

Kelsen's ethic then check the aspects of Shopenhauer's review of Kant's ethic that can be applicable to Kelsen's ethics.

1. Introdução

O título até poderia ser uma pergunta, pois o objetivo do trabalho é indagar qual a melhor forma de tecer uma crítica sobre a ética em Kelsen, que tem muito de seus fundamentos teóricos calcados em Kant.

Inicialmente é necessário verificar o que é a ética em Kelsen, perguntando por que ele a classificou como uma ciência que tem por objeto as normas de moral postas, separando-a da ciência jurídica que tem por objeto as normas de direito postas.

Analisada esta questão, é necessário verificar até que ponto Kant influenciou a construção do pensamento Kelseniano no que se refere à ética e sua separação do direito, para tanto, é fundamental analisar os conceitos Kantianos de moral e direito.

Identificados os aspectos coincidentes em Kant e Kelsen, entrar-se-á no pensamento de Schopenhauer, buscando demonstrar sua crítica sobre o fundamento da moral em Kant, bem como sua definição sobre o fundamento da moral.

Por fim, de posse de alguns elementos de Kant que permaneceram em Kelsen, buscar-se-á tecer uma crítica à Ética em Kelsen a partir de Schopenhauer, questionando-se a normatização da ética e sua separação em relação ao direito, proposta pelo normativismo dogmático Kelseniano.

Recolocar a ética na pauta do operador jurídico é importante, mas o crucial parece ser rediscutir seus fundamentos, sem dar-lhes um novo fundamento absoluto ou tentar normatizá-la, daí a opção por Schopenhauer.

2. A ética em Kelsen

No capítulo II da obra “Teoria Pura do Direito”, Kelsen trabalha os conceitos de Direito e Ciência Jurídica, relacionando-os com os

conceitos de Moral e Ética. Entende que as normas morais são o objeto a ser conhecido e descrito pela Ética, da mesma forma que as normas do direito são o objeto a ser conhecido e descrito pela Ciência Jurídica.¹ Nessa definição fica clara a influência do positivismo filosófico no pensamento Kelseniano, ao conceber que o objeto de qualquer tipo de ciência deve ser conhecido e descrito tal qual ele é, sem que se possa questionar seus fundamentos. Auguste Comte, ao tratar da filosofia positiva, salienta a importância da observação dos fenômenos e da descoberta das leis naturais que os regem, sem preocupar-se com “a investigação das chamadas causas, sejam primeiras, sejam finais”.²

O jurista austríaco define a ética como ciência de normas,³ assim como a ciência jurídica. A função da ética seria então de “conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida”.⁴ Não há possibilidade de a ética questionar os fundamentos das normas morais, que já foram estabelecidas em uma etapa anterior a sua intervenção descritiva.

Mas existe uma relação entre Direito e Moral para Kelsen? Existe, e nesta relação está inserida a relação entre direito e justiça, que segundo ele é uma “exigência da moral”. No prefácio à segunda edição da “Teoria Pura do Direito”, lê-se: “O problema da justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica”.⁵ Kelsen remete o assunto para a política jurídica em apêndice à “Teoria Pura do Direito”.

O conceito Kelseniano de Justiça também passa pela normatividade, vez que somente pode ser considerado justo, aquele que age de acordo com uma norma que prescreve a conduta considerada justa, pois: “A justiça de um indivíduo é a justiça de sua conduta social; e a justiça de sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa”.⁶

Para Kelsen a validade de uma norma do direito positivo independe da validade de uma norma de justiça. Uma norma do direito positivo não pode ser avaliada com base em critérios de justiça ou injustiça, o que somente pode ser mensurado no âmbito das normas de justiça que estabelecem as condutas justas ou injustas.⁷ Pensar de

modo diverso corresponderia a macular a pureza da teoria do direito proposta pelo autor.

Com base nesse fundamento, que é lógico, poder-se-ia dizer que no julgamento de determinada demanda judicial, a justiça ou injustiça são irrelevantes, desde que a decisão tenha sido fundamentada com base em uma norma do direito positivo válida.

Afastar os juízos de valor das normas do direito positivo é uma obsessão no pensamento kelseniano. No estudo de uma teoria formal do direito isto pode parecer razoável, uma vez que o objetivo seria conhecer e descrever a estrutura formal de determinado ordenamento jurídico, porém, quando se trata de uma teoria geral do direito, fazer uma depuração de qualquer tipo de valor, inclusive a justiça, corresponde a esvaziar de conteúdo os fundamentos dessa mesma teoria.

A busca da definição do que seja justiça, que é uma questão discutida desde os pré-socráticos, passando pelo cristianismo, pelo racionalismo Kantiano, pelo utilitarismo, e tantas outras correntes de pensamento, surge para Kelsen como um “elemento químico”, que deve ser isolado na experiência de purificação da teoria do direito. Isolado o elemento justiça, utiliza-se o mesmo normativismo dogmático para seu conhecimento e descrição.

O terreno movediço que o conceito de justiça representa, constituiu-se numa ameaça à teoria pura do direito; trabalhar com ele somente seria possível no âmbito de uma política jurídica, e ainda assim dentro de uma ética que se limita a conhecer e descrever as normas morais postas, sem questionar seus fundamentos.

A justiça, e com ela a ética, estariam então domadas. Não incomodariam mais o operador do direito, até porque não são mais uma preocupação sua no momento de aplicação da norma do direito positivo.

Resolvido (ou não) o problema da justiça, é importante voltar à diferença entre moral e direito. Na concepção Kelseniana a Moral e o Direito não se diferenciam por uma corresponder à conduta externa (Direito) e outra a conduta interna (Moral), pois ambas determinam condutas internas e externas.⁸ Nesse ponto Kelsen

faz referência a Kant, afirmando que a doutrina ética deste é concebida a partir da perspectiva de que apenas uma conduta dirigida contra a inclinação ou interesse egoístico pode ter valor moral. Não concorda com este ponto de vista, e, citando o exemplo de alguém que mata contra sua inclinação egoística, explica como se pode agir contra uma norma moral.⁹

O jurista austríaco faz todo esse contorno para explicar que uma conduta moral, não é a ação contra a inclinação egoística, como queria Kant, mas sim a ação de acordo com o que preceitua a norma moral posta.

Direito e moral também não se diferenciam em Kelsen em virtude da criação ou aplicação das suas normas, nisto são similares. Como já foi dito, o normativismo dogmático é utilizado como meio para explicar a criação e aplicação tanto das normas do direito como as da moral.

A diferença essencial estaria em que o Direito "se concebe como uma ordem de coação"¹⁰, o que não ocorre com a moral que seria uma ordem social para qual não são previstas sanções cuja aplicação seja socialmente organizada.¹¹ A sanção na moral corresponderia na aprovação ou desaprovação da conduta conforme a norma moral posta, contudo não se poderia cogitar a utilização autorizada de força física para sua aplicação.

Na concepção Kelseniana a tese de que o direito é moral e portanto é justo, somente é possível a partir da crença em um valor moral absoluto, o que iria contra uma verdadeira investigação científica. Conforme já exposto, ao deparar-se com essa dificuldade Kelsen preferiu isolar o elemento justiça, que seria estudado no âmbito da política jurídica, assim o direito não precisa ser justo.

A relatividade do valor moral para o pensamento Kelseniano, conduz ao extremo de excluir a possibilidade de discuti-lo em sede de criação e aplicação das normas do direito positivo. A pretensão de universalidade de seus princípios, leva a "Teoria Pura do Direito", não a ignorar a diversidade de valores existentes entre os diversos povos comunidades e indivíduos, mas sim a concebê-los como desnecessários na aplicação das normas de todo e qualquer sistema

jurídico, que seria formado a partir da norma fundamental, tendo como guia o formalismo positivista.

Gregorio Robles Morchón ao tratar da norma fundamental Kelseniana entende que esta é como um chapéu que serve em qualquer cabeça:

“Lo malo de la norma fundamental es que es como un sombrero que sirve para cualquier cabeza, lo mismo para la del hombre bueno y justo que para la del pendenciero y matón”.¹²

Kelsen ressalta por diversas vezes que não ignora a existência de valores e em especial do valor justiça, entretanto, deixa claro que em virtude de sua relatividade é importante separá-los do direito, pois caso contrário estar-se-ia privando a ciência jurídica de um objeto de estudo puro.¹³

Ao tratar da “justificação do direito pela moral” Kelsen volta a trabalhar na idéia de separação entre direito e moral, uma vez que segundo ele somente seria possível justificar o direito por valores morais caso se pudesse falar em um direito bom e um direito mau. Na sua concepção o direito não é bom nem mau, e sendo o objeto de uma ciência jurídica, esta não pode aprová-lo ou desaprová-lo, mas sim conhecê-lo e descrevê-lo.¹⁴ Ressalta: “O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”.¹⁵

Ao tratar do mito da neutralidade no direito Mauro Almeida Noleto pontua: “A pretensão de objetividade esposada pelo formalismo acredita que a isenção dos operadores jurídicos decorre da suposta existência objetiva da lei positiva, e o trabalho daqueles não seria mais do que realizar a subsunção da norma geral ao caso concreto”.¹⁶

Cabe citar aqui a jurisprudência do TJSC, na qual observa-se que já há um rompimento com o normativismo dogmático através de decisões como a que segue:

“ADOÇÃO. GUARDA DEFERIDA INCIDENTALMENTE. FAMÍLIA BIOLÓGICA DESESTRUTURADA. ENTREGA VOLUNTÁRIA DO MENOR A FAMÍLIA SUBSTITUTA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. ADOÇÃO

O conceito de moral em Kant está ligado à criação de uma “filosofia moral pura”,¹⁷ que estivesse isenta de qualquer conteúdo empírico. Uma lei somente valerá moralmente se estiver vinculada a uma necessidade absoluta, pois desta forma constituir-se-á no fundamento de uma obrigação.

Na concepção Kantiana esse fundamento não poderá ser buscado na “natureza do homem” ou nas coisas que o circundam, mas sim a priori, por meio de conceitos da razão pura.¹⁸

Para Kant a única coisa que pode ser considerada boa sem nenhum tipo de restrição é aquela que corresponda a uma “boa vontade”.¹⁹ Ao definir a boa vontade ele esclarece que ela é “boa em si mesma” e não por ter servido para determinado propósito que objetiva-se alcançar.²⁰ Afirma que ela possui um “pleno valor intrínseco”, e que sua “utilidade ou esterilidade não podem nem acrescentar nem tirar nada a esse valor. Seriam, digamos assim, como as molduras de um quadro, que podem servir para facilitar-lhe a venda ou para chamar a atenção dos que não são bastante competentes”.²¹ Esse conceito intocável da boa vontade, como boa em si mesma, cujo fundamento esgota-se em si, lembra sem dúvida a norma fundamental de Kelsen.²²

Mas antes de traçar um comparativo com Kelsen, é melhor seguirmos no conceito de moral em Kant, para o qual o valor do caráter moral estaria em fazer o bem não por inclinação mas sim por dever,²³ sendo que uma ação realizada por dever encontra seu valor não no objetivo almejado mas sim no “princípio do querer” que prescinde de todos os “objetos da faculdade de desejar”.²⁴

O dever da agir moralmente existe antes que qualquer elemento empírico, pois está calcado em uma “razão que determina a vontade por fundamentos a priori”.²⁵ A ação por dever não se confunde portanto, com a ação em conformidade com o dever, pois nesta última poderia haver a interferência da inclinação egoística.

De fundamental importância também são os conceitos de imperativo categórico e imperativo hipotético no pensamento kantiano.

“O imperativo hipotético diz somente que a ação é boa para algum propósito possível ou real. No primeiro caso é um

princípio problemático-prático; no segundo caso é um princípio assertório-prático. O imperativo categórico, que, sem referência a qualquer propósito, isto é, sem nenhum outro fim, declara a ação objetivamente necessária em si, tem o valor de um princípio apodítico-prático".²⁶

Assim quando se quer realizar determinada atividade com o objetivo de alcançar um determinado fim, surgem os imperativos hipotéticos, sejam eles problemático-práticos (meios possíveis) ou assertório-práticos (meios escolhidos). Essa ação pode ser útil ou não no que se refere ao objetivo almejado, contudo, sua utilidade ou inutilidade são indiferentes para o imperativo categórico que corresponde ao que é essencialmente bom.

E o que seria o imperativo categórico para Kant? Ele responde da seguinte forma: "age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal".²⁷ Desta forma o imperativo categórico impõe à ação sua condição de boa em si mesma sem ligá-la a nenhum propósito, sendo que os imperativos hipotéticos corresponderiam apenas às ações necessárias para alcançar determinado propósito possível ou real.

Kant define a boa vontade como absoluta, pois esta não irá contradizer-se, vez que sua máxima transforma-se em lei universal.²⁸

A moralidade é então conceituada como "a relação das ações com autonomia da vontade, isto é, com a possível legislação universal, por meio das máximas da mesma. A ação que possa coadunar-se com a autonomia da vontade é permitida; a que não concorde com ela é proibida".²⁹

Como já foi apontado anteriormente, Kelsen entende que o agir moralmente não está vinculado a uma ação contra a inclinação egoística, como defende Kant, mas sim no fato de agir de acordo com uma norma moral posta, que define o que é, e o que não é moral. Kelsen normatiza a moral e classifica a ética como o meio de conhecer e descrever as normas morais postas. Nesse ponto procura afastar-se de Kant, mas seu intento irá esbarrar na norma fundamental da própria moral.³⁰

A pureza da moral em Kant deve ser buscada em um fundamento a priori, por meio de conceitos da razão pura,³¹ excluindo-se qualquer elemento empírico, por isso propõe que se deve agir “segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”.³² Essa lei universal é pressuposta, não necessita de fundamento.

A pureza da teoria do direito Kelseniana somente poderá ser alcançada se for depurada de valores morais, dada a relatividade destes. A fundamentação do direito por meio da moral, torna difícil demarcar com exatidão o objeto da ciência jurídica. Contudo, Kelsen ao trabalhar com a fundamentação da validade da norma do direito e da norma moral, deixa claro que esta conduz a “uma norma suprema, generalíssima, que já não é fundamentável”³³, ou seja, a norma fundamental.

Também é necessário verificar os pontos de identificação entre os autores no que se refere a diferença entre Direito e Moral.

Na concepção Kelseniana, conforme já demonstrado, Direito e Moral diferem-se pelo fato de que o Direito “se concebe como uma ordem de coação”³⁴, o que não ocorre com a moral, que seria uma ordem social para qual não são previstas sanções cuja aplicação seja “socialmente organizada”³⁵, no que é concordante com Kant.

Todavia em Kelsen a Moral e o Direito não se diferenciam por uma corresponder à conduta externa (Direito) e outra à conduta interna (Moral), como queria Kant, pois para aquele ambas determinam condutas internas e externas.³⁶

O imperativo categórico da moral para Kant era: “atua de modo tal que a máxima de tua ação possa transformar-se ao mesmo tempo em lei universal”. O imperativo categórico do Direito em Kant preceitua: “Obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”³⁷, ou seja, o imperativo categórico do direito constitui-se em uma lei que determina uma obrigação. Kant não se propõe a ensinar a virtude com essa lei universal do direito, mas sim em expor em que consiste o direito, pois deixa claro que não “si debe presentar esta ley de derecho como un motivo de acción”.³⁸

Na busca da diferenciação entre direito e moral, Kant vai introduzir o conceito de direito estrito, o qual ele define como aquele em que não “se mescla nada próprio da moral”, não exigindo mais que elementos externos de “determinação para o arbítrio”.³⁹ Somente poder-se-ia falar em um direito puro se ele estivesse isento de preceitos morais. Mas em que deve apoiar-se este direito? Kant responde da seguinte forma:

*“Este derecho se funda, a la verdad, en la conciencia de la obligación de todos según la ley; pero, para determinar el arbitrio en consecuencia de esta obligación, el derecho estricto o puro no puede ni debe referirse a esta conciencia como móvil; por el contrario, debe apoyarse en el principio de la posibilidad de una fuerza exterior conciliable con la libertad de todos según leyes generales”.*⁴⁰

Na concepção Kantiana existe também o direito em sentido lato, que abrangeria a equidade e o direito de necessidade, para os quais não pode haver uma lei que imponha a faculdade de obrigar; a primeira por admitir “um direito que não pode obrigar” e o segundo por admitir “uma exigência sem direito”.⁴¹ Ambos devem ser separados do direito em sentido estrito, por sua incerteza de definição, o que contaminaria a pureza daquele.

Essa pureza do direito, livre de conteúdos morais, sem dúvida nos lembra Kelsen, e os fundamentos de sua “Teoria Pura do Direito” podem ser identificados nessas proposições kantianas.

Observa-se que o elemento coerção ou faculdade de obrigar é inseparável do Direito tanto para Kant como para Kelsen. Para ambos a possibilidade de coerção somente é possível quando se trata de um direito puro ou estrito. A diferença em Kelsen é a influência do positivismo filosófico, que o obriga a estudar os objetos da ciência jurídica (normas do direito) e da ética (normas morais), sem buscar seus fundamentos ou causas primeiras, o que Kant procura fazer em última instância, através da proposição das máximas do direito e da moral.

Como já foi dito, embora Kelsen tente livrar-se de um fundamento metafísico para a ética e para a ciência jurídica, acaba formulando

a idéia de uma norma fundamental pressuposta, cujo fundamento está em si própria. No pensamento Kelseniano é tarefa da ética e da ciência jurídica apenas conhecer e descrever as normas morais postas e as normas de direito postas. O problema da justiça, que é uma exigência da moral, é remetido para fora da ciência jurídica em Kelsen, sendo que na ética ela é tratada pela via normativa. Assim, será justa aquela conduta que estiver de acordo com uma norma moral posta por uma autoridade moral ou pelo costume.

Do pensamento kantiano, o que permanece em Kelsen, é a necessidade de dar um fechamento aos sistemas normativos da moral e do direito, tornando-os em última análise, fundados em uma lei universal, o que pode dar-se pelo imperativo categórico ou pela norma fundamental. Chega-se a um limite onde não é possível questionar, o que para ambos os autores, o que é bom em si mesmo.

Essa recorrência em dar um fundamento absoluto à moral e ao direito como bons em si mesmos, separando-os, e depurando este último de qualquer elemento moral, percebida tanto Kant e Kelsen, pode ser questionada pelos fundamentos propostos por um autor que mediou a existência dos dois intelectuais. Trata-se de Arthur Schopenhauer, que desenvolveu uma crítica bastante apropriada aos conceitos de moral elaborados por Kant, que parece, podem ser remetidos ao pensamento Kelseniano.

4. A ética em Schopenhauer e sua crítica a ética Kantiana

Arthur Schopenhauer constrói seus fundamentos teóricos apoiado em Kant, Platão e nos escritos sagrados hindus, conforme afirma textualmente em apêndice à obra “O Mundo como Vontade e Representação”⁴², intitulado “Crítica a filosofia Kantiana”, o que não o impede de tecer críticas sobre o pensamento Kantiano e seus fundamentos, aliás ele sente isso como um dever, para evitar que sejam dadas interpretações distorcidas sobre os estudos do filósofo de Königsberg.

“O maior mérito de Kant é a distinção entre o fenômeno e a coisa em si”⁴³, com essa afirmação Schopenhauer esclarece que Kant procurou demonstrar que entre as coisas e as pessoas existe o filtro do intelecto, o que torna impossível de se conhecer as coisas como elas são em si próprias. Observa que para distinguir com maior clareza fenômeno e a coisa em si, o pensamento Kantiano cria os conceitos de conhecimento a priori e conhecimento a posteriori, procurando demonstra a diferença entre o “real e o ideal”.

Embora devoto do pensamento kantiano, Schopenhauer procura explicitar da forma mais clara possível o que ele entende serem os erros de Kant. Por esse motivo procura desenvolver na obra “Sobre o Fundamento da Moral”, uma crítica aos fundamentos da moral propostos por aquele filósofo.

O filósofo de Dantzig tenta desvelar os fundamentos da moral, na tentativa de responder à pergunta formulada pela Sociedade Holandesa de Haarlén, que indagava em síntese o seguinte: “A fonte e o fundamento da filosofia da moral devem ser buscados numa idéia de moralidade contida na consciência imediata e em outras noções fundamentais que dela derivam ou em outro princípio do conhecimento?”.⁴⁴

Observa que os filósofos de todos os tempos encontraram muitos obstáculos nesta difícil tarefa de fundamentação da moral. Escolhe Kant como centro de sua abordagem, expondo que este consegue superar os fundamentos da “teologia especulativa” que durante muito tempo serviram de base para a ética, colocando aquela em uma posição inversa em relação à ética, pois esta é que passará a ser o fundamento.⁴⁵

Schopenhauer entende que a ética estagnou-se diante do imperativo categórico da razão prática, havendo uma exclusão da experiência e da razão em sua fundamentação. Observa que o imperativo categórico recebe a designação de “lei moral”, sendo que esta é utilizada por muitos intelectuais de forma incoerente e confusa, sem que se indague sobre seu fundamento. Desta forma objetiva buscar um fundamento sólido para ética, o que entende não acontecer em Kant.⁴⁶

O maior mérito de Kant na ética teria sido sua purificação de todo “Eudemonismo”. Se a ética dos antigos era eudemônica, identificando virtude e felicidade, a ética dos modernos correspondia a uma “doutrina da salvação”, na qual a felicidade é a conseqüência da virtude.⁴⁷ Schopenhauer entende que o pensamento Kantiano acaba por dar continuidade a uma ética da salvação, vez que o imperativo categórico serve de “encosto” para o fundamento da moral, embora reconheça que Kant faz uma separação entre o princípio ético e a experiência.⁴⁸

Schopenhauer dirige primeiramente sua crítica ao conceito de ética em Kant, no qual se exclui o que “acontece”, pois o importante é o que “deve acontecer”, mesmo que isso nunca se efetive. Está exclusão da experiência, elemento fundamental à ética pela riqueza de conteúdos que traz sobre a realidade, é o que segundo o filósofo de Dantzig falta a ética kantiana. Há a pressuposição de leis morais puras antes de qualquer tipo de experiência.

A respeito da introdução na origem da ética, se lê na obra “Sobre o Fundamento da Moral”:

*“Para que se possa admitir numa ética científica leis para vontade, tem-se de demonstrá-las e derivá-las segundo toda existência dela. Isto, se se pensa também em exercer na ética a proibição e não apenas em recomendá-la. Até que se proceda àquela prova, não reconheço nenhuma outra origem para introdução na ética dos conceitos de lei, prescrição, dever, a não ser no Decálogo Mosaico”.*⁴⁹

Kant teria conservado de forma sutil uma moral que ordena e que possui uma forma imperativa, emprestando-a da tradição judaico-cristã, que tem seu fundamento no Decálogo Mosaico. A introdução dos elementos “dever e obrigação” no pensamento Kantiano, torna-se de grande importância em sua ética, diante do que Schopenhauer afirma que o dever, que está sempre vinculado a um castigo ou recompensa, não pode ser concebido como um imperativo categórico como queria Kant, mas antes como um imperativo hipotético.⁵⁰

Desta forma o agir por dever Kantiano (que é o agir moral) e não simplesmente em conformidade com o dever, não encontra uma

recepção na ética de Schopenhauer. Não se pode agir de forma que a ação seja boa em si mesma (imperativo categórico), pois sempre haverá a influência de um dever que impõe um castigo ou recompensa, impostos pela ação que objetiva determinado fim possível ou real (imperativo hipotético).

O filósofo de Dantzig ao tratar do fundamento da moral em Kant afirma:

"Ele rejeita a experiência externa ainda mais decididamente que a interna, pois recusa toda fundamentação empírica da moral. Portanto ele não fundamenta - o que peço que se note bem - seu princípio moral em qualquer fato da consciência que seja demonstrável, algo como uma disposição interna. (...) conceitos puros a 'priori', quer dizer, conceitos que não têm ainda nenhum conteúdo da experiência externa ou interna, que são, portanto, puras cascas sem caroço, é que devem ser o fundamento da moral".⁵¹

Ao tratar da universalidade da lei⁵² em Kant, Schopenhauer observa que a legalidade corresponde a que a lei valha para todos, contudo esta lei encontrará um fundamento em si própria, estando vazia de conteúdo. O que Schopenhauer critica é a obediência cega ao imperativo categórico, que é demasiado distante da realidade, devido justamente a sua necessidade de pureza.

Em Kant a virtude nasce da razão pura⁵³, havendo então uma identificação entre o comportamento racional e a virtude, o que não ocorrera antes dele. Essa identificação não é aceita na concepção de Schopenhauer, pois sustenta que o agir viciosamente também pode identificar-se com a razão. Assim caberia afirmar mais uma vez que o princípio máximo da moral kantiana não é um imperativo categórico, mas sim hipotético.⁵⁴

Schopenhauer critica ainda o que denomina por segunda, terceira e quarta fórmulas do princípio fundamental da ética Kantiana, todas elas extraídas da razão pura, faltando-lhe assim um fundamento sólido. A segunda corresponde à idéia de agir de modo a tratar as pessoas como fim e nunca como meio; a terceira relaciona-se à autonomia da vontade que seria universalmente legisladora do

querer de um ser racional; por fim a quarta que diz respeito à dignidade do homem como fundamento do agir moral.⁵⁵

Com relação à última, a dignidade do homem, o filósofo de Dantzig afirma que suas conseqüências são graves, muito mais que a ingênua fórmula dos fins e meios, pois muitos intelectuais calcaram a fundamentação da moral nesta suposta dignidade humana que carece de um conteúdo. Não passaria de mais um encosto para a moral.

Antes de encerrar o capítulo dedicado à crítica ao fundamento da moral em Kant na obra “Sobre o Fundamento da Moral”, Schopenhauer procura fazer justiça ao filósofo de Königsberg, pontuando que um de seus maiores méritos foi ter tornado possível a convivência entre liberdade e necessidade, a partir da qual se pode pressupor que a liberdade significa a possibilidade de ter agido diferente, ou seja, de que somos responsáveis moralmente.⁵⁶

A proposta de fundamentação da moral de Schopenhauer centra-se na dúvida sobre o que motiva o “puro impulso ético”.⁵⁷ Segundo ele o que “segura a mão do homem” contra o agir imoral pode estar relacionado com a ordem legal ou com a preservação do bom nome e da honra. Essa seria uma concepção cética, a qual Schopenhauer acrescenta outra concepção: a “consciência moral”, na qual é igualmente difícil de conceber o puro impulso ético.⁵⁸

Diante desta dúvida Schopenhauer propõe:

“...resta apenas para a descoberta do fundamento da ética o caminho empírico, a saber, o de investigar se há em geral ações às quais temos de atribuir autêntico valor moral - que seriam as ações de justiça espontânea, pura caridade e generosidade efetiva. (...) Este é o caminho modesto que eu indico para a ética. Se a alguém ele não parecer nobre, monumental e acadêmico o suficiente, por não ser uma construção “a priori”, por não conter nenhuma legislação absoluta para todos os seres racionais, este alguém pode voltar para o imperativo categórico, para o “schibboleth” da “dignidade humana”, para o palavrorio oco, para as quimeras e bolhas de sabão das escolas, para os princípios que

*desdenham a cada passo a experiência, dos quais nada se sabe fora dos auditórios, e que jamais foram experimentados”.*⁵⁹

Nessa busca da real motivação das ações que seriam dotadas de um verdadeiro valor moral, Schopenhauer indica nove premissas⁶⁰, para em seguida chegar ao “fenômeno da compaixão diária”.⁶¹ Essa compaixão traria a possibilidade de participação no sofrimento do outro, e cada vez que ela manifesta-se, o bem ou o mal do outro também manifestar-se-iam de forma direta em nós. Esse seria para o filósofo de Dantzig o “grande mistério da ética”⁶², seu próprio fundamento, além do qual somente a metafísica pode penetrar.

Toda ação humana para Schopenhauer está calcada em três motivações: o egoísmo, a maldade ou a compaixão, sendo que as ações com valor moral devem provir desta última, já que as duas primeiras visam o seu próprio bem (egoísmo) ou a mal alheio (maldade).⁶³ O agir moral poderia ser concebido a partir das virtudes cardeais, que corresponderiam à justiça e a caridade, cuja raiz está na compaixão natural. Ele faz questão de colocá-las como virtudes e não como deveres, para não construir uma ética imperativa, como diz ser a Kantiana.

Sobre a virtude da justiça é importante ressaltar que Schopenhauer faz uma diferenciação entre um direito ético ou direito natural e o direito positivo, uma vez que os primeiros corresponderiam a uma doutrina do direito separada do direito positivado. Esta doutrina do direito faria parte da moral, definindo as ações que não podem ser executadas se não se quer prejudicar os outros. A legislação seria o aspecto passivo da doutrina do direito, vez que corresponderia às leis postas pelo Estado, para evitar ações injustas, ou seja:

*“Contra estas ações o Estado ergue o baluarte da lei como direito positivo. Seu objetivo é que ninguém sofra injustiça. Em contrapartida, o objetivo da doutrina moral do direito é que ninguém faça injustiça”.*⁶⁴

Qual seria então o mérito de Schopenhauer? Parece ser inicialmente a desconstrução de fundamentos absolutos para a moral, vez que ele demonstra a continuidade de uma ética imperativa tanto em Kant quanto na moral teológica, que pressupõe leis imutáveis, uma com base na razão pura e outra em Deus.

Contudo, ao propor a compaixão natural como fundamento da moral, Schopenhauer parece voltar a um certo determinismo naquilo que deve ser ou não moral. Na tentativa de evitar essa recorrência o filósofo de Dantzig procura trabalhar com o elemento empírico até o limite da comprovação da existência de uma compaixão natural, a partir daí remete a questão à metafísica, onde é possível trabalhar então com o fundamento dessa compaixão. Esse fundamento residiria na possibilidade de colocar-se no lugar do outro, em sentir seu sofrimento, pois cada vez que o mal ou o bem do outro manifesta-se, ele também seria sentido em nós.

Torna-se difícil verificar um rompimento de Schopenhauer com a possibilidade de dar um fundamento absoluto a moral, contudo o questionamento que ele lança sobre as bases do pensamento moral em Kant, que se fundamenta em um imperativo categórico, são cruciais para desconstruir o fundamento absoluto desta.

As coisas a que nos submetemos sem questionamento, devido as nossas limitações em refletir sobre o fundamento de nossas ações, fazem parte da crítica de Schopenhauer quando ele fala do conteúdo vazio que representam as leis universalizantes, aquelas que equivocadamente são tidas como boas em si mesmas. Concebemos as leis do mercado como boas em si mesmas, concebemos os textos legais como bons em si mesmos, assim como tantas outras coisas, sem colocar-lhes um ponto de interrogação.

Seria possível transportar essa interrogação para a ética em Kelsen e a necessidade de sua separação da ciência jurídica? Parece que sim, uma vez que este autor tem muito de seus fundamentos teóricos baseados em Kant.

5. A ética em Kelsen por Schopenhauer

Embora Schopenhauer faça uma distinção entre doutrina moral do direito e direito positivo, não procura depurar o direito do elemento moral (e portanto empírico). Como já foi observado a doutrina moral do direito em Schopenhauer corresponderia a um “puro direito ético

ou direito natural”⁶⁵, que seria independente de qualquer texto positivado.

Como já foi demonstrado no item 4, para Schopenhauer a legislação seria o aspecto estático da doutrina moral do Direito. O Estado ao legislar visa impedir que as pessoas sejam vítimas da injustiça, já a doutrina moral do direito tem por escopo evitar que as pessoas cometam injustiças.⁶⁶

Observa-se que em Schopenhauer a separação entre direito e moral não é fundamental, embora não negue sua existência.

Kant quer buscar um fundamento absoluto para moral e para o direito e procura fazer isso na formulação dos imperativos categóricos do direito e da moral, separando-os e purificando-os do elemento empírico. Kelsen nega um fundamento absoluto ao valor moral, no entanto normatiza a ética, assim como o direito, dando-lhes um fechamento através de uma norma fundamental pressuposta, boa em si mesma.

Um por buscar os fundamentos e outro por tentar demonstrar a inutilidade de buscá-los, acabam colocando como fecho de seu sistema moral e jurídico, leis universais pressupostas e boas em si mesmas, cuja pureza as encaixaria em qualquer sociedade.

Schopenhauer ao demonstrar que o imperativo categórico em Kant é na realidade hipotético, acaba nos forçando a pensar que a norma fundamental não é boa em si mesma, mas que na realidade pode servir como meio para outros fins reais ou possíveis.

Não se pode olvidar que Kelsen também tem seus fundamentos teóricos no positivismo filosófico, o que o distancia da busca dos fundamentos últimos do objeto a ser estudado, pois o que interessa é estudar este objeto como ele é. Sua opção é identificá-lo com a norma, sendo necessário purificá-lo de todo elemento valorativo. A fórmula utilizada é depurá-lo de qualquer valor moral dada sua relatividade, cabendo a ciência jurídica o papel meramente descritivo das normas do direito. Kelsen transporta essa lógica para o estudo das normas morais, que seriam o objeto a ser estudado e descrito pela ética. Ambas, ética e ciência jurídica, nessa descrição encontram no topo do sistema normativo uma norma fundamental pressuposta, que não é “fundamentável”.⁶⁷

Kant busca os fundamentos tanto da moral quando do direito, e lhes impõe um imperativo categórico⁶⁸, com o objetivo de purificá-los do elemento empírico. A experiência e seu contato com a realidade podem macular o verdadeiro fundamento da moral e do direito.

A afirmação de Schopenhauer de que o imperativo categórico de Kant serviu de encosto⁶⁹ para a fundamentação da moral, que carece assim de fundamentos sólidos, é aplicável à norma fundamental Kelseniana, que parece ser um encosto confortável na qual a teoria do direito encontra justificativa para algumas aberrações.

Estudar uma teoria formal do direito a partir de Kelsen pode ser apropriado e até conveniente, e talvez aí esteja um de seus maiores méritos, contudo, conceber a Teoria Pura do Direito como base para uma teoria geral do direito, parece um tanto arriscado. Excluir a apreciação do valor moral no momento em que se dá a aplicação das normas, ou mesmo conceber o operador jurídico como mero aplicador de normas postas por uma autoridade, é excluir o direito da realidade social. Esse tipo de postura fortalece o totalitarismo Estatal, por traz do qual muitas vezes escondem-se organizações internacionais (FMI, OMC, Banco Mundial, etc.) ou grandes corporações empresariais.

Nem o Estado e tampouco o Mercado podem ser concebidos como bons em si mesmos, como instituintes de leis universais, apriorísticas e inevitáveis. Schopenhauer nos convida a este questionamento ao insistir na necessidade de penetrarmos na realidade, na experiência, antes de nos trancarmos no mundo teorizante da academia.

É muito comum vermos a imposição de determinados padrões, os quais surgem e são seguidos sem questionamento, como o corpo perfeito, a lei perfeita, o intelectual perfeito, o tipo de vida perfeita, os quais implicam muitas vezes na despersonalização do homem, que abre mão de sua subjetividade em troca do paraíso perdido, que supostamente estaria em um daqueles padrões. O outro somente vale a pena se estiver dentro de um desses padrões.

O conceito de compaixão diária⁷⁰, que não está livre de críticas, ressalta a necessidade de respeitar a dor dos outros, o que é difícil de encontrar em um operador do direito purificado de valores morais

Traçar as diferenças e semelhanças entre Kant e Kelsen é crucial na verificação dos fundamentos do dogmatismo normativo elaborado por este. Porém, após analisar o que de Kant permaneceu intocado em Kelsen, era importante buscar um autor que tivesse elaborado uma crítica, não a Kelsen, mas sim a Kant. Surge como opção Schopenhauer.

Parece confusa essa operação, mas não há como fundamentar a crítica adequadamente e com a profundidade que o tema merece, se não entrarmos com um guia dentro do pensamento Kantiano, assim como fez Virgílio com Dante na “Divina Comédia”, no intuito protegê-lo dos perigos de sua viagem. Schopenhauer pode fazer esse papel de guia, avisando sobre os perigos que pode representar uma equivocada interpretação de Kant. É claro que essa condução não deve ser dogmatizada, sendo necessário buscar uma interpretação própria a respeito do autor que se pesquisa.

O trabalho, antes de qualquer pretensão de esgotar o tema, objetiva muito mais apresentar uma dúvida: Há possibilidade de questionar o positivismo jurídico através do pensamento do filósofo de Dantzig? Parece que sim, contudo a questão está aberta.

Notas Bibliográficas

- 1 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 67.
- 2 COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva*. Trad. José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril, 1978, p. 7.
- 3 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 405.
- 4 Id., *Ibid.*, p.67.
- 5 Id., *Ibid.*, p. XVIII.
- 6 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3.
- 7 Id, *ibid.*, p. 9: “... a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidades de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são – ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido”.

- 8 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 68.
- 9 Id., Ibid., p. 70.
- 10 Id., Ibid., p. 71.
- 11 Id., Ibid., p. 71.
- 12 MORCHÓN, Gregório Robles. *Teoria del derecho: fundamentos de teoria comunicacional del derecho*. Madrid: Civitas, Vol. I, 1998, p. 210.
- 13 “É de per si evidente que uma Moral simplesmente relativa não pode desempenhar a função, que consciente ou inconscientemente lhe é exigida, de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem jurídica positiva. Uma tal medida também não pode ser encontrada pela via do conhecimento científico”. KELSEN. *Teoria pura do direito*, cit., p. 76.
- 14 Id., Ibid., p. 77.
- 15 Idem.
- 16 NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 72.
- 17 KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 27.
- 18 Id., Ibid., p. 27-8.
- 19 Id., Ibid., p. 37.
- 20 Id., Ibid., p. 38.
- 21 Id., Ibid., p. 38.
- 22 Ao tratar da fundamentação da validade Kelsen assevera: “O processo da fundamentação normativa da validade conduz, porém, necessariamente, a um ponto final: a uma norma suprema, generalíssima, que já não é fundamentável, à chamada norma fundamental, cuja validade objetiva é pressuposta sempre que o dever-ser que constitui o sentido subjetivo de quaisquer atos é legitimado como sentido objetivo de tais atos. (...) Consideramos um determinado tratamento de um indivíduo por parte de outro indivíduo como justo quando este tratamento corresponde a uma norma tida por nós como justa. A questão de saber por que é que consideramos esta norma como justa conduz, em última análise, a uma norma fundamental por nós pressuposta que constitui o valor justiça”. KELSEN. *O problema da justiça*. Op. cit., p. 15.
- 23 KANT. *Fundamentos da metafísica dos costumes*, cit., p. 43.
- 24 Id., Ibid., p. 45.
- 25 Id., Ibid., p. 57.
- 26 Id., Ibid., p. 64.
- 27 Id., Ibid., p. 70.
- 28 Id., Ibid., p.88.

- 29 Id., *Ibid.*, p. 91.
- 30 Ver nota 22.
- 31 Id., *Ibid.*, p. 27-8.
- 32 Id., *Ibid.*, p. 70.
- 33 Ver nota 21.
- 34 Id., *Ibid.*, p. 71.
- 35 Id., *Ibid.*, p. 71.
- 36 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 68.
- 37 KANT. *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Cidade del Mexico: Universidad Autonoma de Mexico, 1968, p 33.
- 38 Id., *Ibid.*, p. 33.
- 39 Id., *Ibid.*, p. 34.
- 40 Id., *Ibid.*, p. 34-5.
- 41 Id., *Ibid.*, p. 36-40.
- 42 “Uma discussão sobre isso é porém necessária, pois, manifestamente, minha linha de pensamento, por mais que seu conteúdo difira da kantiana, fica inteiramente sob a influência dela, a pressupõe necessariamente, parte dela, e reconheço que o melhor de meu desenvolvimento próprio deve-se, ao lado da impressão do mundo intuitivo, tanto à obra de Kant, como à dos escritos sagrados hindus e de Platão.” SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade de representação*. Crítica a filosofia kantiana. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 119.
- 43 Id., *Ibid.*, p. 120.
- 44 SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 4.
- 45 Id., *Ibid.*, p. 11-2.
- 46 Id., *Ibid.*, p. 16.
- 47 Id., *Ibid.*, p. 17.
- 48 Id., *Ibid.*, p. 18.
- 49 Id., *Ibid.*, p. 22.
- 50 Id., *Ibid.*, p. 24-5.
- 51 Id., *Ibid.*, p. 33.
- 52 Id., *Ibid.*, p. 40.
- 53 Id., *Ibid.*, p.57.
- 54 Id., *Ibid.*, p. 64.
- 55 Id., *Ibid.*, p. 73-8.
- 56 Id., *Ibid.*, p. 89.

- 57 Id., Ibid., p.107.
58 Id., Ibid., p. 108-9.
59 Id., Ibid., p. 113-4.
60 Id., Ibid., p. 125-6.
61 Id., Ibid., p. 129.
62 Id., Ibid., p. 130.
63 Id., Ibid., p. 131.
64 Id., Ibid., p. 142.
65 Id., Ibid., p. 141-2.
66 Id., Ibid., p. 142.
67 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*, cit., p. 15.
68 KANT, *Fundamentos da metafísica dos costumes*, cit., p. 70.
69 SCHOPENHAUER, *Sobre o fundamento da moral*, cit., p. 18.
70 Id., Ibid., p. 119.

Referências Bibliográficas

- COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positiva*. Trad. José Arthur Gianotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril, 1978.
- KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ediouro. _____ . *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. Ciudad del Mexico: Universidad Autónoma de Mexico, 1968.
- _____. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4ª Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- MORCHÓN, Gregório Robles. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Civitas, Vol. I, 1998.
- NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e representação. Crítica a filosofia Kantiana*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- _____. *Sobre o fundamento da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.