

Rafael Giorgio Dalla Barba

DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIA DISCURSIVA

Dos pressupostos teóricos às
limitações práticas

2018

2. ORIGENS E FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DA TEORIA DISCURSIVA

Nenhum pensamento, nenhum discurso e, igualmente, nenhuma teoria nasce do vazio. Estamos condenados a um pertencimento histórico do qual sempre fazemos parte como discretos continuadores, e nunca como inauguradores. A Teoria e a Filosofia do Direito não poderiam estar imunes a esse tipo de efeito histórico-cultural. As marcas que surgem nas pegadas da linguagem não conseguem, como um vidro transparente, refletir qualquer conhecimento que não esteja abarcado pelo sublinhado da história.

A partir da segunda metade do século XX, desencadeou-se uma série de projetos filosóficos e jurídicos espalhados pelo Planeta incentivados pela ânsia de explicação e reestruturação do cenário ocidental então traumatizado pelos gravíssimos distúrbios políticos e sociais. Diante desse *background*, a relação entre Direito e Moral passa a assumir um papel central a ponto de determinar a estrutura interna do sistema jurídico em seus elementos mais sensíveis e complexos. Constituições normativas se espalharam pela Europa prevendo direitos e deveres interdependentes de modo a contrabalancear os compromissos da relação entre indivíduo e coletividade. O desafio para o Direito passa a ser então o de buscar responder aos problemas decorrentes dessas relações. Como se interpreta e se concretiza as disposições constitucionais? Quais são, realmente, os deveres e direitos dos indivíduos? Em que medida e de que maneira o Direito se assemelha e se conecta com a esfera da moralidade?

Dentre as mais sofisticadas teorias que se enquadram na perspectiva de enfrentamos dessas intrincadas questões está a teoria discursiva de Robert Alexy. Como se mostrará, o jusfilósofo alemão desenvolve seu pensamento a partir do paradigma filosófico ligado a Immanuel Kant, o qual lhe fornece os principais alicerces epistemológicos para a estruturação básica de todo seu projeto jurídico-filosófico. Longe de uma realizar apenas uma espécie de “transposição automática” dos conceitos kantianos para o contexto contemporâneo, a teoria discursiva de Alexy se alimenta dos principais desdobramentos que se seguiram nesse imenso paradigma.

Nesse transcurso são desenvolvidas diversas teorias e escolas de pensamento com suas preocupações específicas, mas que de algum modo influenciaram no itinerário histórico que liga a filosofia transcendental de Kant até a teoria discursiva de Alexy. Este capítulo busca mostrar esse fio condutor subjacente, aproximando os pontos de contato até então ainda implícitos e demonstrando as constantes transfigurações da dimensão do fenômeno moral e os seus impactos no Direito.

2.1. O ALICERCE FILOSÓFICO E A ORIGEM DA DICOTOMIA REGRAS/PRINCÍPIOS

No prefácio de sua *Crítica da Razão Pura*, cuja primeira edição fora editada em 1781, e a segunda, com certas alterações, em 1787, Kant levanta como origem dos problemas filosóficos o fato de o ser humano inevitavelmente proferir enunciados cujo conteúdo se refere a entidades que não podem ser verificadas empiricamente. A partir dessa constatação, Kant percebe que o conhecimento objetivo pode ser formulado em juízos, isto é, pela capacidade da razão subsumir, através de uma ligação, algo sob determinado conceito cuja estrutura linguística se apresenta por sujeito, verbo e predicado.¹

Os juízos apresentam uma dupla divisão disjuntiva: sintéticos, em que o predicado amplia o conhecimento do sujeito, ou analíticos, em que o predicado está contido no sujeito; e *a priori*, sua constatação independe de qualquer experiência, e *a posteriori* dependentes das

1. KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1976. p. 42. [A 3 / B 7]

impressões sensíveis. Essa dupla distinção permite ao todo quatro combinações: (i) juízos analíticos *a priori*, como “todos os corpos são extensos”; (ii) juízos sintéticos *a posteriori*, como “o cavalo é branco”; (iii) juízos analíticos *a posteriori* são descartados, pois juízos analíticos são tautológicos; e (iv) juízos sintéticos *a priori*, que ampliam o conhecimento (não são tautológicos), mas independem de verificação pela experiência para serem verdadeiros.²

Assim, a grande questão da filosofia para Kant passa a ser responder à pergunta: como são possíveis juízos sintéticos *a priori*? Essa indagação decide a possibilidade da metafísica – tradicionalmente concebida como a disciplina que trata dos conceitos de “alma”, “liberdade” e “Deus” – enquanto campo de conhecimento objetivamente válido e autônomo em relação às ciências analíticas (lógica e matemática) e naturais ou empíricas (física, química, biologia, etc.). Isso porque os conceitos centrais da metafísica, à diferença da lógica e matemática, pretendem ampliar o conhecimento objetivamente válido, mas diferentemente das ciências naturais, não podem ser constatados empiricamente.³

À primeira vista, uma ciência que não pode ser verificada empiricamente e ao mesmo tempo ampliadora do conhecimento objetivo parece algo insólito e improvável. O próprio Kant discordou dos dogmas do racionalismo cartesiano que acreditava na capacidade de a razão alcançar objetividade para a noção de “Deus”, por exemplo. No entanto, as possibilidades da metafísica como ciência aumentam consideravelmente na medida em que outras ciências, como a matemática e a física, aceitam juízos sintéticos *a priori* como fundamento válido e necessário universalmente para sua objetividade. Assim, a tarefa da primeira *Crítica* será descobrir quais são essas condições transcendentais que possibilitam um conhecimento válido e necessário universalmente, aumentam o conhecimento sobre o mundo, mas não podem ser constatadas pela verificação empírica.⁴

2. Ibid. p. 45-48. [A 7-10 / B 11-14]

3. Ibid. p. 51. [B 19]

4. Ibid. p. 52-55. [B 20-24]

2.1.1. Os limites da razão pura teórica: o que eu posso conhecer?

Na primeira parte da *Crítica*, Kant refere que o conhecimento humano é construído sob dois grandes pilares interdependentes: *sensibilidade*, capacidade de receber os dados advindos do mundo empírico; e *entendimento*, encarregado do modo como tais fenômenos são constituídos como objetos. Essa dualidade se justifica pela diferença irreduzível entre os dois elementos sem os quais não haveria qualquer conhecimento: intuição e conceito. Pela sensibilidade, as intuições que advêm do mundo exterior são captadas como sensações (cores, sons, impressões de calor, etc.); pelo entendimento, tais dados amorfos são formulados como objeto em geral. Como refere Kant, “[...] Sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamentos sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas”⁵

Ao passo que o sujeito recebe uma multiplicidade de sensações (ópticas, acústicas, gustativas, etc.) desestruturadas, requer-se um conjunto de conceitos que indiquem qual aparência essas informações devem ter para que seja percebido um objeto e não outro qualquer. São condições sem as quais não é possível a unidade conceitual dos dados sensíveis, mas apenas informações desconexas. Trata-se de *conceitos puros do entendimento*, ou *categorias*. Essa síntese implica a existência de um *eu penso* (*Ich denke*), de uma representação mental que acompanha todo juízo e lhe serve como fundamento. O *eu penso* desempenha o papel da *autoconsciência transcendental*, isto é, o fato de pertencer à consciência não apenas o objeto, mas estar consciente desse pertencimento.⁶

Mas na medida em que são estes os pilares constitutivos e imprescindíveis ao conhecimento, Kant conclui pela necessidade da existência de um modo de ligar esses dois domínios que não se submeta à experiência, mas que a ela seja imprescindível. Trata-se da *faculdade do juízo*, da capacidade de ligar elementos singulares recebidos pela

5. „Ohne Sinnlichkeit würde uns kein Gegenstand gegeben, und ohne Verstand keiner gedacht werden. Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind“. Ibid. p. 95. [A 51 / B 75].

6. Ibid. p. 140a-146b, [B 132-136], § 16.

sensibilidade sob formas gerais proporcionadas pelo entendimento por meio de um processo de *subsunção*. Para combinar corretamente, Kant introduz o *esquematismo*, os *esquemas transcendentais*: determinações transcendentais do tempo, isto é, regras *a priori* que fazem coincidir as intuições com cada categoria correspondente. Assim, sob a condição dos esquemas transcendentais são desenvolvidos os *princípios puros do entendimento*, enunciados válidos transcendentemente e formadores do último grau de cognitivo da razão teórica.⁷

Para essa investigação, o conhecimento *a priori* que merece maior atenção são as *analogias da experiência*. Princípios que possibilitam reconhecermos a ligação de intuições sensíveis no transcorrer do tempo, uma vez que a experiência nos aparece em uma multiplicidade de percepções em um contínuo temporal. O ponto central de Kant é demonstrar que a mudança de estado de um objeto não pode ser visualizada em si, mas somente em relação à imutabilidade de sua substância. Ou seja, apenas temos acesso às alterações fenomênicas do objeto, mas não à substância permanente que a ele subjaz. Ainda que a substância seja uma propriedade imutável, nunca vemos a rua a nossa frente em sua “essência”, mas como fenômeno submetido a alterações temporais: seca em um momento e molhada em outro, por exemplo.⁸

Essa estrutura dúplice o faz concluir que a mudança dos fenômenos submetida à sucessão temporal só nos é acessível pela conexão dessas percepções com os conceitos puros do entendimento, mais especificamente, com a categoria da *causalidade*. Por isso, perceberemos a experiência em uma sequência temporal diante do fato de determinado fenômeno resultar do anterior. Assim, a causalidade não significa simplesmente um “antes”, mas um “por isso”, uma lei que determina a própria natureza. Uma vez que as categorias se encontram na estrutura interna do sujeito e não nos objetos, o homem fica impedido de acessar as “coisas em si”, permitindo-o conhecer apenas fenômenos. Ou seja, o próprio sujeito implanta na natureza a legislação transcendental formulada pelos princípios puros do entendimento, reconhecendo os *fenômenos* (*phaenomenon*) e impedindo

7. Ibid. p. 196. [A 137 / B 176]

8. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. München: C. H. Beck, 2007. p. 128.

um conhecimento da *coisa em si* (*noumenon*), de algo transcendente ao mundo fenomênico.⁹

No entanto, na medida em que o entendimento confere ao material trazido pela sensibilidade uma unidade mediante a subsunção sob conceitos e princípios, a própria natureza da razão a conduz a procurar pelas causas desse conhecimento *a priori*, levando-a a uma unidade conceitual ainda mais geral. Mas essa nova unidade não pode estar condicionada a um conceito ainda mais abrangente, devendo, portanto, ser algo incondicionado. Na procura dessa unidade, a razão não encontra apenas uma, mas três ideias: o incondicionado como unidade da consciência do sujeito, a imortalidade da alma; o incondicionado como totalidade de todas as coisas, a totalidade do mundo; e o incondicionado como unidade absoluta das condições de todo o pensar, a existência de Deus. Essas três ideias correspondem às três metafísicas especiais antes já diagnosticadas por Christian Wolff: psicologia racional, cosmologia racional e teologia racional, respectivamente.¹⁰

E o que ocorre à razão se ela reflete, seguindo seu impulso de completude, o mundo como um todo? Na tentativa de extrapolar os fragmentos da experiência e formar uma totalidade de todos os fenômenos, a razão se depara com antinomias (conflito de leis): a lei de reduzir todo o condicionado a algo incondicionado e a lei de considerar toda condição como condicionada por sua vez. Esses conflitos que brotam da própria natureza da razão são também chamadas de *ilusões transcendentais* e Kant lhes atribui um sentido metodológico. Como há boas razões tanto em favor da tese como em favor da antítese, o filósofo toma uma postura cautelosa, sem reconhecer nem refutar nenhuma das duas posições, tendo em vista ambas ser igualmente possíveis, mas contendo também fraquezas. A alternativa passa a ser uma terceira via, o *idealismo transcendental*, conciliando as duas posições ao referir que, embora o incondicionado não possa ser conhecido objetivamente, ele pode ser *pensado*.¹¹

9. Para uma leitura pormenorizada da categoria da causalidade em Kant, ver PATON, Herbert James. **Kant's metaphysic of experience**. Londres: George Allen and Unwin, 1936. p. 544 e segs.

10. KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1976. p. 367-368. [A 337-338 / B 394-395]

11. Ibid. p. 491-496. [A 491-497 / B 519-525]

A psicologia racional, a primeira ilusão da razão, consiste na crença de se poder alcançar, pela simples reflexão sem recorrer à experiência, um conhecimento objetivo sobre a consciência, sobre a alma. A crítica kantiana argumenta que, se o *eu penso* representa a origem de todas as categorias *a priori*, ele não pode ser determinado por nenhuma delas e, portanto, não pode ser fruto da intuição sensível. Não havendo correspondência com algo no plano da experiência sensível, não há um conhecimento objetivo da alma, do “eu”. Assim, não há nenhuma demonstração de sua (i)mortalidade. Em outras palavras, só se pode falar do ser humano do ponto de vista empírico. Como refere Höffe, “Consequentemente, os enunciados enquanto verdadeiros são válidos *a posteriori* e não *a priori*; pertencem a uma psicologia empírica que, segundo Kant, é possível, mas não é preocupação da Filosofia”.¹²

Quanto à cosmologia racional, Kant levanta a discussão sobre a totalidade dos fenômenos intimamente relacionada à questão da liberdade. De um lado, a tese afirma a necessidade da existência de uma causa independente da causalidade da natureza para explicar todo o encadeamento dos fenômenos, uma liberdade transcendental; por outro lado, a antítese afirma que a liberdade não passa de uma ilusão produzida pela razão, e, portanto, todos os fenômenos estão subordinados à lei da causalidade. E como Kant concilia a liberdade transcendental com a lei da causalidade natural? Por um lado, a razão busca um fundamento incondicionado para dar início à sucessão de causas, mas não pode admitir a liberdade no mundo fenomênico pela sua incompatibilidade com a lei da causalidade. Levando isso em consideração, Kant descobre que a antinomia admite uma terceira possibilidade, a de que “[...] a série dinâmica de condições sensíveis admite ainda uma condição heterogênea a qual não é uma parte da série, mas que, como simplesmente inteligível, encontra-se fora dela”.¹³

12. „Mithin sind die Aussagen, sofern sie wahr sind, *a posteriori*, nicht *a priori* gültig; sie gehören in eine empirische Psychologie, die nach Kant möglich ist, aber nicht das Geschäft der Philosophie bildet“. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. op. cit. p. 146.

13. “[...] die dynamische Reihe sinnlicher Bedingungen doch noch eine ungleichartige Bedingung zuläßt, die nicht ein Teil der Reihe ist, sondern, als bloß intelligibel, außer der Reihe liegt“. KANT, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft**. op. cit. p. 521. [A 530 / B 558]

Nessas condições, permite-se que a razão *pense* uma causa incondicionada para os fenômenos (a liberdade transcendental), sem comprometer-se com a sua objetividade fenomênica. O que Kant deseja é tão somente mostrar que a causalidade mediante a liberdade não é incompatível com a causalidade mecanicista. Segundo Henry Allison, a antítese só elimina a possibilidade de uma causa incondicionada no mundo fenomênico, permitindo-se a convivência harmônica das duas posições, ainda que em âmbitos distintos.¹⁴

Assim, a solução kantiana torna-se congruente com a tese da distinção entre fenômeno e coisa em si, pois a possibilidade de pensar a liberdade transcendental assenta-se na pressuposição da realidade entendida a partir dessa distinção fundamental. Do contrário, aceitando que o fenômeno e coisa em si fossem idênticos, não se poderia pensar uma causa livre e incondicionada para iniciar a causa dos fenômenos. Da mesma forma, o mundo fenomênico fica livre para a investigação científica, revelando-se por suas descobertas.¹⁵

Ainda que não possuam nenhuma função constitutiva para o conhecimento, as ilusões transcendentais detêm uma função regulativa: na medida em que a imortalidade da alma, a liberdade de causas e a existência de Deus não podem ser demonstradas nem refutadas, os limites da razão pura teórica abrem espaço para a razão pura prática, pois essa liberdade transcendental lhe permite servir como fundamento da moralidade. São *ideias regulativas* que levaram Kant a dizer: “[...] Tive que dissolver o conhecimento para dar lugar à crença”.¹⁶

2.1.2. Os fundamentos da razão pura prática: o que *eu* devo fazer?

Ao final de sua investigação sobre os limites da razão pura teórica, Kant chega à conclusão de que todas tentativas de fundamentar teoricamente a existência dos conceitos que carecem de verificação

14. ALLISON, Henry E. **Kant's transcendental idealism: an interpretation and defense.** New Haven/London: Yale University Press, 2004. p. 365.

15. FRIEDMAN, Michael. Causal laws and the foundations of natural science. In: GUYER, Paul (Ed.). **The Cambridge Companion to Kant.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 1992. p. 161-199.

16. „Ich mußte also das Wissen aufheben, um zum Glauben Platz zu bekommen“ Kant, Immanuel. **Kritik der reinen Vernunft.** op. cit. p. 28. [B XXX]

empírica terminam frustradas, uma vez que não seria possível sua demonstração nem com argumentos empíricos e/ou conceituais nem com uma combinação de ambos. Por outro lado, Kant também poderá concluir que essas ideias são representações possíveis de ser pensadas (e até necessárias), já que correspondem à tendência interminável do pensamento na busca do conhecimento. Em outras palavras, a conclusão de Kant foi a de que a validade objetiva das ideias de “alma”, “liberdade” e “Deus” não pode ser demonstrada sem contradições. Porém, são conceitos que podem ser *pensados* sem contradição, ainda que impossível sua constatação factual. Excluída a possibilidade de uma teologia natural, ontológica ou fisiológica, resta a sua possibilidade como teologia filosófica baseada em leis morais, ou seja, como um *ideal regulativo* (e não constitutivo) do conhecimento.¹⁷

Em sua *Crítica da razão prática*, publicada em 1788, Kant parte do fato (*factum*) da razão, isto é, que a razão humana é um fato incontestável e contém uma dupla capacidade: (i) teórica, de conhecer validamente objetos e buscar as condições de possibilidade para sua demonstração teórica; e (ii) prática, que direciona quais motivações devem os indivíduos seguir na realização de suas condutas. Na medida em que Kant já havia encontrado na primeira *Crítica* a independência da relação de causalidade ínsita à natureza como *liberdade transcendental*, a moralidade enquanto atividade prática se ampara nessa mesma liberdade.¹⁸

A partir desse pressuposto, Kant se permite concluir que a própria vontade humana livre de toda a causalidade do mundo empírico pode dar a si mesma sua lei. Por conseguinte, o princípio fundamental do domínio prático encontra-se na *autonomia da vontade*: negativamente, refere-se à independência de fundamentos determinantes materiais (relação causa-efeito); positivamente, significa a capacidade de a razão humana produzir a sua autolegislação, ou seja, a obediência da razão a uma lei dada por si mesma, implicando necessariamente na noção de liberdade.¹⁹

17. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. op. cit. p. 168.

18. KANT, Immanuel. **Kritik der praktischen Vernunft**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1959. p. 16. [29]

19. Ibid. p. 39. § 8, [58-59]

Ainda que noção de autonomia da vontade entendida positivamente remeta ao *Contrato Social* de Rousseau,²⁰ mais especificamente à passagem em que o contratualista francês conceitua a liberdade como obediência a uma lei dada por si mesmo, será somente Kant quem descobre nela a estrutura fundamental de todo o universo prático. A partir de Kant, o fundamento para a moralidade não reside nem no benevolente “amor de si” de Rousseau nem um sentimento moral nos moldes de David Hume, pois ambos expressam apenas situações contingenciais do sujeito.²¹

Uma vez que a liberdade é ponto de partida para a filosofia prática, o filósofo de Königsberg percebe que a razão detém a capacidade de agir segundo duas espécies distintas de intenção: pode-se agir seguindo uma *boa vontade*, uma vontade incondicionalmente boa, ou seguindo interesses ou desejos privados (ainda que sejam reivindicações altruístas). Em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, Kant não se contenta com o resultado da conduta no mundo factual para que se lhe possa atribuir o título de ação moral genuína. É absolutamente necessário que a intenção da conduta seja pautada por uma vontade incondicionalmente boa para que obtenha caráter moral.²²

É possível agir racionalmente conforme elementos condicionados ao querer humano em que se buscam os meios adequados para alcançar determinada finalidade, seguindo a lógica “se eu quero x, então devo realizar y”. Para ilustrar essa premissa kantiana, Höffe utiliza o enunciado prescritivo “Não fumes demais!”.²³ Para Kant, esse exemplo representa um imperativo hipotético, uma vez que tal reivindicação é condicionada pelo interesse pessoal que visa à saúde do indivíduo, e não a uma vontade (incondicionalmente) boa. Por melhor que seja o propósito do sujeito, para se estabelecer a verdadeira ação moral, a intenção não pode ser determinada por nenhum

20. ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Trad. de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 1988. p. 34.

21. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. op. cit. p. 206.

22. KANT, Immanuel. **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1962. p. 10. [AK 393]

23. HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. op.cit. p. 189.