

## PREFÁCIO PARA A PRIMEIRA EDIÇÃO 1984

Este livro esforça-se por uma reabilitação filosófica ampla da filosofia do direito de Kant, como ela é exposta nos »Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre«, de 1797, a primeira parte da »Metaphysik der Sitten«. Apresentou-se a essa obra da velhice, desde sua publicação, pouca compreensão: quando não até, como produto de um espírito que envelheceu, pôs-se de lado, censurou-se nela uma recaída no pensamento jurídico-natural teleológico de um Wolff, Baumgarten e Achenwall, viu nela contrariedade para com a filosofia transcendental da »Kritik der reinen Vernunft« e incompatibilidade com os fundamentos teórico-válidos da filosofia moral, que a *Kritik der praktischen Vernunft* desenvolveu. A investigação-Kant não é capaz de, para esse escrito tardio quebradiço, volumoso que, não-ponderado compositivamente e, às vezes, inquieto na conduta das ideias, veda ao leitor o auxílio de uma arquitetura da argumentação que sai claramente, encontrar nenhum apoio nos fundamentos da filosofia prática de Kant e nenhum lugar na construção do sistema a ser estabelecido neles. A filosofia do direito de Kant, por isso, não encontrou nenhuma atenção; sua forma do texto curiosa, atuante, em parte desagregadamente, em parte, incompletamente, não atraiu a curiosidade cuidadosa dos filólogos e o seu proceder metódico e seus argumentos não encontraram o interesse objetivo dos filósofos; e em virtude do desinteresse, aliás desde há muito dominante, da filosofia nas questões do direito, a investigação-Kant, em seu convencimento da não-observação da Rechtslehre de seu filósofo, também não do lado sistemático, foi tornada vacilante.

Contra esse desdém para com a filosofia do direito de Kant — e implicitamente sempre também contra o desdém para com a temática do direito pela filosofia sistemática atual — é este trabalho dirigido. Ele não está escrito em volta de algumas teses de interpretação salientes, mas ele oferece uma apresentação geral histórico-sistemática da Rechtslehre de Kant que, no quadro de uma reconstrução, que procede analítico-textualmente e orientada pelo problema, dos argumentos apoiadores e passos da argumentação conjuntivos dos »Metaphysischen Anfangsgründe der Rechtslehre« e das Vorarbeiten de Kant, invocados aqui, pela primeira vez, pormenorizadamente, para o direito privado e para o direito público (Akademie-Ausgabe Bd. 23), torna visível a arquitetura da concepção filosófico-jurídica de Kant e o enganchamento estático de suas partes. Ao lado da reconstrução da marcha das ideias da Rechtslehre e ao lado da determinação do lugar do direito na área total da filosofia prática de Kant, que pede por uma análise da relação teórico-válida de direito e moral, do mesmo modo como da relação teórico-devida de direito e ética, exige a tencionada reabilitação filosófica ampla da filosofia do direito kantiana também uma investigação rigorosa de sua posição na história do problema da filosofia política moderna. Alumiar a relação de Kant para com os clássicos do direito natural moderno, para com Hobbes, Locke e Rousseau, mas também para com os pensadores mais políticos, Bodin e Montesquieu, é, para o contornear da ideia kantiana, do mesmo modo necessário como para o exame da capacidade de prestação de sua filosofia política e seu método de tipo novo. Primeiro a comparação relacionada ao problema deixa tornar clara a hierarquia filosófica da filosofia do direito de Kant e mostra a preponderância do método filosófico-transcendental sobre o pensamento jurídico-natural hierárquico-legal e o contratualismo filosófico-estatal. O interesse sistemático, que impele a apresentação reconstrutiva do pensamento jurídico kantiano, pede também uma consideração pormenorizada das reflexões correspondentes da teoria do direito pós-kantiana sobre o conceito do direito subjetivo, sobre a problemática da validade do direito positivo, sobre a teoria dos direitos fundamentais, e assim por diante. Para, contudo, não deixar aumentar mais além a extensão do livro, eu tive em conta essa exigência somente em alguns pontos da argumentação destacados com notas mais prolongadas. Eu tenciono conti-

nuar minha tentativa de mostrar o significado filosófico da *Rechtslehre* kantiana e, nisso, em um exame amplo do pensamento jurídico pós-kantiano, confrontar o direito racional de Kant também com o positivismo jurídico, regressivo filosoficamente, do século 19. e 20.

O presente trabalho segue na construção os *Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre* e estrutura-se em três partes. Parte A tem por tema o conceito do direito, a lei jurídica e a dação de leis da razão jurídica; nela é analisada a fundamentação do direito de Kant e investigada a relação do direito para com a filosofia moral, por um lado, e para com a ética material, por outro. Parte B trata a investigação filosófico-transcendental do direito privado natural no postulado da razão sintético e na ideia da arbitrariedade unida. Parte C, finalmente, tem por objeto o direito público enraizado no direito privado; nela são discutidos os princípios do direito do estado puro e tratada pormenorizadamente a tese reformista de Kant da necessidade evolucionário-jurídica do estado, do *status iuridicus* [*estado jurídico*] como a condição necessária da mediação de razão e história, de natureza e liberdade.

No centro sistemático da filosofia moral crítica de Kant está o conhecimento que a validade objetiva e a vinculatividade incondicionada dos princípios práticos não pode ser fundamentada suficientemente quando as leis da liberdade, como as categorias, são ancoradas como regras de unidade do uso da arbitrariedade interior e exterior na capacidade de síntese da razão teórica. Essa fundação nova, assimiladora dessa diferença entre racionalidade dos princípios e vinculatividade incondicionada, da filosofia moral na *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* e, finalmente, na *Kritik der praktischen Vernunft* dá também à *Rechtslehre* um fundamento teórico-válido novo. Os fatores, próprios do direito, da exterioridade, da indiferença de atitude e da coercibilidade não podem ser lidos como indícios de sua independência de validade da concepção da razão prática pura e do conceito, nela fundado, da lei prática; as referências de Kant ao enlace sistemático necessário da *Rechtslehre* com a filosofia moral crítica, ao enraizamento teórico-vinculativo do direito na doutrina da moralidade têm de ser levadas a sério e cuidadosamente perseguidas. Sem dúvida, a liberdade positivo-prática, a transcendental não é pressuposto de nascimento de atuação jurídica: em sua realização, o direito torna-se

independente de espontaneidade moral; contudo, é a liberdade de um ser racional sob leis morais um pressuposto de validez indispensável do princípio de direito. A lei jurídica kantiana promove uma pretensão de vinculatividade e necessidade prática; é uma lei da razão prática, não uma regra do intelecto técnico-coexistencial a ser obtida analiticamente do conceito da liberdade exterior. A lei jurídica, porém, não faz a exigência de ser cumprida somente por causa da vinculatividade que lhe cabe. É uma lei da razão que de modo jurídico está dada e não pede pelo motivo do dever como fundamento de execução. Na concepção do modo de dação de leis jurídico da lei da razão prática deve ser encontrado o núcleo sistemático da fundamentação do direito de Kant. Kant vê, como os professores de direito natural contemporâneo, na fundamentação da coerção o problema cardinal filosófico-jurídico e tenta, no fundamento dos conhecimentos teórico-válidos da filosofia moral crítica, responder a questão sobre a possibilidade moral de atuações de coerção. O emprego do procedimento de justificação, desenvolvido e provado na doutrina da moralidade, leva ao resultado que a coerção somente como fundamento de execução possível de atuações de dever, como fundamento de impedimento possível de atuações proibidas, antiliberdade é legitimável. A lei jurídica mostra-se, com isso, como uma formulação especializada, em fundamentação de deveres, aos quais correspondem poderes de coerção, da lei fundamental da razão prática pura; ela é um princípio de dever puramente relacionado à atuação, simultaneamente, uma regra de conhecimento para a apreciação das condições de legitimação da coerção. A concepção da lei jurídica e da dação de leis da razão jurídica, associada a ela, é a consequência da possibilidade moral da coercitividade de atuações culpadas. A razão prática pura é juridicamente dadora de leis, à medida que sua lei declara a coerção para tais atuações como moralmente possível, que devem ser executadas por causa de sua necessidade prática, ela pede, contudo, como razão eticamente dadora de leis.

No centro do direito privado kantiano está a doutrina da posse e da propriedade. Que Kant, com sua fundamentação da propriedade filosófico-transcendental, conseguiu uma última façanha filosófica, até agora somente poucos reconheceram. Primeiro nos anos depois de 1790 Kant desenvolveu essa concepção de propriedade nova e, com isso, deu à sua filosofia do direito, no total, um plano sistemático com-

pletamente novo. Antes, também Kant partilhou a opinião do direito natural, muito divulgada, que o trabalho formador de um objeto sem dono pode fundamentar um direito ao seu uso exclusivo e, por isso, o direito de propriedade deixa fundar-se imediatamente na liberdade inata definida pela lei jurídica. Agora, Kant recusa a concepção que o direito adquirível deve, por caminhos analíticos, ser desenvolvido do próprio conceito jurídico. Em seu lugar, ele fixa a doutrina do princípio apriorístico-sintético do meu ou teu exterior, do postulado da razão prático-jurídica ou da lei de permissão jurídico-racional. Como fundamento normativo de uma regulação legal-liberal da relação das pessoas umas com as outras com respeito ao uso de coisas, fundamenta o postulado da razão deveres e poderes, que a realização do meu ou teu juridicamente necessário pede, que pela própria lei jurídica fundamental abstraidora da matéria de regulação do uso da coisa, porém, não são comprováveis como direitos e deveres. A dação de leis da razão jurídica tem de, por isso, ampliar-se a priori e à lei jurídica adicionar limitativamente o postulado da razão, que dá o poder »que nós, no fundo, não poderíamos sacar de meros conceitos de direito: ou seja, de impor a todos os outros uma vinculatividade, que eles aliás não teriam, de abster-se do uso de certos objetos de nossa arbitrariedade, porque nós primeiro os tomamos em nossa posse« (6, 247). Para que, contudo, essa permissão para a *acquisitio originaria* [aquisição original] não colida com a liberdade legal de cada um, tem de a aquisição de direito original estar a priori sob a condição da concordância com a dação de leis geral da unidade sintética da arbitrariedade livre. A afirmação da propriedade mostra-se, com isso, fundada em um ato de consentimento pensado, da parte da arbitrariedade unida a priori e, simultaneamente, como necessitada do sancionamento, que afiança a juridicidade completa, da parte da dação de leis pública que determina legal-juridicamente o meu e teu preemptório.

A doutrina de Kant da unidade sintética da arbitrariedade a priori como o fundamento de validade juridicamente requerido do direito adquirível opõe-se à concepção jurídico-natural da possibilidade de uma extensão arbitrária da esfera jurídica inata, seja por pura ocupação, seja por trabalho de um objeto, e à tese, com isso unida, da função constitutivo-jurídica de atuações empíricas. Ocupação e trabalho são para Kant sem nenhum significado próprio jurídico; eles

possuem somente caráter de sinal; com eles inicia o direito exterior como um determinado, eles, porém, não o fundamentam, mas subsumem somente um objeto sob a lei apriorístico-sintética da posse inteligível e a vontade de apropriação da arbitrariedade distributiva unida. Os méritos morais, também ainda elogiados pelo direito natural pós-kantiano, da concepção da propriedade do trabalho, desenvolvida por Locke primeiro, que vincula o direito ao solo à prova do aproveitamento econômico a ser produzido mesmo, desaparece sob o ângulo visual da teoria da validade filosófico-transcendental do *idealismo iuridicus* [jurídico] kantiano.

Kant eleva, desviador da fundamentação da propriedade jurídico-natural-subjetivista, de proveniência lockeana, a arbitrariedade unida a priori à hierarquia de uma condição do direito necessária da propriedade. Com isso, não pode o estado ser reduzido a uma função de proteção, útil aos *beati possidentes* [felizes os que possuem], mas externa ao direito de propriedade, mas tem de, como condição de validade, a ser atualizada, de poderes do direito de propriedade, converter-se em um componente integral da própria teoria da propriedade. À avessas, vale que a própria tríade cruzada teórico-validamente, desenvolvida por Kant como fundamento do direito privado puro, da lei jurídica geral, postulado da razão e ideia da arbitrariedade unida a priori desemboca na exigência do estabelecimento de um estado. O direito privado de Kant pede o estabelecimento da dação de leis da arbitrariedade geral, que dá ao princípio natural do meu e teu uma determinação legal-jurídica com vinculatividade universal. A posse no estado natural deve-se, sem dúvida, a uma aquisição jurídica, fundamentada no postulado da razão, mas ela é também carente de sanção e necessita a concordância com a vontade dadora de leis pública. Esse caráter provisório-jurídico da propriedade do estado natural manifesta-se no dever de unir-se com todos os outros para a finalidade do estabelecimento de uma força dadora de leis pública.

Com a ancoragem da necessidade jurídica do estado no próprio direito privado natural Kant desiste da fundamentação contratualística do domínio estatal. O recurso teórico de legitimação à liberdade que mesma se vincula torna-se então superficial, quando as leis naturais do meu e teu produzem por si o postulado do direito público. Aliviado, assim, de todas as tarefas fundamentadoras de domínio, o contrato, em

Kant, ocupa a hierarquia de uma ideia da razão prática, que atua como norma de organização jurídico-racional e princípio de justiça estatal e deve ser entendida como modificação jurídico-estatal da ideia da arbitrariedade unida a priori, que foi desenvolvida pela fundação do direito privado como fundamento de validade da aquisição original. A ideia do contrato é capaz de servir como princípio de conhecimento jurídico-estatal: com seu auxílio podem os cidadãos revisar a qualidade da justiça das leis estatais que os vinculam. O *contractus originarius* [contrato original], porém, é também um princípio de atuação incondicionalmente vinculativo que obriga cada dador de leis empírico a considerar-se como representante da vontade contratual e a entender seu domínio não como direito próprio, mas como transferido, como representação histórico-empírica do soberano jurídico-racional e sujeito do contrato original, da vontade popular geral. Um desprezo do princípio do contrato pela força estatal, contudo, de modo nenhum, legítima desobediência, resistência e revolução. O direito do cidadão ao domínio justo não é um direito de coerção. A luta pelo direito correto deve só argumentativamente ser conduzida, o melhoramento do direito pode somente de modo reformista ter lugar. O campo do moral está sob a lei rigorosa do ou-ou: aqui um melhoramento somente como volta, como salto sem objeção e início novo sem reserva é imaginável. A área do jurídico, ao contrário, está sob a *lex continui* [lei da constância]. Aqui, a guarda da continuidade forma o pressuposto de um melhoramento do direito, cujo ponto de fuga utópico deve ser encontrado na *republica noumenon* [república númeno], na sociedade de direito pura que, como progressiva historicamente, tem de unir o ideal pacífico de Hobbes com o ideal rousseauiano da justiça contratual e de converter o domínio leviatânico, por constitucionalização jurídico-racional-democrática, em um sistema jurídico de liberdade bem-ordenada.

Hannover/Neustadt, em outubro de 1983

Wolfgang Kersting

## PREFÁCIO PARA A EDIÇÃO BRASILEIRA

A “Liberdade bem-ordenada” pôs a compreensão da filosofia do direito de Kant em novos fundamentos. Ela rapidamente converteu-se em uma obra padrão da investigação-Kant nacional e internacional.

É sumamente satisfatório que pelo trabalho de tradução, cheio de sacrifício e digno de admiração, de Luís Afonso Heck meu livro agora pode ser apresentado ao público falante-português. Eu agradeço ao Luís Afonso Heck seu trabalho incansável e estou cheio de confiança que também a investigação-Kant brasileira, conhecida por seu engajamento, irá acolher bem os esforços, que mal se medem, de Luís Afonso Heck.

Kiel, em maio de 2010

*Wolfgang Kersting*