

SOBRE A LIBERDADE JURÍDICA EM HABERMAS**Delamar José Volpato Dutra¹**Universidade Federal de Santa Catarina
djvdutra@yahoo.com.br**1 INTRODUÇÃO**

Williams compara o conceito de liberdade jurídica de Kant com o de Hobbes, dando preferência àquele de Kant, sob a alegação de ser ele mais persuasivo porque: “Hobbes’s concept of liberty not just permits actions that are contrary to our dignity (for where sovereign’s laws are silent we may act according to our natural inclinations) but requires them (we have to submit ourselves to a system of external laws that are not open to public criticism)” (WILLIAMS, 2003, p. 99). Não obstante, nessa sua avaliação, Williams oblitera dois aspectos: o primeiro é aquele da vinculação ou não vinculação do conceito de liberdade jurídica à moral e, o segundo, é o fato de que Kant, embora defenda a crítica pública das normas, não admite a desobediência de leis injustas. Por seu turno, Hobbes, embora não admita a possibilidade do soberano emitir leis injustas, sustenta no Leviathan a desobediência. Assim, há que se comparar um sistema de direitos que autoriza a desobediência, mas não a crítica pública, com um outro que autoriza tal crítica, mas não a desobediência. Interessantemente, um sistema jurídico mais próximo da moral, como o de Kant, se comparado ao de Hobbes, tem uma noção mais forte de direito positivo do que este último, na medida em que Kant não autoriza a desobediência, embora defenda a crítica pública das leis injustas. Assim, Kant é dúbio com relação ao desenho do Estado, certamente não absolutista, mas forte o suficiente para não permitir a desobediência, o que determina uma defesa extremamente forte da ordem pública, certamente por boas razões na sua visão, em detrimento do direito individual, seja ele qual for.

Habermas, por seu turno, ao se pronunciar sobre Kant e Hobbes, aceita pontos de ambos. Por exemplo, sustenta haver conexão, ainda que tênue e tensa, entre a legalidade e a moral, embora não uma subordinação do direito à moral, bem como sustenta, explicitamente, na esteira de Rawls, a desobediência, o que poderia sugerir uma simpatia por Hobbes maior do que ele mesmo afirma textualmente. Disso se pode concluir que o sistema de Hobbes sustenta a noção

¹ Professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina. Graduado em Filosofia (UCS) e em Direito (UFSC), doutor em Filosofia pela UFRGS, com estágio de doutorado na Université Catholique de Louvain, Bélgica. Fez pós-doutorado na Columbia University (New York) sobre a relação entre Dworkin e Habermas. Fez também pós-doutorado na Aberystwyth University (País de Gales, Reino Unido) sobre o tema "Habermass Critique of Kant and Hobbes".



Esta obra está licenciada sob uma licença

Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY-NC-SA 4.0).

de direito fundamental de forma mais forte do que fê-lo Kant, implicando, nesse particular, a filiação de Habermas ao autor do Leviathan e não a este último.

A definição do que é um direito fundamental tem sido objeto de estudos por parte de vários filósofos. Hobbes, Kant, Mill, são filósofos nos quais se pode encontrar uma definição do significado de direito fundamental. Este trabalho pretende apresentar uma definição de direito fundamental, a partir daquela formulada por Hobbes, a qual será tomada como tendo estatuído um traço fundamental de tal conceito que permaneceu em outros pensadores posteriores, chegando até Habermas.

Em conexão com o problema da definição do que é um direito, pretende-se tratar também da questão da sua fundamentação.

Habermas, por seu turno, ao se pronunciar sobre Kant e Hobbes, aceita pontos de ambos. Por exemplo, sustenta haver conexão, ainda que tênue e tensa, entre a legalidade e a moral, embora não uma subordinação do direito à moral, bem como sustenta, explicitamente, na esteira de Rawls, a desobediência, o que poderia sugerir uma simpatia por Hobbes maior do que ele mesmo afirma textualmente. Disso se pode concluir que o sistema de Hobbes sustenta a noção de direito fundamental de forma mais forte do que fê-lo Kant, implicando, nesse particular, a filiação de Habermas ao autor do Leviathan e não a este último.

27

A definição do que é um direito fundamental tem sido objeto de estudos por parte de vários filósofos. Hobbes, Kant, Mill, são filósofos nos quais se pode encontrar uma definição do significado de direito fundamental. Este trabalho pretende apresentar uma definição de direito fundamental, a partir daquela formulada por Hobbes, a qual será tomada como tendo estatuído um traço fundamental de tal conceito que permaneceu em outros pensadores posteriores, chegando até Habermas.

Em conexão com o problema da definição do que é um direito, pretende-se tratar também da questão da sua fundamentação.

Hobbes e a estirpe jurídica do conceito de direito fundamental.

Habermas afirma que o conceito de direitos humanos não têm sua origem na moral (HABERMAS, 1997, p. 222). Eles teriam sua base em um conceito de liberdade juridicamente concebido. Nesse sentido, eles seriam jurídicos por sua verdadeira natureza. Pretende-se explicitar o que se poderia entender por esta afirmação de uma liberdade jurídica que não decorreria da moral.

Uma forma de justificar um direito fundamental é a partir da moral. Nesse caso, o direito será o correlato de um dever. Portanto, quando houver um dever por parte de alguém, haveria um corresponde direito por parte de outra pessoa que poderia exigir tal obrigação

coercitivamente. Pretende-se apresentar um tratamento da liberdade juridicamente concebida de tal forma a não tangenciar argumentos morais, sejam eles naturalistas ou não naturalistas.

Nesse sentido, a noção de um direito fundamental teria uma base própria independente da moral, não obstante, não ser incompatível com uma argumentação moral que lhe seja favorável. Nesse sentido, pretende-se esclarecer a afirmação de Habermas feita acima a partir da noção hobbesiana de direito. Segundo Hobbes, “O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam jus naturale, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser” (HOBBS, 1979, cap. XIV). Como se pode perceber, trata-se de uma definição da liberdade que se determina independentemente de qualquer vinculação com a moral, pois no estado de natureza tal liberdade é plena, sobre ela não incidindo as noções de certo e errado, determinações estas que são objeto de uma clivagem estabelecida pela razão em um segundo momento, como forma de buscar a paz. Veja-se bem que é esta noção que está na base do único direito inato que Hobbes propugna. Hobbes afirma que esse direito abrange o direito a todas as coisas, inclusive ao corpo das outras pessoas: “Nature hath given to every one a right to all”². Logo, não é difícil perceber que um tal direito seja potencialmente conflitivo. Não é a outra a razão, alias, pela qual ele gera o estado de guerra: “For the effects of this Right are the same, almost, as if there had been no Right at all; for although any man might say of every thing, This is mine, yet could he not enjoy it, by reason of his Neighbour, who having equall Right, and equall power, would pretend the same thing to be his”³. Vale observar que essa liberdade é tão radical que um núcleo dela é indisponível absolutamente para o próprio sujeito, na medida em que a sua disposição por parte do seu titular é absolutamente nula, como ver-se-á. Desse modo, se fosse feito um contrato que permitisse ao soberano ordenar a morte do contratante, este poderia desobedecer, pois a cláusula seria nula.

Para Hobbes, esta liberdade é movida, na verdade, pelo medo da morte, uma das paixões que opera no estado de natureza. Hobbes, não vê, como se sabe, qualquer problema na conjunção de medo e de liberdade. Aliás, será também a paixão do medo que possibilitará a criação de uma entidade, a qual, pelo monopólio da penalidade, em último caso, a morte, poderá implementar as leis de natureza que restringirão aquela liberdade fundamental. Ou seja, no estado de natureza, a razão, movida pelo medo, ordena um ataque preventivo ao ataque do outro, como meio de manter a própria integridade. Contudo, o resultado de todos procedendo desse modo gera o estado de guerra. Por isso, o mesmo medo determinará a razão a propor uma lei, cuja tônica será a restrição da liberdade vigente no estado de natureza. Porém, como a

² HOBBS, Thomas. De Cive. Liberty. Cap. I Of the state of men without Civil Society, X

³ HOBBS, Thomas. De Cive. Liberty. Cap. I Of the state of men without Civil Society, XI

racionalidade de tal medida depende da reciprocidade, torna-se necessária a criação de uma entidade capaz de fomentar, pelo medo da pena, a reciprocidade pressuposta pela lei de natureza. Defende-se aqui, diferentemente do que pensa Strauss, que a racionalidade funciona sem a determinação do medo, seja para na vigência do ius natural, seja no momento em que calcula as *lex naturalis* como forma de evitar o estado de guerra. Ou seja, q *damnum experientia* não pressupõe o medo, diferentemente do que sustenta Strauss (STRAUSS, 1952, cap. II).

Na verdade, ao tratar da questão do medo, Hobbes chama a atenção para os motivos. Isso é importante porque, não obstante a força dessa paixão, ela determina uma limitação no escopo das matérias passíveis de serem reguladas por meio de seu uso. Hobbes mesmo chamou a atenção para algumas ações, cujo medo que as motivam, já se constitui no máximo de medo que se poderia sentir, sendo ineficazes, por consequência, quaisquer outros medos que poderiam ser apresentados, incluso aquele da pena de morte. Ora, não é por outra razão que a aplicação do direito é excluída em casos de necessidade. Como afirma Kant a esse respeito, trata-se de trocar uma morte certa por uma incerta⁴ [ou pelo menos mais distante].

Os comentadores de Hobbes, na verdade os inimigos de seu sistema, chamaram a atenção para um outro aspecto dessa mesma dinâmica anteriormente sugerida. Nesse sentido, Schmitt teoriza a distinção hobbesiana entre *faith* e *confession*. De fato, sobre a matéria afirma Hobbes no cap. XXXVII do *Leviathan*:

A private man has alwaies the liberty, (because thought is free,) to beleeve, or not beleeve in his heart, those acts that have been given out for Miracles, according as he shall see, what benefit can accrew by mens belief, to those that pretend, or countenance them, and thereby conjecture, whether they be Miracles, or Lies. But when it comes to confession of that faith, the Private Reason must submit to the Publique; that is to say, to Gods Lieutenant. But who is this Lieutenant of God, and Head of the Church, shall be considered in its proper place hereafter [ênfase acrescentada].

Com isso, chama-se a atenção para a impossibilidade do medo poder determinar a esfera interior. Isso porque, sustenta Hobbes, a crença não é um ato voluntário. Ou seja, o Estado nada pode neste domínio porque o próprio indivíduo também nada pode, pois não se trata de um ato voluntário. Como evidência textual para tal pode-se ler no cap. XL do *Leviathan*: “As for the inward thought and belief of men, which human governors can take no notice of (for God only knoweth the heart), they are not voluntary, nor the effect of the laws, but of the unrevealed will

⁴ MS, AA 06: 235. As referências a Kant seguem a uniformização proposta pela Kant-Studien Redaktion, disponíveis em <http://www.kant.uni-mainz.de/ks/abhandlungen.html> As citações

and of the power of God, and consequently fall not under obligation”. Marca-se, desse modo, a restrição do escopo do medo às ações externas.

Schmitt lerá nessas teses de Hobbes um gérmen da liberdade de pensamento e de crença, bases do liberalismo. Essa reserva de subjetividade privada é onde germina a força subversiva da livre opinião (HABERMAS, 1989, p. 71). Esse o modo de Hobbes e, quiçá Kant, serem liberais em tempos não liberais.

Vale observar, desde já, que essa tese parece conflitar com aquela kantiana, segundo a qual a liberdade só é passível de ser conhecida através do imperativo moral⁵. É verdade que o conceito de justiça kantiano não tem base em uma concepção de bem, mas na possibilidade da convivência. Uma convivência segundo leis que possam ser universalizadas. Portanto, não remetem àquilo que as pessoas consideram bom, ou às finalidades que as pessoas têm, mas considera apenas que se realize o objetivo da paz. Por isso, trata-se, certamente, de uma moral reduzida em seu escopo, ou seja, uma moral que não trata do próprio bem ou da felicidade. Nesse sentido, várias razões poderiam ser reunidas para justificar a posição de Kant. Uma delas decorreria do próprio móbil coativo que o direito utiliza. Uma outra razão poderia considerar argumentos morais como na leitura que Rawls faz do liberalismo de Kant.

Na primeira forma de argumentar, como já visto, mostra-se a força e a limitação da coação, como por exemplo, na incapacidade desta poder fazer alguém se propor um fim, já que o fim se constitui em uma determinação do ânimo que não pode ser imposta⁶. Isso implica, inclusive, a exclusão da felicidade das possibilidades da coação, a qual é assim remetida à liberdade de cada um. No mesmo sentido, tal interpretação levaria à exclusão da possibilidade de determinação da consciência, algo, aliás, admitido pelo próprio Hobbes, como mencionado acima.

Na segunda forma de argumentar, Kant parece ter partido, por um lado, da liberdade ou arbítrio de agir segundo uma máxima que possa ser universalizada. Nesse sentido, haveria só um direito e a ação seria justa quando a máxima fosse universalizada, sendo que o direito seria o conjunto das condições que tornariam possível uma convivência nos moldes de máximas universalizáveis⁷. Disso decorreria um dever negativo de não interferência. Assim, sendo a posse justa, ela poderia ser convolada em propriedade. Buscar a felicidade de um modo que fosse justo, determina que se deva respeitá-la. Aqui, parece, o fundamento seria um dever moral por parte do outro. Tal dever poderia decorrer das promessas feitas, como na compra e venda,

⁵ MS, AA 06: 239.

⁶ 42 MS, AA 06: 239.

⁷ MS, AA 06: 230.

que implicaria um dever positivo de fazer algo, ou decorreria de um dever negativo de respeitar a liberdade do outro quando a máxima desta fosse unviersalizada. Nesse sentido, haveria direitos. No mesmo sentido, a obrigação de respeitar a felicidade dos outros decorreria do dever de beneficência, que teria como um de seus determinantes, sim, contribuir para os fins dos outros, mas, primeiramente, respeitar o fim que o outro se propõe (HERMAN, 1993). Portanto, havendo um dever correspondente de respeito, haveria a obrigação que poderia ser imposta juridicamente.

2 A LIBERDADE JURÍDICA EM KANT

A formulação hobbesiana da liberdade jurídica não passou despercebida a Kant⁸. O modo como Kant recepcionou o conceito hobbesiano de liberdade foi pela distinção entre uma legislação ética e uma jurídica. A distinção opera a partir da possibilidade das leis serem cumpridas por um móbil diverso daquele próprio da moral, a saber, a ação por dever. O móbil não moral, para Kant, residiria na paixão da aversão. Porém, na esteira de Hobbes, Kant se apercebe que o uso da paixão da aversão como móbil implica uma restrição no escopo das leis que podem ser eficazes por esse meio. Ou seja, na sua concepção, haveria certas leis que somente o móbil moral seria capaz de dar eficácia, pois dependeriam de serem incorporadas em uma máxima para terem efetividade. Outras, contudo, não precisariam ser incorporadas em uma máxima para serem eficazes. Por exemplo, a lei que ordena não matar, para ser eficaz, não precisa ser incorporada numa máxima, basta apenas que o sujeito tenha medo da penalidade, por exemplo, da pena de morte. Em última análise, caso a paixão da aversão não funcionasse, o assassino poderia ser preso ou morto, evitando que cometesse outros crimes. Eis o paradigma da exterioridade plena. Portanto, o que Kant faz é pensar as implicações da exclusão da motivação moral sobre o conjunto dos deveres ordenados pela razão prática. O resultado não poderia ser outro senão o encolhimento de tal escopo. Portanto, a exclusão da motivação moral, se por um lado não inviabiliza a eficácia dos deveres da razão prática no seu todo, por outro lado, só pode efetivar parte deles, ainda que seja uma efetivação sem valor moral.

Desse modo, Kant tem que restringir o escopo da razão prática quando ela passa a usar do móbil da aversão, ou quando usa qualquer outro móbil diferente daquele propriamente moral. O móbil moral, portanto, é abrangente, englobando todos os deveres. Todos os deveres, externos ou internos, podem ser cumpridos de forma ética, não obstante, só alguns dos deveres

⁸ MS, AA 06: 218-219

morais podem ser cumpridos por um outro móbil. Nesse sentido, pode-se falar de deveres estritamente éticos, no sentido de que só podem ser cumpridos pelo móbil moral. A eles Kant reservou a doutrina da virtude.

Com efeito, Kant teoriza, já no texto que escreveu contra Hobbes, a noção de uma liberdade juridicamente considerada. É nesse opúsculo que se torna explícita a noção de um estado civil, considerado somente como estado jurídico. Sugere-se interpretar tal afirmativa como sendo aquela de um estado civil que não é considerado de maneira moral. Nas palavras de Heck, “o argumento kantiano da república de demônios é visceralmente político, amoral e jurídico” (HECK, 2009, p. 7). Ora, o primeiro princípio a priori de um tal estado jurídico, segundo Kant, é a liberdade como homem; não como cidadão. Tal liberdade se define pela possibilidade de buscar a própria felicidade do modo que parecer melhor. Nesse particular, é conveniente mencionar que já no contexto da Fundamentação, Kant havia eliminado do escopo do imperativo categórico a determinação da felicidade. O tratamento da felicidade fora deslocado do âmbito do imperativo categórico, para aquele do imperativo hipotético.

A proposição da liberdade juridicamente considerada tem que ser cuidadosamente analisada, pois ela é proposta em um texto contra Hobbes. Não se consegue perceber, portanto, se nesse ponto Kant está reformulando uma tese de Hobbes ou se está criticando Hobbes. Hobbes sempre observara que a criação do Estado tinha em vista a preservação da vida e a busca de uma vida mais satisfeita. Contudo, essa segunda determinação parece ter sido sacrificada à forma absolutista da soberania necessária para a proteção da vida. Ou seja, pode ser que Hobbes tenha defendido a intervenção da soberania em matéria religiosa, ponto máximo de uma doutrina da felicidade, por concernir à felicidade ou danação eterna, menos por razões internas ao seu próprio sistema, já que não deixou de sustentar, em tal seara, a liberdade de consciência, e mais por razões históricas de seu tempo. Não se pode negar que uma forma de evitar guerras religiosas seja pela imposição de uma só religião, uma religião oficial do Estado. Por isso, Hobbes defende que o soberano pode impor aos súditos uma confissão particular de fé. Evidentemente, as guerras religiosas posteriores fizeram valer as impossibilidades da coação que Hobbes mesmo previra com relação à determinação da crença.

Kant tece ao menos duas críticas a Hobbes neste texto. A primeira é que ele não teria dado espaço em seu sistema à liberdade de expressão, para Kant implícita no direito à liberdade. Uma liberdade, ademais, cujo exercício não prejudicaria o seu de ninguém. A segunda parece se referir à liberdade religiosa. Com efeito, Kant diz ser nula uma lei que estabeleça um culto

definitivo⁹. Em suma, se a lei natural é calculada pela razão para evitar a guerra, ou seja, para efetivar a paz, então, ela encontraria um limite no seu escopo, determinado exatamente pelo fim mesmo que a engendra, a paz. Nesse sentido, Hobbes, ao possibilitar que o soberano institua um culto, estaria impondo um conceito de felicidade aos súditos, estranho ao escopo da liberdade concebida juridicamente, calcada no combate às exterioridades que podem ocasionar a guerra.

Isso ocorreria porque a aversão seria um motivo ineficaz para a determinação da felicidade, já que, segundo Kant, “Ninguém me pode obrigar a ser feliz à sua maneira”¹⁰. Logo, se a religião tem a ver com a danação ou a salvação eternas das almas, o soberano que estabelecesse um culto estaria interferindo da forma mais radical com a felicidade dos outros. Além dessa possível ineficácia, em razão de não se poder impor uma crença pela força, a razão estaria ultrapassando o seu escopo de uma liberdade juridicamente concebida, a saber, com a finalidade da paz, com base na aversão, no medo, na pena, única capaz de ser realmente eficaz para um conjunto específico de deveres.

Defende-se que Kant nunca abandonou essa formulação de uma liberdade negativa como correlato de uma liberdade juridicamente concebida. Uma liberdade juridicamente concebida teria como finalidade a paz, sua legislação não incidindo, portanto, sobre matérias não só irrelevantes para a paz, mas também impossíveis de serem determinadas por móbeis baseados na aversão, como é o caso da religião e da liberdade de expressão. Ao contrário, é a intervenção do Estado na religião que se torna motivo de guerra.

Nas outras duas passagens, nas quais Kant fala da liberdade jurídica, especialmente aquela da Doutrina do direito, a mesma é conectada mais especialmente com a cidadania. Nessas passagens aparece mais claramente a liberdade positiva, entretanto, nelas, a noção de consentimento opera com grande força, sendo que na Doutrina do direito o consentimento parece menos idealizado do que em outras passagens. Vejam-se as duas citações:

“A minha liberdade exterior (jurídica) deve antes explicar-se assim: é a faculdade de não obedecer a quaisquer leis externas senão enquanto lhes puder dar o meu consentimento”¹¹. “Os membros de uma tal sociedade (*societas civilis*), i. e., de um Estado, reunidos para a legislação, chamam-se cidadãos (*cives*), e seus atributos

⁹ “É permitido a um povo impor a si mesmo uma lei, segundo a qual certos artigos de fé e certas formas da religião externa, uma vez aceitos, deverão persistir para sempre; portanto, se ele poderá, na sua descendência, interdizer a si mesmo progredir mais na compreensão da religião ou modificar eventuais erros antigos? Evidencia-se então que um contrato originário do povo, que fizesse disso uma lei, seria em si mesmo nulo, porque se opõe ao destino e aos fins da humanidade; por conseguinte, uma lei assim estabelecida não pode considerar-se como a vontade própria do monarca, à qual, portanto, podem ser levantadas idéias contrárias” [TP, AA 08: 266-7].

¹⁰ TP, AA 08: 236.

¹¹ ZeF, AA 08: 350.

jurídicos, inseparáveis de sua natureza (como cidadãos), são a liberdade legal, de não obedecer a nenhuma lei a que não tenham dado seu consentimento”¹².

O ponto, nesse particular, é que, mesmo concebida positivamente, a liberdade não deixa de ser juridicamente considerada, ou seja, ela descarta o motivo que seria próprio da moral como o motor do mencionado consentimento, que Kant remete à doutrina da virtude. Nesse sentido, seja como se conceba o republicanismo de Kant, ele afirma, primeiro, que o legislador pode errar e por isso precisa liberdade de expressão com o dito de corrigi-lo. Em segundo lugar, ele afirma que cada um pode buscar a felicidade do modo que lhe parecer melhor. E, mais importante, em terceiro lugar, ele não imputa virtude ao cidadão, pois a cidadania é concebida ao modo da liberdade jurídica, cuja característica principal é poder operar com uma motivação diversa daquela da moral. Não pode ser outra a razão pela qual a constituição de um Estado é possível até para uma raça de diabos. Nesse ponto, Heck sustenta que “a esfera política não mais se confunde com a doutrina kantiana da moral e/ou do direito” (HECK, 2009, p. 18). Essa interpretação de Heck merece emenda se ela pressupuser que o direito está conectado com a moral. Isso porque a tese de que o Estado é possível até para um povo de demônios é correlata à tese de que o direito é também, então, possível para um povo de demônios. Isso desacopla moral e direito a partir do modo como se apresentou neste trabalho a liberdade juridicamente concebida. Outra não é a posição de Ripstein: “Kant not only denies that political philosophy is an application of the Categorical Imperative to a specific situation; he also rejects the idea that political institutions are a response to unfortunate circumstances” (RIPSTEIN, 2009, p. 2). E conclui que a ideia normativa de Kant é a liberdade jurídica: “as a matter of right, each person is entitled to be his or her own master” (RIPSTEIN, 2009, p. 4).

Com relação ao republicanismo, Habermas, por exemplo, sustenta que ele imputa virtude ao cidadão, sobrecarregando o processo legislativo com determinações morais. Portanto, o déficit do pensamento republicano, como ver-se-á abaixo, seria não ter feito a passagem de uma liberdade concebida moralmente para uma liberdade juridicamente considerada. É nesse sentido preciso que se pode afirmar que a liberdade juridicamente considerada importa em um elemento liberal ínsito na sua concepção mesma. Tal ocorre exatamente pelo abandono do móbil moral na determinação da ação. O abandono do móbil moral implica, de forma continente, necessariamente, o encolhimento do escopo da razão prática. Desse modo, ficam liberados sejam os conteúdos para os quais só é possível uma

¹² MS, AA 06: 314.

legislação moral, como os deveres para consigo e os deveres imperfeitos para com os outros seja aqueles âmbitos incompatíveis com as finalidades de uma liberdade juridicamente considerada, cuja determinação reside na paz, para a qual só contam exterioridades. A paz não depende de o Estado perscrutar o coração dos homens. Basta apenas que eles não firam os outros, podendo seu coração ser demoníaco. Portanto, há um conjunto de matérias irrelevantes para a finalidade da paz, matérias estas, justamente, que o liberal alega serem da vida privada. Em suma, uma formulação política que não faz a passagem completa para liberdade jurídica vive saudosa da um cidadão moralmente concebido.

3 HABERMAS ENTRE KANT E HOBBS

A estirpe jurídica da liberdade que está na base da concepção moderna de direito é teorizada por Habermas que chama a atenção, ainda, para um outro aspecto liberal advindo da liberdade juridicamente concebida, a saber, aquela da motivação¹³. Nesse sentido, Habermas parece ter teorizado aspecto determinante para a matéria, com implicações antirrepublicanas e marcadamente liberais.

Como mencionado, a formulação jurídica da liberdade encontra sua fornalha na noção hobbesiana de direito [ius]. Nesse sentido, não deixa de ser interessante que Schmitt detecte a fraqueza liberal de Hobbes justamente em um elemento que Kant dissera faltar no autor do Leviathan: a liberdade de expressão. Isso pôde ocorrer, segundo a interpretação aqui proposta, porque a crítica de Kant a Hobbes, qual seja, de não haver liberdade de expressão, traz implícita a afirmação de que não há liberdade de consciência. Ou seja, para Kant, a liberdade de consciência e de expressão eram partes de um mesmo núcleo. Desse modo, como não detectou liberdade de expressão em Hobbes, concluiu não haver ambas. Schmitt, muitos anos depois, portador da distinção, pôde encontrar a liberdade de consciência em Hobbes e ver neste o pai do liberalismo. O ponto importante é que as razões que Hobbes invoca para a liberdade de consciência remetem aos limites da coação juridicamente considerada. Ou seja, é possível coatar a expressão do pensamento, mas não o próprio pensamento, como pôde ser visto na citação acima mencionada que distingue faith de confession. Melhor dito, em razão do motivo que o direito oferta, torna-se-lhe limitado o escopo das matérias que pode reger. Nesse sentido,

¹³ Kelsen já houvera mencionado um lado liberal do positivismo jurídico 47 “mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [J. B. Machado: Reine Rechtslehre]. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991. Isso por só poder prescrever ações e omissões inteiramente determinadas.

Hobbes não poderia ser um teórico do totalitarismo, pois pensava ser a liberdade de consciência indisponível ao próprio sujeito, sendo, portanto, indisponível ao próprio soberano, como seria indisponível o direito de defender a própria vida.

Claro, o liberalismo de Kant é menos mecanicista e muito mais normativo que o de Hobbes. O Estado, para Kant, não deve se imiscuir para além das finalidades ordenadas pela razão, mormente a paz. Não obstante, poder-se-ia apontar para uma similaridade de indisponibilidades em Hobbes e em Kant. Se no primeiro a crença é involuntária, portanto indisponível ao próprio sujeito, no segundo a felicidade não é uma noção que a razão possa determinar conceitualmente, sendo-lhe, portanto, indisponível. Ou seja, a indeterminação do conceito de felicidade põe-na fora do domínio racional dos deveres, mesmo dos latos para consigo, e se põe muito mais distante ainda dos deveres jurídicos.

Por tudo o que foi dito, a dicção kantiana da liberdade considerada sob o ponto de vista jurídico como “ninguém me pode obrigar a ser feliz à sua maneira”, pode ser considerada uma crítica ao absolutismo de Hobbes e, quiçá, a Rousseau, seu mestre, que não separou o direito da moral, como ver-se-á abaixo. Logo, a ampliação por parte de Kant do núcleo liberal de Hobbes se constitui em uma dupla crítica ao mesmo. Primeiro, ao seu absolutismo, ao seu despotismo, já que o Estado não pode dizer sobre a felicidade, e, em segundo lugar, ao seu positivismo moral, já que o legislador pode errar e, em razão disso, pode ser criticado pelos súditos. Ou seja, a razão prática kantiana não baixa as armas frente aos furores da soberania. Assim sendo, diferentemente do que pensa Habermas, Kant, nesse particular, não subordina diretamente o direito à moral, nem sob o ponto de vista da motivação, nem sob o ponto de vista do conteúdo, haja vista ter remetido a felicidade para o domínio da vida privada. Para Kant, assim como a razão prática pura não pode determinar a felicidade por um imperativo categórico, da mesma forma não o pode o Estado.

A aproximação das posições de Hobbes e de Kant com relação à liberdade juridicamente concebida não é incompatível com a possibilidade de uma outra aproximação no que concerne à igualdade. Höffe, por exemplo, a partir da noção de igualdade implícita na segunda lei de natureza, aproxima as posições de Kant e de Hobbes¹⁴. Nesse diapasão, a interpretação habermasiana de Hobbes poderia sufragar a tese de Höffe que aproxima Kant de Hobbes, na medida em que, nos termos da interpretação de Habermas, operaria de forma velada uma argumentação moral à base dos passos argumentativos da teoria de Hobbes, supostamente apenas instrumentais. O ponto central de tal argumentação moral operante, mas não reconhecida

¹⁴ TP, AA 08: 236.

como tal por Hobbes, residiria na regra de ouro. Para que tal crítica de Habermas a Hobbes seja possível, é necessário que se equipare a regra de ouro ao princípio de universalização. Contudo, a tese de Höffe e de Habermas é problemática por desconsiderarem a crítica que Kant fez à regra de ouro na Fundamentação. Se Kant estiver correto em sua crítica à regra de ouro, então, o fato de Hobbes usar da regra de outro não poderia ser considerada uma argumentação que desfaz a sua estratégia concebida em bases puramente instrumentais. Ao contrário, ela mostrarse-ia completamente instrumental.

4 ROUSSEAU E A NOSTALGIA MORAL

Segundo Heck, como já mencionado, a solução kantiana é amoral, política e jurídica. Isso induz a pensar que, ou se tem uma solução moral para a questão da convivência ou se tem uma solução jurídica. Esta última pode ser dita amoral em vários sentidos. Com efeito, em primeiro lugar, nela não se imputa virtude para o cumprimento do dever, ponto que determina um afastamento do escopo de aplicação da razão prática pura para eliminar as questões de felicidade. Em segundo lugar, a liberdade assim compreendida é limitada pela coação exterior, em última análise física, e não pela razão. É nesse sentido preciso que Forst, considera o liberalismo como “uma teoria política (e não uma teoria moral uniforme) que surgiu sob determinadas circunstâncias históricas” (HÖFFE, 1993, p. 95).

Compreendido desse modo, Kant é leitor de Hobbes e de Rousseau, e crítico de ambos. Critica o absolutismo de Hobbes em nome da liberdade. Ou seja, Kant amplia o escopo do direito [ius] que escapa à determinação do legislador, não só pela exclusão de matérias referentes à felicidade, como pela defesa da liberdade de expressão. Critica Rousseau pela sua solução moral do contrato, pois a noção de liberdade, como um direito do homem de buscar a sua felicidade do modo que lhe aprouver, qualificada como jurídica, desdiz Rousseau. Para resumir, a república de Rousseau não é uma república de diabos. Nesse sentido, Heck afirma que a república kantiana é instituída com base no cidadão que Rousseau recusa: “Kant é obrigado a mostrar exatamente o tipo de cidadão contra o qual Rousseau funda sua república do bem” (FORST, 2010, p. 46). No mais tardar com Hobbes, dois pressupostos são colocados à base do Estado. O primeiro é aquele da igualdade de todos no que concerne à sua vida, portanto, um interesse comum pela paz. Disso decorre que o direito não tem como funcionar para aquele que não teme por sua vida. O outro pressuposto é aquele advindo de uma antropologia pessimista, que aproxima o homem dos demônios e que não pode mais reacender a centelha moral no cidadão. Ambos estão nos primeiros capítulos do Leviatã. O leviatã, em

sua essência, então, só precisa socializar a igualdade pelas leis [lex] de natureza, podendo privatizar todo o diferente nos direitos [ius] do homem (HECK, 2009, p. 18-19).

A diferença com Kant pode ser medida pela posição de Rousseau em relação ao escopo da soberania. No Contrato, ao tratar dos limites do poder soberano, Rousseau restringe a competência deste apenas para tratar daquelas liberdades cujo uso interesse à sociedade. Com isso, ele parece estar honrando a liberdade [ius] do homem, pois o que cada um aliena de seus direitos naturais, “c’est seulement la partie de tout cela dont l’usage importe à la communauté” (HECK, 2009, p. 63). Não obstante, tal impressão é logo desfeita na continuidade da citação, quando ele afirma de forma absoluta a soberania: “mais il faut convenir aussi que le souverain seul est le juge de cette importance». Ainda que Rousseau tente um mecanismo capaz de produzir um “accord admirable de l’intérêt et de la justice” para honrar os direitos [ius] do homem, ele não concebe que os cidadãos tenham “um patrimônio jurídico anterior à coletividade (como o cidadão do liberalismo de Locke)”, nem que usufruam “da reserva de consciência perante o Estado (como o cidadão do liberalismo de Hobbes)” (ROUSSEAU, p. 66). E muito menos podem criticar o soberano como defendeu Kant. Lapidariamente, não pode haver constituição em Rousseau. Segundo Heck, o bom cidadão de Rousseau é um homem bom que não tem privacidade. Ele não antecede o contrato, mas resulta dele. Nas suas palavras, “a aliénation totale impossibilita qualquer objeção do homem natural ao cidadão” (HECK, 2009, p. 62). E não se pode senão concluir: frente a Rousseau, “o Leviathan político perfaz uma obra-prima da arte liberal” (HECK, 2009, p. 65), ainda que in nuce, a saber, privatiza as diferenças.

A diferença de Rousseau em relação a Hobbes reside na assepsia do direito [ius] natural, logo no cap. I do livro I do Contrato. Ademais, o caráter conflitivo e desagredor do direito natural foi muito bem visto por Rousseau, e suprimido. Segundo ele, se subsistisse algum direito natural, não haveria um superior capaz de decidir entre este direito e o público, pois com relação a tal direito, o próprio sujeito seria o seu juiz. Isso significaria, para Rousseau, a permanência do estado de natureza, o que tornaria a associação tirânica ou vã (HECK, 2009, p. 63). Nesse particular, considerando que o a liberdade jurídica não abole toda a liberdade [ius] do estado de natureza, ao contrário, pressupõe parte dessa liberdade, não só no que concerne aos motivos, à felicidade, mas também em tudo aquilo que não concerne ao seu de mais ninguém, pode-se averiguar que realmente redundava em conflitividade. Prova disso, no constitucionalismo que alberga tais direitos [ius] do homem, são as ações declaratórias de inconstitucionalidade com base no direito subjetivo, como é o caso do aborto, da opção sexual, da eutanásia ou da eugenia, matérias estas que traduzem, ainda hoje, o direito natural [ius naturale] a tudo, inclusive ao corpo do outro, o que realmente é o caso especificamente na questão do aborto, determinação

esta que é exatamente restringida pelas leis natural [lex naturalis]. Por isso, a solução de Rousseau é outra, pois vislumbrou fonte de conflito social na manutenção de uma liberdade que se furta à determinação social, visto não haver juiz capaz de determinar o seu escopo, já que, como muito bem apontou, determinada ela é pelo direito a tudo, sobre o que só o titular do direito é juiz.

O republicanismo de Kant repele a solução moral de Rousseau porque a dicção do direito humano [ius] inato da liberdade não pode mais angelizar o cidadão, muito menos o homem ou o súdito. Seja como for, o republicanismo de Rousseau não se opõe à democracia, mas ao liberalismo. Interessante, alguns republicanos atuais, de estirpe comunitarista, parecem se opor ao liberalismo e não à democracia. Por seu turno, o liberalismo se opõe tanto à democracia, pelo menos à democracia majoritária, quanto ao republicanismo de um certo matiz. Ao republicanismo por seu possível caráter abrangente, dada a proximidade com as determinações morais da liberdade, tanto no que concerne à motivação, quanto ao conteúdo da lei; à democracia, pela possibilidade da tirania da maioria. O ponto é que Kant se opunha à democracia, mas por razões liberais e não por razões republicanas, como Rousseau, ou seja, se opunha justamente à tirania da maioria, e defendia o republicanismo também por razões liberais, ou seja, como estratégia para evitar a tirania, o despotismo. Com efeito, o republicanismo pode ser, desse modo, um governo da máxima liberdade, inclusive para honrar a liberdade [ius] do homem.

39

5 NOTA CONCLUSIVA

O estudo mostrou as diferenças estruturais entre o ius naturale e a lex naturalis. Como bem já vislumbrou Hobbes, aquele é único; esta, muitos. O ponto foi demonstrar que a solução jurídica proposta por Hobbes aos inconvenientes do ius naturale determina, 1] seja a impossibilidade de aboli-lo, 2] seja a não necessidade de fazê-lo, 3] seja a injustiça de fazê-lo. No primeiro caso, classifica-se, no próprio Hobbes, a liberdade de consciência e de autodefesa. No segundo e terceiro casos, a solução jurídica apenas busca a paz, o que implica a não necessidade de regular ações que não interfiram com o seu de ninguém. É assim que Kant acrescenta aos direitos [ius] mencionados, a liberdade de expressão e a busca da felicidade. Essa tese será defendida mais tarde por Mill com a proposição do princípio do dano⁶⁵, bem como por liberais como Rawls, Habermas e Dworkin.

Portanto, como bem mostrou Habermas, o conceito de direito [ius] é essencialmente jurídico. Ele não é moral. Ele, inclusive, opõe-se à moral. Ou seja, a moral funda deveres [lex].

O direito [ius] protege a liberdade. Não que tal liberdade seja avessa ao tratamento moral. Porém, o contato da moral com o direito [ius] assim concebido tem implicações sobre ela mesma, seja para encolher seu escopo, restringindo-a ao tratamento dos deveres para com os outros que podem, então, ser impostos como limitação àquele direito [ius], seja determinando a realização ou distribuição justa do direito mencionado, o que implica em limitar o seu escopo àquilo que não atinge o seu de ninguém.

A moral [lex] pode tangenciar o direito [ius], tanto com relação ao seu conteúdo, determinando o que é justo ou injusto, como faz Kant, quanto com relação ao seu modo de validade, exigindo universalidade. Contudo, não pode tocar na sua estrutura. Por isso, mesmo que a moral [lex] interfira na determinação do seu conteúdo e no seu modo de validade, não pode determinar a sua estrutura propriamente jurídica, a saber, a liberdade dos motivos como contraponto à coação⁶⁶, ou seja, o direito [ius] mantém um espaço de liberdade absoluta, ainda que em um sentido mínimo, qual seja, a escolha dos motivos, cujo único juiz é o próprio titular desse direito.

REFERÊNCIAS

40

FORST, Rainer. **Contextos da justice**: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. [D. L. Werle: Kontexte der Gerechtigkeit, Politische Philosophie jenseits Von Liberalismus und Kommunitarismus]. São Paulo: Boitempo, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Die Einbeziehung des Anderen**: Studien zur politischen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Identidades nacionais y postnacionales**. [M. J. Redondo]. Madrid: Tecnos, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria y praxis**. [TORRES, Salvador Mas, ESPÍ, Carlos Moya: Theorie und praxis]. Madrid: Tecnos, 1987.

HECK, José N. **Ensaio de filosofia política e do direito**: Habermas, Rousseau e Kant. Goiânia: Ed. da UCG, 2009.

HERMAN, Barbara. **The Practice of Moral Judgements**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

HOBBS, Thomas. **De Cive**. Oxford: Clarendon, 1983.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. [J. P. Monteiro e M.B.N. da Silva: Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil. 2. ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOBBS, Thomas. **Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil**. [Edited by C.B. Macpherson]. London: Penguin, 1968.

HÜNING, Dieter. **Hobbes on the Right to Punish**. In Hobbes and the Philosophical Sources of Liberalism. In SPRINGBORG, Patricia [Ed.]. The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 217-242.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. (Trad. A. Morão). Lisboa: E. 70, 1988.

KANT, Immanuel. **Princípios metafísicos da doutrina do direito**. [Trad. de Joãozinho Beckenkamp; não publicada].

KANT, Immanuel. **Sobre o dito comum**: isto pode ser correto na teoria, mas não serve para a prática [Trad. C. Hann. Não publicado].

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. [J. B. Machado: Reine Rechtslehre]. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MILL, John Stuart. **On Liberty and Other Essays**. [Oxford World's Classics]. Oxford:

MULHOLLAND, Leslie Arthur. **Kant's System of Rights**. New York: Columbia University Press, 1989.

Oxford University Press, 1991.

RAWLS, John. **Lectures on the History of Political Philosophy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

RIPSTEIN, Arthur. **Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. [Trad. Álvaro L. M. Valls: Der Begriff des Politischen]. Petrópolis: Vozes, 1992.

STRAUSS, Leo. **The Political Philosophy of Hobbes**. Chicago: University of Chicago Press, 1952.