original.

<sup>42</sup> Vale anotar que Kant, ao final do arrazoado sobre direito equívoco, escreve: “Vimos que em dois juízos de direito (o direito de equidade e o de necessidade), a ambiguidade (*aequivocatio*) provém da confusão entre fundamentos objetivos e subjetivos do exercício do direito perante a razão e a Justiça, visto que nesses casos o que todos reconhecem como essencialmente justo em si não tem confirmação perante os tribunais, os quais absolvem o que deve ser considerado como injusto em si; porque a noção do direito nesses casos não pode ser tomada no mesmo sentido”. MS, p. 343-4.

<sup>43</sup> Não procuraremos, aqui, enfrentar o problema específico da definição do direito a partir de um critério puramente formal (ou, o chamado problema do formalismo), por acreditar que este arrazoado deitaria raízes em questões que, não obstante importantes, não são diretamente relacionados aos problemas da “tese da independência”, mas à constituição da lei universal em si. Para essas questões, ver o famoso § 135 dos *Princípios da Filosofia do Direito de Hegel* e os comentários de Thadeu Weber em *Ética e Filosofia Política*.

faculdade<sup>44</sup>. É, com efeito, demasiado complicada a busca de um determinado preceito ético que possa ensejar uma força legítima para obrigar. A lógica inversa, no entanto (vale dizer, a ausência de coerção no fenômeno jurídico), é de demonstração relativamente fácil. Por diversas vezes, as leis jurídicas terão apenas o escopo de ilustrar conceitos (normas impróprias ou secundárias<sup>45</sup>) ou, ainda, disciplinar a aplicação de outras normas (normas gerais inclusivas e interpretativas<sup>46</sup>). Nesses casos, elas carecerão do elemento coercitivo essencial em Kant para a caracterização do direito.

Outro 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.<sup>47</sup>

Por fim, a tese da independência fundamentada na conformação entre ação e dever também padece, a nosso juízo, 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

---

<sup>44</sup> O elemento de coerção como, além de definidor do direito, fundamento da “tese da independência” é bem exposto na obra de Hans Kelsen, o qual, possivelmente, pode ser reputado como o maior influenciador na prática jurídica da separação kantiana entre direito e ética. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 71.

<sup>45</sup> São exemplos os conceitos de tributo (art. 3º do Código Tributário Nacional), posse (art. 1.196 do Código Civil), causalidade (art. 13 do Código Penal), emprego (art. 3º da Consolidação do Trabalho), dentre outros.

<sup>46</sup> São exemplos o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (que trata da analogia, dos costumes e dos princípios para suprir omissões), o art. 5º da mesma lei (que trata da aplicação da lei direcionada aos seus fins sociais), e a Lei Complementar nº 95/1998 (que trata da elaboração e redação das leis).

<sup>47</sup> Para uma crítica do critério externo/interno como ensejador da separação entre direito e ética, ver: FERRAZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 356-7.

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”).

Vale listar os três exemplos kantianos para a equidade, os quais desbordariam do direito chamado estrito. O primeiro, é o caso do sócio que, tendo contribuído mais em sociedade estabelecida sob cotas iguais, teria mais prejuízo no caso de um sinistro e, portanto, deveria ser indenizado com quantia maior. Depois, refere o caso de uma criada que, ao fim do ano, apesar da desvalorização da moeda, recebia a mesma quantia numérica de salário paga anteriormente, razão pela qual a recomposição do valor seria equitativamente necessária. Por fim, cita exemplo em que a Coroa é demandada a reparar perdas sofridas com o serviço de funcionários, não obstante esses terem se comprometido com as consequências do cargo, surgindo, assim, dever de reparar.

O listar dos exemplos é suficiente para concluir que a equidade – embora Kant, por diversas vezes, pretenda o contrário – o manejo adequado, razoável e proporcional das circunstâncias do caso concreto (pode-se dizer, da prudência no sentido aristotélico) com o propósito de bem aplicar a lei que, subsuntiva e mecanicamente interpretada, poderia ocasionar a maior das injustiças<sup>48</sup>. Daí porque, como Kant refere, o lema da equidade seria: *summum jus summa injuria* (“o direito muito estrito é uma injustiça muito grande”). Ocorre que, se a equidade é a justiça no caso concreto e a justiça, como bem assevera Tércio Sampaio Ferraz Jr., “[...] é o princípio e o problema *moral do direito*”<sup>49</sup>, nossas premissas indicam um silogismo de cogente asserção: a equidade pode ser alocada, como Kant fez, no âmbito do direito, mas, ainda assim, é insofismável que a equidade é um direito que significa mais do que um direito, por apreender a carga de eticidade que o direito deve conter. A equidade, vale ser explícito, é o conteúdo ético – de justiça – presente no direito, mesmo para Kant.

Nessa linha de pensamento, não nos causarão surpresa as subseqüentes passagens, que temos como evidente contradição na *Doutrina do Direito*, a qual é percebida quando Kant, ao apresentar aquilo que denomina “direito equívoco”, afirma:

<sup>48</sup> Neste ponto, Norberto Bobbio é elucidativo: “Por equidade, entende-se tradicionalmente ‘a justiça do caso concreto’, ou seja, aquela justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas da adequação à natureza mesma do caso particular [...]”. BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant...*, p. 79.

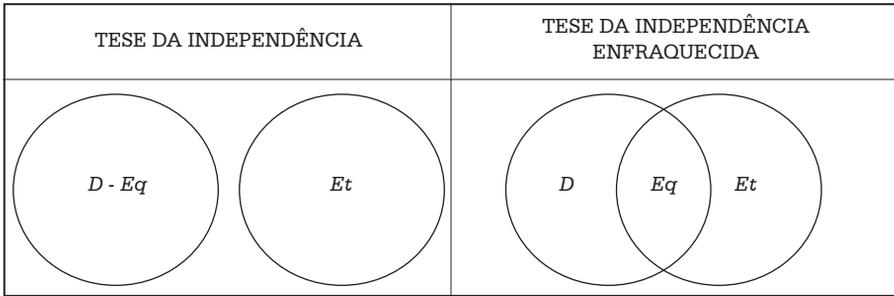
<sup>49</sup> FERRAZ, *Introdução ao Estudo do Direito...*, p. 356, grifos no original.

[...] De fato, como o direito não tem absolutamente por objeto senão o que concerne aos atos exteriores, o direito estrito, aquele em que não se mescla nada próprio da ética, é o que exige tão-somente fundamentos exteriores de determinação para o arbítrio; porque nesse caso é puro e sem mescla com qualquer prescrição de virtude. [...]

Entretanto, sem entrar nos domínios da ética, há dois casos que reclamam uma decisão jurídica, para os quais, no entanto, não se pode encontrar ninguém que os decida e que pertencem aos *Intermundia* de Epicuro. Esses dois casos devem desde já ser separados do direito propriamente dito, de que vamos tratar, a fim de que os seus princípios móveis não exerçam influência alguma sobre os princípios certos do direito.<sup>50</sup>

Na primeira passagem, pode-se inferir como interpretação *a contrario sensu* do texto kantiano que o direito lato (direito equívoco), diferente do direito estrito, seria aquele que se mescla com a ética. Contudo, pouco depois, percebendo que a conceituação da equidade como direito (e assim, pela tradição do termo, haveria de ser) aguaria de alguma forma a “tese da independência”, Kant diz que o direito lato não adentra nos domínios da ética.

Uma tentativa gráfica da representação do enfraquecimento da “tese da independência”, em razão da equidade como operadora de uma abertura oblíqua do direito kantiano à ética, seria a seguinte (onde *D* é direito; *Eq*, equidade; e *Et*, Ética):



A partir da depuração apontada do conceito de equidade, a “tese da independência” nos parece mais uma vontade kantiana de não abrir mão da separação entre direito e ética (em outras palavras, de um preciosismo conceitual), do que a representação de um fundamento coerente dentro de sua conceituação. Num apêndice pouco lembrado da *Paz Perpétua*,

<sup>50</sup> *MS*, p. 339-41.

Kant afirmara: “*Sin publicidad no existiría la equidad, pues la equidad no concíbese oculta, sino manifiesta públicamente; ni habría, por lo tanto, derecho, que es lo que la equidad administra y define*”<sup>51</sup>. Fica no ar a pergunta, a qual o filósofo de Königsberg, infelizmente, não nos poderá dar o contraditório: como a equidade (que “não se concebe oculta” e que administra e define o direito) pode ser considerada um “direito equívoco”?

## Considerações Finais

O direito pode ser conceituado, como faziam os antigos, como “a arte do bom e do equitativo” (*ars boni et aequi*). O bom emanado pelas leis, tradições, costumes; o equitativo prolatado por quem aplica, nos casos concretos, as leis, tradições, costumes. É papel fundamental do direito, desta *ars inveniendi*, a resolução dos conflitos da melhor maneira para as partes envolvidas, merecendo a pecha de inócua a abstração que, dissociando o *lógos* (λόγος) das leis da liberdade, fuja desse propósito. Com olhos ainda mais críticos, há que se analisar as abstrações que prestam ao direito o desserviço de lhe subtrair a herança divina de ser a arte do bom e do equitativo.

O presente ensaio buscou demonstrar que a “tese da independência” entre direito e ética é um exemplo desse segundo tipo de abstração. O direito é de tal forma fundado nos princípios da ética e da justiça que nem mesmo a mais elaborada das construções teóricas, sem deixar de salientar seus méritos, é capaz de negar essa característica. Se uma construção atua sob a égide desse móbil (separar o que é inseparável), ela, mais cedo ou mais tarde, demonstrar-se-á frustrada em seu escopo. Bem sucedidas, as linhas acima provaram essa asserção, ao menos no que se refere à tentativa kantiana, em três momentos distintos: primeiro, demonstrando que o conceito de direito de Kant 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.

<sup>51</sup> KANT, Immanuel. *La Paz Perpetua...*, p. 117-8.

À guisa conclusiva, convém chamar a atenção para um último detalhe, atinente ao fato de o núcleo dos argumentos aqui expostos serem encontrados todos em Kant. Chamamos a atenção para esse fato porque acreditamos que, se a proposta fosse a crítica da doutrina do direito de Kant com base em um outro autor, nossa tarefa seria, com certeza, facilitada. Bastaria lembrar, neste 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”<sup>52</sup>. 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”<sup>53</sup>. Ou, ainda, Chaïm Perelman, quando afirmou: “*Serve-se da equidade como muleta da justiça*”<sup>54</sup>.

Parece-nos interessante a apropriação dessa última metáfora dizendo que, em nosso ver, a equidade em Kant seria uma espécie de muleta do direito kantiano. Subtraída desse artefato, o sujeito caminha capenga com o direito carente da sua outra base sustentadora que é a ética e, por extensão, carecerá sempre do ideal concretizável de justiça.

## Referências

- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 4ª ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001.
- BECKENKAMP, Joãozinho. O Direito como exterioridade da legislação prática em Kant. In: *ethic@*, Florianópolis, 2: 2 (dez. 2003), p. 151-171.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Ed. UnB, 1969.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. Tradução de Juan Luis Vermal. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1975.
- HOFFE, Otfried. *O que é justiça?* Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Versión de A. Conca. Buenos Aires: Editorial TOR, Rio de Janeiro 760, 1940.

<sup>52</sup> ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. 4. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 2001, p. 109.

<sup>53</sup> HEGEL, G.W.F. *Princípios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. Tradução de Juan Luis Vermal. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1975, p. 295-296, grifos no original.

<sup>54</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, 1. ed., 4ª tiragem. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989.

\_\_\_\_\_. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: Abril, 1974.

\_\_\_\_\_. *Die Metaphysik der Sitten*. Werkausgabe Band VIII. Herausgegeben von Wilhelm Weischedel. 5 Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982.

\_\_\_\_\_. *Doutrina do Direito*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. 8. ed. Traducción por Manuel García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1946.

\_\_\_\_\_. *Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução de Joãozinho Beckenkamp. [2013, no prelo].

\_\_\_\_\_. *Teoría y práctica*. Madrid: Tecnos, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Tractatus ethico-politicus*: genealogia do ethos moderno. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. 1. ed., 4ª tiragem. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política*: Hegel e o formalismo kantiano. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

Recebido em agosto 2012.

Aceito em janeiro 2013.