V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO

JOÃO MARTINS BERTASO

LEONEL SEVERO ROCHA

LUIS MELIANTE GARCÉ

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488
Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/ UPF/FURG;

Coordenadores: Daniela Menengoti Ribeiro, Pablo Augusto Guerra Aragone – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-260-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Filosofia do direito. I . Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

FILOSOFIA DO DIREITO

Apresentação

Estes textos reunem as apresentações dos textos em três GTs , 38. Cátedra Luís Alberto Warat, Hermenêutica jurídica e Filosofia do direito.

Os primeiros textos se referem ao pensamento de Luis Alberto Warat, que critica a dogmática jurídica, por somente recorrer a valores consagrados no passado, para tomar de decisões no presente. Deste modo, o Direito não permite facilmente o tratamento dos conflitos fora do Estado. A proposta de Warat surgiu como uma nova perspectiva para a abertura do sistema do Direito, desde meados dos anos 1970, investigando a partir da semiologia jurídica. Luis Alberto Warat, em sua trajetória intelectual, percorreu esse caminho da linguagem, chegando à conclusão de que a linguagem signo, desde autores como Roland Barthes, teria sentido graças ao denominado prazer do texto. Ou seja, o sentido estrutural dado por Saussure precisava abrir-se para o desejo. Aparece facilmente nessa etapa a contribuição de Lacan, mais tarde de Foucault para a interpretação da alma humana. Freud iniciou a psicanálise recolocando o desejo, e a sexualidade, em seu devido lugar. Mas, Lacan foi quem colocou a linguagem como condição de acesso ao inconsciente. Warat percebeu desde logo, o delírio como condição de sentido superior à linguística para a compreensão do não dito. Com o livro O anti-Édipo, Guattari, auxiliado por Deleuze, motivou Warat a colocar o corpo como complemento necessário, ou mesmo central para a construção de uma sociedade mais solidária . O texto da linguística adquire um novo olhar desde o simbólico: signo, significante, corpo.

A sociedade tem nesta observação como constituinte relações e enfrentamentos entre corpos desejantes de poder e afetos, fazendo com que hajam incompatibilidades comunicativas sem fim. No Direito, para Warat, o procedimento para o tratamento destas questões poderia seguir o caminho da mediação.

A Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito foram com perspicácia abordados nos demais texto. A Hermenêutica é hoje uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de Wittgenstein (1979) que redefiniu, em meados do século passado, a ênfase no rigor e na pureza lingüística por abordagens que privilegiam os contextos e funções das imprecisões dos discursos. A hermenêutica, diferentemente, da pragmática, centrada nos procedimentos e práticas sociais, preocupa-se com a interpretação dos textos.

No terreno jurídico a grande contribuição é portanto do positivismo de Hart (1986) e seus polemizadores como Raz (2012) e Dworkin (1986) . O positivismo jurídico inglês foi delimitado por Austin e alçado até a filosofia política através do utilitarismo de Bentham (1973). Na teoria de Hart, leitor de Bentham, a dinâmica das normas somente pode ser explicitada através da análise das chamadas regras secundárias (adjudicação, mudança e reconhecimento), que permitem a justificação e existência do sistema jurídico. Hart preocupa-se com a questão das definições. Porém, inserindo-se na concepção pragmática da linguagem, com objetivos hermenêuticos, entende que o modo tradicional de definição por gênero e diferença específica é inapropriado para a compreensão de noções tão gerais e abstratas. Pois, tais definições necessitam de termos tão ambíguos quanto os que se deseja definir. Para Hart, Direito é uma expressão familiar que empregamos na prática jurídica sem a necessidade de nenhuma definição filosófica. Assim, a preocupação da “jurisprudência” não é a explicitação da designação pura do signo direito, como tenta fazer Bobbio, mas "explorar as relações essenciais que existem entre o direito e a moralidade, a força e a sociedade (...). Na realidade, ela consiste em explorar a natureza de uma importante instituição social” (HART, 1986).

A tese do Direito como instituição social significa que o Direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem. Por isso, é que Hart (1986), desde a linguística, pretende privilegiar o uso da linguagem normativa como o segredo para que se compreenda a normatividade do Direito. Esta atitude epistemológica tem, para Raz (2012), duas consequências: “em primeiro lugar, os termos e expressões mais gerais empregadas no discurso jurídico (...), não são especificamente jurídicos. São, geralmente, o meio corrente mediante o qual se manifesta a maior parte do discurso normativo”. Em segundo lugar, com a análise da linguagem:

a normatividade do direito é explicada conforme a maneira como afeta aqueles que se consideram a si mesmos como sujeitos de direito. Um dos temas principais tratados por Hart é o fato de que quando uma pessoa diz ‘tenho o dever de...’ ou ‘você tem o dever de...’, ela expressa o seu reconhecimento e respalda um ‘standard’ de conduta que é adotado como um guia de comportamento (RAZ, 2012).

Isto expressa um reconhecimento de quem formula a regra, seu desejo de ser guiado por ela, e a exigência (social) de que outros também o sejam. A normatividade é social. A necessidade do reconhecimento é que colocou a teoria de Hart no centro da hermenêutica.

Nessa lógica, não é surpreendente o fato que, para Hart, o Direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados hard cases.

Esta última postura é criticada por Ronald Dworkin (1986) que entende que o Direito sempre proporciona uma "boa resposta", já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história. Neste sentido Dworkin coloca a célebre metáfora do romance escrito em continuidade, como "Narração". A "boa resposta" seria aquela que resolvesse melhor à dupla exigência que se impõe ao juiz, ou seja, fazer com que a decisão se harmonize o melhor possível com a jurisprudência anterior e ao mesmo tempo a atualize (justifique) conforme a moral política da comunidade.

Neste sentido, apesar das diferenças, Hart e Dworkin percebem que o Direito tem necessariamente contatos com as ideias de moral e a justiça. Daí o lado moralista do Direito anglo-saxão, sempre ligado ao liberalismo, embora na versão crítica destes autores: Hart influenciado pelo utilitarismo de Bentham, e Dworkin pelo neocontratualismo de Rawls (1980).

A concepção de Estado da Hermenêutica é portanto mais atual que a da filosofia analítica, voltando-se para as instituições sociais e abrindo-se já para o Estado interventor. Entretanto, num certo sentido, esta matriz, já bastante prescritiva, ainda é normativa (normativismo de 2º grau). Embora, possa-se dizer que Dworkin possui uma teoria da interpretação, capaz de avançar além do positivismo e do utilitarismo. Outro problema que permanece é o excessivo individualismo da hermenêutica do common law.

Por tudo isto, os nossos GTs permitiram um proficuo debate sobre as três temáticas.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS

Prof. Dr. João Martins Bertaso - URI

Prof. Luis Meliante - UDELAR

UMA LEITURA DO DIREITO À LIBERDADE NO BRASIL SOB A ÓTICA KANTIANA

A READING ABOUT THE RIGHT TO FREEDOM IN BRAZIL FROM THE KANTIAN PERSPECTIVE

Eduardo de Carvalho Rêgo

Resumo

Os constitucionalistas chamam a Constituição de 1988 de "Constituição Cidadã", pois ela surge num momento de redemocratização, estabelecendo um rol de direitos fundamentais dentre os quais se destaca o direito à liberdade. Mas será que é possível afirmar que os brasileiros são livres? Que o Brasil proporciona aos seus cidadãos as condições necessárias para alcançar liberdade? Se considerarmos o conceito de liberdade kantiano, a resposta é negativa. Se, para Kant, liberdade é independência do arbítrio de outro, então, numa sociedade na qual as condutas são pautadas por "vontades" alheias à do sujeito, pode-se declarar o fracasso do direito à liberdade.

Palavras-chave: Constituição, Liberdade, Kant

Abstract/Resumen/Résumé

Constitutionalists call the Constitution of 1988 "Citizen Constitution" because it comes at a time of democracy, establishing a list of fundamental rights among which stands the right to freedom. But is it possible to say that Brazilians are free? That Brazil gives its citizens the necessary conditions to achieve freedom? If we consider the Kantian concept, the answer is negative. If, for Kant, freedom is the independence of the will of another, then, in a society in which social behaviors are guided by "willing" outside the subject's will, it is fair to declare the failure of the right to freedom.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Freedom, Kant

1. Introdução

O art. 5°, *caput*, da Constituição Federal de 1988, proclama que todos têm direito à liberdade[1]. E alguns dos incisos do mencionado artigo elencam, na lista de direitos fundamentais, uma série de liberdades, tais como a de expressão, de associação, de consciência e de religião – para citar apenas algumas. Tais direitos, como se sabe, são conquistas históricas que advieram das incessantes lutas travadas num passado relativamente próximo[2], mas a sua compreensão, por boa parte dos constitucionalistas brasileiros contemporâneos, acaba por deixar de lado aspectos relevantes que contribuiriam para o aprofundamento do conceito de liberdade.

Com efeito, quando se fala em direito à liberdade de consciência e/ou de expressão, o tema pode ser visto sob dois aspectos, que podemos denominar, para fins acadêmicos, de objetivo e subjetivo. Objetivamente falando, o direito à liberdade de consciência e/ou de expressão significa que a todos é garantido constitucionalmente pensar sobre e, consequentemente, tornar pública toda e qualquer opinião ou doutrina que não ofenda a ordem jurídica vigente. Inclusive, os tribunais pátrios costumam dar efetividade a tal direito, permitindo que órgãos de imprensa possam fazer denúncias, que artistas possam abordar temas polêmicos em suas obras, ou que o cidadão comum possa emitir de forma ampla as suas considerações sobre os diversos âmbitos da vida. Mas, como referido anteriormente, há também o aspecto subjetivo do direito à liberdade, que é obviamente mais complexo e tem a ver, acima de tudo, com o modo pelo qual a Constituição provê (e não apenas prevê) os meios necessários para que o sujeito se permita ser livre na acepção da palavra, sem recorrer a ninguém a não ser a si mesmo e à sua própria razão.

---

[1] "Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]".

[2] Vale lembrar que, até a promulgação da atual Carta Constitucional, o Brasil viveu um triste período de ditadura militar, no qual o direito à liberdade não tinha a amplitude que ganhou após o início do mês de outubro de 1988. Nos dizeres de Vinício Carrilho Martinez, "O golpe militar desferido na calada da noite em 1964, expandido por muitas noites escuras e espessas, formulou-se como ato de terrorismo contra as liberdades e a dignidade do povo brasileiro. Em nome de um direito de Estado se praticou a barbárie e o atentado político na forma de graves crimes contra a Humanidade. Dessa fase, herdamos uma consciência deturpada do direito, do que é certo e do que deveríamos fazer, no pior exemplo do positivismo tupiniquim" (MARTINEZ, 2014).

Ocorre que os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, sobretudo os autores dos chamados "manuais jurídicos", estão muito apegados ao que se denominou acima de aspecto objetivo do direito à liberdade, deixando um pouco de lado o aspecto subjetivo. Em outras palavras: para muitos desses juristas, desde que seja efetivado ao cidadão o direito de se reunir em associação, de se locomover dentro do espaço territorial brasileiro ou de dizer o que bem entenda, pouco importa o fato de que tais atividades ou práticas sejam exercidas sem liberdade subjetiva, isto é, que sejam exercidas mediante a influência de "vontades" alheias à própria vontade do sujeito. Pois, como é possível afirmar que é livre alguém que se reúne em associação ou se locomove, por exemplo, da casa para o trabalho e do trabalho para casa simplesmente pela força do hábito e não por conta de seu esforço racional?

Immanuel Kant foi um filósofo alemão (nascido em 1724 e falecido em 1804) que pretendeu elaborar uma "Metafísica dos Costumes", composta por princípios *a priori* da razão, capazes de regulamentar as condutas humanas em sua inteireza. Livre, para Kant, é aquele que age independentemente do arbítrio de outro, que segue racionalmente a sua vontade e que atua sempre de acordo com o imperativo categórico[3], de modo a atingir, em última análise, o chamado reino dos fins.

Quando se olha a questão sob a ótica kantiana, torna-se possível perceber como o direito à liberdade, hoje em dia, está sendo maltratado pelos operadores do Direito em geral, consubstanciando praticamente letra morta na Constituição da República Federativa do Brasil. Ora, se tal (dito) direito consegue garantir apenas uma "liberdade" desvinculada dos princípios da razão, ou seja, apenas uma "pseudoliberdade", então não se pode chegar à outra conclusão senão a de que o direito à liberdade não é aplicado à plenitude no Brasil.

2. O significado do direito à liberdade de acordo com os constitucionalistas brasileiros contemporâneos

Da leitura de boa parte das obras de Direito Constitucional atualmente editadas no Brasil somente é possível extrair conceitos meramente técnicos, ou meramente objetivos, do direito à liberdade. E isso é problemático, porque tal postura (ou abordagem) acaba por escamotear – ou reduzir substancialmente – o significado filosófico do termo previsto na

[3] Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Kant afirma: "O imperativo categórico é, portanto, único e pode ser descrito da seguinte forma: *age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*" (KANT, 2005, p. 51).

Constituição Federal de 1988. Para citar alguns exemplos, os juristas Alexandre de Moraes, Pedro Lenza e Uadi Lammêgo Bulos, quando falam do "direito à liberdade", tecem comentários diretamente às liberdades específicas, como a liberdade de pensamento, de consciência ou religiosa, abordando apenas o seu sentido técnico-jurídico – sob uma ótica reducionista do ponto de vista da Filosofia do Direito, portanto – e o modo pelo qual o Poder Judiciário brasileiro tem tratado da questão em suas decisões.

Da obra de Alexandre de Moraes, vale a pena transcrever a íntegra do capítulo que trata da liberdade de pensamento, direito de resposta e responsabilidade por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, IV e V):

> A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a conseqüente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. Atualmente, como ressalta Pinto Ferreira,
>
> > "O Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura".
>
> A partir da EC nº 45/04 ("*por questões de política judiciária*"), as ações de indenização, inclusive por dano moral, com base em acidente do trabalho, propostas por empregado contra empregador, são da competência da justiça do trabalho, pois, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal, "o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, está enumerado no art. 7º da CF como autêntico direito trabalhista, cuja tutela, deve ser, por isso, da justiça especial" (MORAES, 2006, p. 39).

Como se percebe, o mencionado jurista utiliza mais de um terço do espaço dedicado à liberdade de pensamento a questões meramente processuais e de prática jurídica, sem empreender análise aprofundada acerca dos pressupostos filosóficos que circundam o complexo conceito de direito à liberdade. Nesse sentido, o leitor mais afeto à substancialidade das coisas sente falta de uma abordagem acerca do que viria a ser a chamada "livre manifestação do pensamento" em si.

Por sua vez, o constitucionalista Pedro Lenza – autor da obra *Direito Constitucional Esquematizado* – trata do mesmo assunto de forma ainda mais resumida:

> A Constituição assegurou a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato. Caso durante a manifestação do pensamento se cause dano material, moral ou à imagem, assegura-se o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização (LENZA, 2008, p. 601).

Já Uadi Lammêgo Bulos explica que "É livre a manifestação do pensamento, sendo proibido o anonimato. Mas essa liberdade não é absoluta, porque não pode causar danos materiais ou morais a quem quer que seja" (BULOS, 2010, p. 302-303).

A abordagem dos três juristas acima mencionados atende satisfatoriamente à técnica jurídica e se mostra, de certa forma, adequada ao propósito acadêmico a que se destina. Entretanto, não se pode negar que a cultura dos manuais jurídicos é amplamente difundida no Brasil e que o ensino universitário acaba se resumindo a esse tipo de leitura, o que acaba por inviabilizar, em última análise, que o futuro jurista acabe aprofundando questões fundamentais inerentes ao direito à liberdade.

Nesse sentido, por mais que o Direito Constitucional possa admitir uma abordagem sintética dos autores de manuais em espaços resumidos, ainda assim parece incompreensível a leitura descolada que é feita por boa parte dos constitucionalistas pátrios dos incisos IV e V do art. 5º da Constituição Federal em relação ao seu *caput*. Explica-se: da maneira como abordado o tema nos manuais, é como se apenas a *manifestação* do pensamento fosse livre e não o pensamento em si, e isso mesmo se for levado em consideração que a Constituição é clara ao dizer que todos têm *direito* à liberdade. A leitura restritiva que se faz dos incisos mencionados, e dos demais que elencam outras "liberdades", deixa transparecer o desprendimento filosófico que geralmente marca a abordagem (supostamente técnica) dos operadores do direito em nosso país. Nesse pensar, nota-se o estágio incipiente em que se encontra a chamada "doutrina" brasileira, ao menos no que diz respeito ao direito constitucional à liberdade.

Nesse cenário, o *Curso de Direito Constitucional* de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco – o primeiro dos quais é Ministro do Supremo Tribunal Federal – surgiu no ano de 2007 com a promessa de ser uma das principais obras do Direito Constitucional brasileiro, seja pelo renome dos autores, seja pela profundidade com a qual os temas ali presentes seriam tratados.

Ocorre que, em que pese terem escrito uma boa obra técnico-jurídica, especificamente no que diz respeito ao direito à liberdade – ou às "liberdades", como preferem os três autores – eles deixaram de aprofundar o aspecto filosófico, ou o aspecto subjetivo, que circunda o direito à liberdade.

Não obstante, antes de tratarem de cada uma das ditas "liberdades", eles escreveram parágrafos introdutórios interessantes, que convém agora reproduzir na íntegra:

> O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de *dignidade da pessoa humana*,

> que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.
> As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da auto-realização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.
> A efetividade dessas liberdades, de seu turno, presta serviço ao regime democrático, na medida em que viabiliza a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais (MENDES, COELHO E BRANCO, 2007, p. 349).

Embora Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco demonstrem uma certa preocupação em relação ao conceito do direito à liberdade, avançando bastante em relação a outros autores, a análise realizada por eles é ainda muito tímida – e, como pretendo demonstrar na sequência, distanciada da realidade, na medida em que deixa transparecer a crença no Estado Democrático de Direito como ente capaz de proporcionar aos indivíduos a realização de "suas potencialidades".

Das obras consultadas para a realização deste trabalho, somente a de José Afonso da Silva aprofunda um pouco o conceito de liberdade – e isso declaradamente a contragosto, como se verá –, enveredando, ainda que de forma bastante breve e superficial, pelos caminhos da Filosofia.

Já nas primeiras palavras que dedica ao capítulo intitulado "Direito de Liberdade", o constitucionalista declara que "não cabe discutir a fundo as bases filosóficas do problema da liberdade num trabalho sobre direito positivo" (SILVA, 2008, p. 230), como se o papel dos juristas fosse apenas o de reproduzir, de forma engessada e acrítica, o que está escrito na legislação. Mas, de todo modo, ainda que contrariado, o autor aborda o que chama de "o problema da liberdade":

> O debate [sujeito a considerações idealistas (sentido filosófico) e metafísicas] correlaciona *liberdade* e *necessidade*. Opunha-se uma à outra. Uns negavam a existência de liberdade humana, afirmando uma necessidade, um determinismo absoluto; outros, ao contrário, afirmavam o livre-arbítrio, liberdade absoluta, negando a necessidade. Ora, de um lado, a liberdade era simples desvio do determinismo necessário; de outro, desvio daquela.
> Essas posições colocam o homem fora do processo da natureza. Mas é necessário resolver o problema a partir da consideração de que o homem faz parte dela. Está, por isso, sujeito às leis objetivas da necessidade. Mas, além disso, ele é também um ser social; é "criador e produto da história, e suas relações com a natureza, seu conhecimento da natureza e sua ação sobre ela estão condicionadas por suas relações sociais com os outros homens". Assim, o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações

> sociais. O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas. Então, não tem cabimento a discussão sobre a existência e não existência da liberdade humana com base no problema da necessidade, do determinismo ou da metafísica do livre-arbítrio, porque o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e conseqüente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade (SILVA, 2008, p. 230-231).

Para José Afonso da Silva, o problema da liberdade humana é resolvido a partir do alegado antagonismo entre o indivíduo e a natureza: a partir do momento em que o homem aprende a vencer os "obstáculos" representados pelas leis da necessidade ele se torna cada vez mais livre. E, para o autor, é apenas numa democracia que a verdadeira liberdade pode se concretizar:

> Já vimos que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constrangem, mais liberdade conquista (SILVA, 2008, p. 234).

É inegável que a Constituição Federal de 1988 pretendeu instituir um regime democrático de direito. Mas será que é possível afirmar que a sua aplicação está a tornar os cidadãos brasileiros cada vez mais livres, como defende José Afonso da Silva? Será, ainda, que é o simples domínio da natureza que torna o homem livre? Não seria mais lógico pensar, ao revés, que o principal empecilho à liberdade humana é o próprio homem, na medida em que ele se recusa a extrair da sua própria razão as leis que o tornariam efetivamente livre?

Recorramos à filosofia kantiana.

3. O conceito de liberdade na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de Immanuel Kant

Antes de escrever a sua *Metafísica dos Costumes*, publicada em 1797, o filósofo alemão Immanuel Kant, nascido na cidade de Königsberg, produziu um texto intitulado *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, publicada em 1785, uma obra auxiliar que, como o próprio nome já indica, serve de preparação para o texto principal. Lá, na *Fundamentação*, Immanuel Kant propõe uma ética fundada em princípios *a priori* da razão, uma ética que leva

em consideração não o mundo que é, mas o mundo que deve ser. Nas palavras do autor, "o fundamento da obrigação não se deve buscar aqui na natureza do homem ou nas circunstâncias do mundo em que o homem se situa, mas sim *a priori*, exclusivamente em conceitos da razão pura" (KANT, 2005, p. 15).

Para Kant, o homem é o único ser vivo que pode se autodeterminar, que pode agir de acordo com a sua própria lei, apesar de estar limitado fisicamente pelas leis da natureza. Nossa principal diferença para com os animais seria a seguinte: enquanto eles habitam um único mundo, vale dizer, o mundo "natural", nós, os homens, habitamos dois: o mundo "natural" e o mundo "racional". E, enquanto o mundo natural é movido pelas leis naturais e pela necessidade – uma vez que não é dado ao seu habitante esquivar-se das características a ele inerentes, tais como a fome, o frio, o calor e as necessidades fisiológicas –, o mundo racional é movido pela vontade – entendida essa, é claro, no sentido kantiano do termo.

Vale a pena recorrer às próprias palavras do filósofo de Königsberg:

> Cada coisa na natureza atua segundo certas leis. Só um ser racional possui a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, por princípios, ou, só ele possui uma vontade. Como para derivar as ações das leis se exige a razão, a vontade outra coisa não é senão a razão prática. Se a razão determina infalivelmente a vontade, então as ações de tal ser, que são conhecidas como objetivamente necessárias, são também subjetivamente necessárias, ou seja, a vontade é a faculdade de não escolher nada mais que a razão, independentemente da inclinação: conhece-a como praticamente necessária, quer dizer, como algo bom (KANT, 2005, p. 43).

Assim, o conceito kantiano de "vontade" nada tem a ver com o sentido ordinário que comumente se dá à palavra. Enquanto, para o vulgo, vontade se confunde com inclinação, para Kant a vontade revela justamente o abandono da inclinação em nome da razão. Ou seja: tem vontade aquele que, embora sofra os efeitos da inclinação, age de acordo com o imperativo categórico, independentemente dos benefícios ou prejuízos que isso possa vir a lhe causar. Não é à toa que Kant inicia a primeira seção de sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* afirmando que "Nem neste mundo nem fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado bom sem limitação, a não ser uma só coisa: uma *boa vontade*" (KANT, 2005, p. 21).

De acordo com um dos grandes estudiosos da obra de Kant, o filósofo Georges Pascal, só é possível entender a "boa vontade" kantiana quando se tem em vista, também, o conceito de dever:

> Este, com efeito, contém em si o da boa vontade, mas acrescenta-lhe certos entraves subjetivos, provindos de nossa sensibilidade, os quais põem em relevo a boa vontade às voltas com certas dificuldades. Poder-se-ia dizer até que a boa vontade é a vontade de agir por dever (PASCAL, 2008, p. 119).

Antes de afirmar que "o dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei" (KANT, 2005, p. 28), Kant tece uma série de considerações sobre como as ações devem não apenas conformar-se ao dever, mas, também, ser praticadas *por dever* – numa evidente demonstração de que, para ele, os fins não justificam os meios ou, para ser mais preciso, de que os resultados não ignoram as intenções. É que, embora algumas ações possam ser praticadas conforme a lei, elas podem estar embasadas não no dever, mas, sim, na inclinação, ou, como prefere Kant, numa "intenção egoísta" (KANT, 2005, p. 25), retirando dela, automaticamente, todo o seu conteúdo moral.

O exemplo dado por Kant é esclarecedor:

> [...] conservar cada qual a sua vida é um dever, e trata-se, além disso, de uma coisa para que todos têm inclinação imediata. Mas por isso mesmo é que o cuidado, por vezes ansioso, que a maioria dos homens lhe dedicam não tem o menor valor intrínseco, e a máxima que rege esse cuidado não traz nenhum conteúdo moral. Os homens conservam a sua vida *conforme* o dever, sem dúvida, mas não *por dever*. Em contraposição, quando as adversidades e o desgosto desesperançado arrebatam a um homem totalmente o gosto pelo viver; se esse infeliz, com fortaleza de alma, mais enfadado do que abatido ou sem alento, deseja a morte, mas conserva a vida sem a amar, só por dever, e não por inclinação ou medo, então a sua máxima tem um conteúdo moral (KANT, 2005, p. 25).

Dessa forma, ainda que duas ações idênticas praticadas por pessoas diferentes levem ao mesmo resultado, não se pode afirmar que ambas possuem o mesmo conteúdo moral sem averiguar antes quais os motivos que levaram cada um dos sujeitos a executá-las. Pois aquele que agiu *por dever*, e somente ele, é quem praticou a ação moral.

A conclusão de Pascal é a seguinte:

> [...] para ter verdadeiro valor moral, não basta que a ação seja conforme ao dever; é mister, além disso, seja executada por dever. Agir sob a influência da sensibilidade, ainda que a ação seja concorde ao dever, é algo de *patológico* [...]. Evidencia-se assim a oposição entre o ponto de vista da *legalidade*, ou da conformidade com a lei, e o ponto de vista da *moralidade* verdadeira, que reside na pureza da intenção (PASCAL, 2008, p. 19).

Nesse sentido, para Kant, age de boa vontade todo aquele indivíduo que respeita a lei, justamente pelo fato de ela ser *lei*.

> Só pode ser objeto de respeito, e portanto um mandamento, aquilo que está ligado à minha vontade somente como princípio e jamais como efeito, não o que serve à minha inclinação, mas o que a domina ou que, pelo menos, a exclui do cálculo na escolha, quer dizer, a simples lei por si mesma (KANT, 2005, p. 28).

Interpretando a obra de Kant, Pascal explica que a motivação para a ação humana moral não pode advir da sensibilidade, mas apenas da boa vontade, que nada mais é do que o dever de cumprimento à lei:

> Por outras palavras, o homem necessita de móveis para poder agir; e como nenhuma ação procedente de um móvel tirado da sensibilidade merece ser qualificada por moral, não resta outro móvel para a ação de quem queira agir por dever senão o respeito à lei que lhe ordena cumprir o dever. É pois somente a representação da lei, num ser racional, que pode determinar a boa vontade (PASCAL, 2008, p. 119).

E essa lei, da qual fala Kant, é a lei produzida pelo próprio homem a partir de seu raciocínio livre. É a lei que cada sujeito munido de vontade – e que goza, portanto, de liberdade – se dá no momento em que se depara com a necessidade de praticar qualquer ato da vida quotidiana. Aplicando e respeitando o imperativo categórico antes de realizar qualquer evento, o homem livre age sempre de forma moral e a convivência humana se torna integralmente pacífica.

Em seu *Dicionário Kant*, o inglês Howard Caygill escreve:

> Liberdade é definida como a "independência da capacidade de escolha de coerções oriundas de impulsos dos sentidos"; e embora a capacidade humana de escolha seja afetada por "motivos sensíveis", não são a ela necessários. Kant explica que isso é porque "o homem possui a capacidade de determinar-se por si, independentemente da coação dos impulsos sensíveis" [...] Esse poder de autodeterminação, manifesto no "dever-ser" (*ein Sollen*), é a vontade (CAYGILL, 2000, p. 318).

Ser livre, para Kant, é não ser escravo de impulsos naturais. É ter possibilidade de realizar todas as condutas racionalmente, não se deixando influenciar pelas inclinações. Os animais irracionais estão condenados à estagnação justamente pelo fato de só poderem se desenvolver na medida em que a natureza o permite. Já o homem livre, que se reconhece como autor da lei que segue e como responsável pelo mundo humano ser do jeito que é, pode alterar qualquer estrutura contrária aos fundamentos morais que mantém a convivência entre os seres humanos. Ser livre, portanto, é mais do que "seguir a lei"; ser livre é escolher racionalmente seguir a lei, pelo fato de ser seu agente criador. É também se colocar numa posição de

consciência e livrar-se de todas as amarras intelectuais que impedem o desenvolvimento racional de todos. É, por fim, seguir a vontade de ninguém a não ser a sua própria.

Quando se lê na Constituição do Brasil que todos têm direito à liberdade, como se a liberdade fosse algo com a qual o homem já nasce independentemente de exercício ou das condições que lhe são proporcionadas pelo meio em que vive, esquece-se que, nos dias atuais, muitas vontades são levadas em consideração na condução da existência humana, mas muito poucas vezes tais vontades coincidem com aquela "boa vontade" da qual falava Kant. Pois, se vivemos num país no qual as vontades de uma emissora de televisão, de um partido político, de um órgão público ou do mercado se sobrepõem às vontades dos homens, então como é possível falar atualmente em direito à liberdade?

4. A morte do transcendental e o consequente desprezo ao reino dos fins

Quando Kant fala, em sua obra, do transcendental, ele procura fazer referência "às operações e regras especiais do pensar puro, isto é, daquele pensar pelo qual os objetos são conhecidos totalmente *a priori*" (KANT, 2005, p. 16). Equivale a dizer: todo objeto ou ação humana, existente ou potencial, é compreensível racionalmente, independentemente do empírico. Assim, ainda que o sujeito não tenha notícia da existência de um dado objeto, ele pode buscar conhecê-lo e entendê-lo a partir exclusivamente de sua razão, sem ter de recorrer aos sentidos que o auxiliam fisicamente na compreensão das coisas.

E é justamente essa capacidade de compreensão *a priori*, essa capacidade de entender um objeto sem a ajuda da conceituação de outrem, que faz com que o homem, ou melhor, a humanidade em geral, possa sempre se reinventar, abandonando aqueles objetos ou práticas que não mais se lhe afiguram como válidas, em nome de uma evolução racional livre, autônoma e esclarecida.

Em sua *Resposta à pergunta: Que é "Esclarecimento"?*, Kant explica que o homem só sai de sua "menoridade" a partir do momento em que busca o esclarecimento:

> "Esclarecimento" *[Aufklärung]* significa a saída do homem de sua menoridade, da qual o culpado é ele próprio. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência de entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se a si mesmo sem a direção de outrem. *Sapere aude!* Tem a ousadia de fazer uso de teu próprio entendimento – tal é o lema do Esclarecimento *[Aufklärung]* (KANT, 2005, p. 115).

A chave do esclarecimento, para Kant, não por acaso, é a liberdade[4]. Com efeito, só pode ser esclarecido quem for livre, quem pautar as suas condutas com base exclusivamente na razão; em síntese, quem agir de acordo com a sua própria vontade. Só assim, a propósito, é possível pensar num reino dos fins.

> O conceito segundo o qual todo o ser racional deve se considerar, por todas as máximas de sua vontade, o legislador universal, para julgar a si mesmo e às suas ações desse ponto de vista, conduz a um outro conceito bastante fecundo que se lhe relaciona e que é o de *reino dos fins*.
> Pela palavra *reino* entendo a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns. Ora, como as leis determinam os fins segundo a sua validade universal, se se abstrair das diferenças pessoais entre os seres racionais e de todo o conteúdo de seus fins particulares, poder-se-á conceber um todo do conjunto dos fins (tanto dos seres racionais como fins em si mesmos como dos próprios fins que cada qual pode propor a si mesmo) em ligação sistemática, quer dizer, um reino dos fins que seja possível segundo os princípios acima referidos.
> Todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si (KANT, 2005, p. 63-64).

Lamentavelmente, o que se percebe nos dias de hoje é que os cidadãos brasileiros não são esclarecidos, ou não agem de acordo com a sua própria vontade, embora a Constituição garanta a todos o direito à liberdade. Interesses externos, muitas vezes antagônicos aos interesses dos próprios atores sociais, são os que prevalecem, em detrimento da qualidade de vida daqueles para os quais o Estado brasileiro supostamente foi erigido.

Especialmente depois da ascensão do capitalismo, que coloca o mercado enquanto figura central do sistema, a vontade dos indivíduos vale muito pouco; o que importa, a rigor, é a vontade do mercado.

Sobre essa temática, a jornalista canadense Naomi Klein escreveu um livro intitulado *Doutrina do Choque*, no qual ela demonstra como a ascensão do capitalismo de desastre, patrocinado por grandes empresas norte-americanas, pretendeu provocar uma espécie de lavagem cerebral coletiva, por meio da implementação do livre mercado nos países de inspiração socialista em momentos de grandes desgraças sociais.

Vale a pena transcrever trecho de seu trabalho:

> Comecei a pesquisar a dependência do livre mercado em relação ao poder do choque há quatro anos, durante os primeiros dias da ocupação do Iraque. Depois de relatar as tentativas fracassadas de Washington de impor a terapia do Choque e Pavor, viajei de Bagdá para o Sri Lanka, muitos meses após a devastação do

[4] De acordo com o filósofo alemão, "Para esse esclarecimento *[Aufklärung]*, porém, nada mais se exige senão *liberdade*". KANT, 2005, p. 117).

> tsunami em 2004, e testemunhei outra versão do mesmo estratagema: investidores estrangeiros e banqueiros internacionais se juntaram para aproveitar a atmosfera de pânico e entregar a linda área litorânea a empresários, que rapidamente construíram grandes *resorts*, impedindo que milhares de pescadores e suas famílias reerguessem suas pequenas aldeias à beira-mar. "Numa virada cruel do destino, a natureza presenteou o Sri Lanka com uma oportunidade única, e de dentro dessa grande tragédia surgirá uma região turística de nível internacional", anunciou o governo do país. Na época em que o furacão Katrina varreu Nova Orleans, e os políticos republicanos, os *think tanks* e os empreendedores imobiliários começaram a falar em "tempos limpos" e oportunidades excepcionais, ficou claro que agora era esse o método preferencial para promover os objetivos das corporações: aproveitar os momentos de um trauma coletivo e implementar uma engenharia social e econômica radical (KLEIN, 2008, p. 17-18).

O Brasil também sofre influência desse chamado capitalismo de desastre e vive, sem dúvida nenhuma, sob o totalitarismo do mercado, que inviabiliza totalmente o pensamento livre. Aqueles que são excluídos pela falta de condições de participar do consumo desenfreado que hoje se impõe acabam por ser exterminados do mundo, ou às vezes, quando "com sorte", acabam sobrevivendo em condições desumanas. Por outro lado, aquela outra camada da população que está inserida no mercado, acaba por perder a capacidade crítica, entregando-se totalmente ao consumo.

A possibilidade de um reino dos fins kantiano, nesse contexto, é impossível, pois, hoje em dia, o homem não é visto, nem por ele próprio e nem pelos seus semelhantes, como um fim em si mesmo, mas, sim, como um meio para obtenção do maior lucro possível, que mantém a máquina capitalista em funcionamento.

Falar em transcendental hoje em dia, ou seja, falar em mudanças é quase uma utopia, pois o sistema atual foi totalmente assimilado pela sociedade brasileira (e, via de regra, pela sociedade mundial como um todo). A verdadeira vontade que é respeitada é a vontade (em sentido ordinário) do mercado e não a vontade (em sentido kantiano) do homem, que deveria ser o legislador universal.

Vive-se hoje um verdadeiro *reino dos meios*, no qual o homem é a mais útil ferramenta utilizada contra ele próprio. A cada oscilação do mercado, a cada guerra que se inaugura (contra o terror, contra o comunismo, contra a corrupção, contra doenças contagiosas etc.) fica evidenciada a nociva instrumentalização do homem, que passa de potencial legislador universal a escravo das vontades alheias.

5. Conclusão

O intuito deste trabalho não é afirmar que os constitucionalistas brasileiros contemporâneos devam ser todos filósofos ou que escrevam obras contestadoras dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Pelo contrário, é importante que tais juristas abordem em suas obras o direito à liberdade, assim como todos os outros direitos que possibilitem ao ser humano o seu desenvolvimento pleno enquanto indivíduo e, ao mesmo tempo, sujeito social. O que não se pode aceitar, contudo, é a passividade com a qual vários desses profissionais do direito se contentam com pouco, ou quase nada, no que diz respeito às liberdades.

É claro que, se for levado em conta o cenário no qual o Brasil estava imerso antes do advento da Constituição Federal de 1988, permeado por uma grande repressão política, o cenário atual do direito à liberdade é digno de referência. Se há trinta anos as pessoas iam dormir com medo de serem presas no meio da noite sob a acusação de subversão, por exemplo, hoje em dia a tranquilidade, de fato, impera, proporcionando uma vida um pouco mais digna aos cidadãos brasileiros em geral.

O problema é que tal *tranquilidade* há muito virou *passividade* e o sujeito não é levado mais a pensar por si próprio, delegando tais funções ao rádio, à televisão e aos demais *doutrinadores* de plantão, que nada mais fazem do que expandir o pensamento capitalista que deposita no mercado todas as esperanças de um futuro melhor.

Quanto Kant afirma que o ser humano tem potencialidade de se autodeterminar, de sair de sua menoridade por meio do uso prático de sua razão, delimitando a lei universal de ação por meio de sua vontade legisladora, ele não faz mais do que demonstrar que o homem não precisa se submeter a sua condição natural de animal. Diferentemente dos outros seres vivos, o homem é dotado de razão e, por isso mesmo, capaz de modificar todo o cenário que está ao seu redor. Se o mercado oprime e faz com que o homem não seja visto pelo seu semelhante como um fim em si mesmo, mas, sim, como um meio para se atingir um outro fim qualquer, então cabe a ele, homem, alterar esse panorama. Embora, na prática, possam dizer que a vida sem o mercado é "impensável", a leitura da obra de Kant demonstra que nada é, de fato, impensável. Ora, utilizando-se dos próprios termos kantianos, é plenamente possível idealizar, *a priori*, um mundo no qual o mercado não está acima do homem e não condiciona, por conseguinte, a sua vontade.

Só é livre aquele que não teme pôr em prática aquilo que a sua razão recomenda. Não se trata aqui de afirmar que todos façam o que bem entendam, mas, como bem ressaltou Kant,

de fornecer aos homens os meios necessários a torná-lo livre, de modo que cada um entenda, com base na sua vontade livre, que a melhor solução para a humanidade é a segurança proporcionada pelas leis morais, reveladas pela aplicação do imperativo categórico às mais diversas situações vivenciadas no dia-a-dia.

Sem isso tudo, não é possível falar em direito à liberdade, porque o homem não será livre enquanto estiver amarrado por vontades que não a sua própria. Mas, se o direito à liberdade, constitucionalmente garantido, não é eficaz, cumpre ao ser humano – nem que seja por meio dos mais notáveis, como deveriam ser os autores críticos do Direito Constitucional, por exemplo – buscar um modo de ver aplicado tal direito em sua plenitude. O sentimento de alívio pelo fim da ditadura militar já acabou. Cumpre agora avançar, buscando que a invocação ao direito à liberdade não se dê apenas quando alguém quiser evocar a sua "liberdade de expressão", mas, sim, em todas as ações do dia-a-dia, desde as mais simples até as mais complexas.

Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito Constitucional ao alcance de todos.** 2. ed. Saraiva, 2010.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Matin Claret, 2005.

KLEIN, Naomi. **A Doutrina do Choque:** A ascensão do capitalismo de desastre. Tradução Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. 1964: tempos de terror. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3855, 20 jan. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26445>. Acesso em: 3 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant.** 4. ed. Tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.