

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

O ESTADO DE DIREITO EM

Kant & Kelsen



editora
D'PLÁCIDO

O ESTADO DE DIREITO EM
*Kant &
Kelsen*

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

O ESTADO DE DIREITO EM
*Kant &
Kelsen*



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Newton de Oliveira Lima.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini de Souza

Diagramação
Enzo Zaqueu Prates

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

LIMA, Newton de Oliveira

O estado de direito em Kant e Kelsen -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido,
2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-546-7

1. Direito 2. Filosofia do Direito I. Título II. Direito

CDU340.12

CDD340.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



Considerações preliminares

A tese de Doutorado “O conceito de Estado e a fundamentação do Estado de Direito em Kant e Kelsen” é apresentada nessa versão para publicação com o título “O Estado de Direito em Kant e Kelsen”, representa o ponto culminante de minhas reflexões como professor de Filosofia do Direito no Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal da Paraíba, na qual leciono desde 2009. Essa experiência com a Filosofia jurídica foi complementada por contatos com a “Sociedade Kant Brasileira” desde 2008, em um viés crítico ao mais influente pensamento jurídico: o normativismo de Hans Kelsen.

Devo minha inserção no pensamento kantiano ao ilustre filósofo que me orientou no Doutorado em Filosofia na Universidade Federal de Pernambuco, Juan Adolfo Bonaccini, Pós-Doutor em Filosofia pela Michigan State University nos EUA e um dos maiores especialistas no pensamento de Kant na América Latina. O profícuo diálogo com Juan e outros kantianos como Mario Caimi durante meu Doutorado Sandwich na Universidad de Buenos Aires, possibilitou que pensasse em uma crítica contratualista a Kelsen, atacando a unidade entre Direito e Estado em seu pensamento e a minimização do papel do cidadão enquanto concessor de legitimação ao Estado pelo exercício de sua liberdade política. Trata-se de uma tese crítica ao positivismo, não para negá-lo, mas para fazer

com que conceda primazia ao cidadão em sua luta por direitos e reconheça o valor moral da pessoa como anterior ao próprio Estado. Afinal, é por autorização e vontade do cidadão que o Estado existe e não o contrário.

No mais, agradeço aos amigos que tornaram possível a presente obra, o corpo editorial e coordenação da D'Plácido, de Belo Horizonte, e o amigo Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal pela sempre excelente discussão de ideias, dentre outros.

O autor.

Sumário

Prefácio	9
Apresentação	15
Introdução	19
1. Estado, direito e política em Kelsen	31
1.1. A teoria pura do direito e a concepção do sistema jurídico em Kelsen.....	31
1.2. O conceito de política em Kelsen.....	57
2. Estado, direito e política em Kant	73
2.1. Estado de direito e liberdade política.....	73
2.2. O uso público da razão em Kant e seu significado político.....	89
3. Uma concepção crítica da relação entre direito e estado	101
3.1. A liberdade do uso público da razão e a normatividade decorrente da cidadania participativa em Kant.....	101
3.2. A liberdade política participativa em Kant e a crítica ao monismo de Kelsen.....	143
Considerações finais	161
Referências	171

Prefácio

“Liberdade crítica e crítica do Estado”

Com o estudo **O CONCEITO DE ESTADO E A FUNDAMENTAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO EM KANT E KELSEN**, NEWTON DE OLIVEIRA LIMA escrutina as possibilidades teóricas dos modelos dos autores que menciona, mas especialmente tensiona ao máximo as possibilidades que o texto kantiano oferta para o seu intento principal de apresentar o conceito de liberdade crítica. No limite, tal empreitada não é feita sem contusões, mas elas compensam pelo resultado obtido.

O modelo de Kelsen serve-lhe para caracterizar uma teoria da democracia imune à axiologia, vale dizer, relativista. Para o estudioso do direito a la Kelsen, a questão da legitimidade do direito já precisa estar resolvida, o que significa dizer que ela não pode ser posta em questão. Ao problematizá-la, o estudioso do direito migra automaticamente para um outro campo, o da política, e se contamina com a impureza dos valores. Nesse quesito, o decisionismo é, nem mais nem menos, o verso da medalha da cegueira normativa. Para o projeto de Lima, o ponto implicado nessa reconstrução é o de que o entulho da legitimidade alberga em si a função do sujeito político, melhor dito, a obliteração da legitimidade eclipsa o sujeito político. Nesse sentido, repor a legitimidade

do direito implica necessariamente reaver o patrimônio perdido da função que o cidadão cumpre na construção das leis. Eis que vem à baila o conceito de liberdade crítica.

O conceito de liberdade crítica, Lima vai perscrutá-lo lá onde ele só aparece como um lampejo, na filosofia do direito de Kant. Deveras, para Kant, o soberano pode cometer injustiça contra os direitos do povo por erro escusável, haja vista ele não querer fazer injustiça alguma: “O súdito não refractário deve poder admitir que o seu soberano não lhe quer fazer injustiça alguma.”¹ Isso significa que embora não queira, ele pode cometer injustiça. Kant é dúbio em relação a isso, pois ele também afirma “porque tudo o que ele fez anteriormente na qualidade de um chefe tem de ser considerado como tendo ocorrido de forma exteriormente legítima, e ele próprio, considerado como fonte das leis, não pode ser injusto”². Mesmo que ele não possa ser injusto, a lei pode ter, contra a sua vontade, efeitos injustos.

Segundo Kant, a inalienabilidade dos direitos, oponível à própria vontade do seu titular, visto ser isso mesmo o que está implicado no termo *inalienabilidade*, atribui-lhe a competência de julgar se ele é vítima de injustiça ou não, ou seja, de julgar se os seus direitos foram ou estão sendo feridos. Como o soberano não erra porque quer errar, mas por ignorância sobre algum aspecto da lei, o súdito tem “a faculdade de fazer conhecer publicamente a sua opinião sobre o que, nos decretos do mesmo soberano, lhe parece ser uma injustiça a respeito da comunidade.”³ Por

¹ KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press. [<http://www.lusosofia.net/>], p. 35-6 [TP, AA 08: 303-304].

² KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. [Tr. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797], p. 321 [RL, AA 06: 321].

³ KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press. [<http://www.lusosofia.net/>], p. 35-6 [TP, AA 08: 303-304].

isso, conclui Kant, “a liberdade de escrever [...] é o único paládio dos direitos do povo.”⁴ Kant parece concordar com Hobbes no sentido de que não há um direito do súdito contra o soberano. Isso não pode haver porque seria na verdade um direito contra si mesmo, o que se constituiria em um contrassenso, haja vista o soberano ser a vontade unida do povo. Não obstante, o súdito deve ter a liberdade de manifestar publicamente a sua opinião, pois com isso ele leva ao conhecimento do soberano aquilo que ele próprio modificaria caso tivesse a informação.

Com relação à obediência, Kant parece afirmar até com mais força do que Hobbes a autoridade do Estado: “não é todavia permitido ao súbdito resistir pela violência à violência”⁵. Como ele muito bem esclarece: “numa constituição civil já existente, o povo já não tem por direito a decisão de determinar como é que ela deve ser administrada. Pois, supondo que ele tenha esse direito e, claro está, o direito de se opor à decisão do efetivo chefe de Estado, quem decidirá de que lado está o direito”⁶? Ele sustenta a necessidade de suportar um abuso insuportável bem como afirma lapidarmente que a resistência como um direito seria uma contradição:

O fundamento do dever do povo de suportar mesmo um abuso do poder supremo considerado

⁴ KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press. [<http://www.lusosofia.net/>], p. 35-6 [TP, AA 08: 303-304].

⁵ KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press, s/d [1793]. [<http://www.lusosofia.net/>], p. 31-32 [TP, AA 08: 299-300].

⁶ KANT, Immanuel. *Sobre a expressão corrente: isso pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. [Trad. Artur Morão]. Covilhã: Lusofia Press, s/d [1793]. [<http://www.lusosofia.net/>], 31-32 [TP, AA 08: 299-300].

insuportável encontra-se nisto: que sua resistência à própria legislação suprema nunca pode ser pensada senão como ilegal e mesmo como destruindo o todo da constituição legal. Pois, para ser autorizado a tanto, deveria existir uma lei pública que permitisse esta resistência do povo, i. e., a legislação suprema conteria em si uma determinação de não ser a suprema e de, em um e mesmo juízo, fazer do povo, enquanto súdito, o soberano sobre aquele de quem é súdito, o que se contradiz, ressaltando esta contradição imediatamente da seguinte pergunta: quem deve ser juiz nesta disputa entre povo e soberano (pois, do ponto de vista jurídico, trata-se sempre ainda de duas pessoas morais distintas)? Quando então fica claro que o primeiro quer sê-lo em sua própria causa⁷.

Em uma nota a esta referência, ele afirma: “porque tudo o que ele fez anteriormente na qualidade de um chefe tem de ser considerado como tendo ocorrido de forma exteriormente legítima, e ele próprio, considerado como fonte das leis, não pode ser injusto”⁸.

Para o projeto de Lima, não obstante a liberdade crítica seja em Kant não mais do que um lampejo, como se viu, é daqueles que ilumina a escuridão, como se fosse dia claro. O que ele gostaria de fazer é dar brilho constante a tal luminosidade. Transformá-la na fonte viva e pulsante de uma comunidade política que constrói o direito e o reconstrói em um empreendimento permanente e sem trégua. O respeito ao direito nasce como produto de sua construção público-discursiva pelo exercício da cidadania ativa e crítica.

⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. [Tr. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797], p. 320 [RL,AA 06: 320].

⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. [Tr. J. Lamego]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1797], p. 321 [RL,AA 06: 321].

Com isso, a fundamentação do Estado e do direito teria que contar justamente com a possibilidade de radicalizar a liberdade que apareceu como um lampejo na defesa que Kant fez do direito de criticar os atos do soberano. Isso implicaria desacoplar o indivíduo do Estado, dando-lhe uma independência em relação a este que só pode fazer sentido se ao lado do conceito de súdito for alocado também o de homem e, principalmente, o de cidadão. Com isso, há que se ter um sujeito musculado em face do Estado, o que só pode ser feito pela atribuição de certos direitos fundamentais. Dessa forma, Lima sustenta a tese lapidar de que “não existe legitimidade política para além dos limites da Democracia parlamentar e sua estruturação normativa.”

No contexto da reconstrução feita por Lima, o conceito de razão pública, bem como o seu uso, vai desempenhar papel central. Com tal esboço, a proposta assume feições procedimentais e substantivas. Tanto a legitimidade não pode transcender os limites da deliberação dos cidadãos, quanto há que se pensar na própria constituição da cidadania como um dado, mediante direitos subjetivos de participação política.

Com o presente estudo, Lima brinda o mundo acadêmico do Direito com um trabalho não só exegético, mas propositivo. Isso, certamente, exorbita do que se costuma ver no mercado editorial e é, por isso mesmo, uma contribuição fundamental para a filosofia do Direito, especialmente para aqueles que se interessam pela democracia, por Kelsen e por Kant.

Delamar José Volpato Dutra
[UFSC/CNPq]

Apresentação

Em “O Estado de Direito em Kant e Kelsen”, Newton de Oliveira Lima não se limita a descrever os elementos essenciais das teorias jurídica e política dos dois autores que propõe estudar. A uma tal descrição ele adiciona uma interessante crítica, que busca não só identificar os pontos em que os referidos autores convergem e divergem, mas também propor uma interpretação que contribua para uma compreensão adequada daquilo que hoje denominamos Estado Democrático de Direito.

No plano descritivo, Lima corretamente observa que tanto Kant quanto Kelsen ligam o Direito à faculdade de coagir. Mas, como ressalta o próprio Lima, em Kant a coerção do Direito se fundamenta, em última instância, na liberdade, entendida enquanto *autonomia* ou, em outros termos, *capacidade de a razão ser lei para si mesma*, isto é, ser prática. Essa diferença não é pouco significativa. Enquanto Kelsen se limita a descrever o fato de o Direito ter como característica essencial a coerção, Kant a justifica em termos morais. Não que Kelsen esteja completamente errado em relação a esse tema. De fato a coerção é uma característica que pode contribuir para uma distinção entre o Direito e outras ordens normativas. Mas falta algo em Kelsen. Esse algo, que Alexy denomina “pretensão de correção”, está presente na conexão entre moral e Direito que Kant advoga em sua teoria.

Alexy defende que o que diferencia o Direito de outras ordens normativas não é somente a coerção, mas também a pretensão de correção. O Direito é, em sua visão, a única ordem normativa que possui, ao mesmo tempo, pretensão de correção e coerção. Por outro lado, a moral possui pretensão de correção, mas não possui coerção, enquanto ordenamentos extremamente injustos, que não se qualificam como Direito, possuem coerção, mas não possuem pretensão de correção.

Essa ideia, que Alexy relaciona à dupla natureza do Direito, já havia se manifestado em Kant, exatamente porque sua teoria conecta conceitualmente o Direito à moral. Não se trata aqui de moralismo, como bem observa Lima, mas antes de uma conexão com uma moral que se produz em bases procedimentais.

Ao defender a tese de que a teoria de Kant é uma teoria procedimental, Lima não só adentra no âmbito da análise crítica mencionada no primeiro parágrafo desta apresentação, mas o faz de forma arrojada, colocando-se ao lado das interpretações mais atualizadas sobre as teorias moral e jurídica de Kant.

Infelizmente ainda são bastante difundidas, no Brasil, interpretações equivocadas sobre a teoria kantiana. Segundo algumas delas, a filosofia moral e jurídica de Kant consubstanciaria um idealismo ingênuo que desconectaria completamente a normatividade da realidade. De acordo com essa visão, ao separar radicalmente ser e dever ser Kant teria produzido uma ética que não pode ser posta em prática, porque desconsideraria os efeitos da ação no mundo.

Naturalmente, não se pode afirmar ser Kant um consequencialista. Mas a teoria de Kant não desconsidera completamente os efeitos das ações no mundo, por uma razão que Lima percebe com clareza: o Direito, em Kant, é um produto discursivo dos indivíduos que fazem parte

da comunidade política, e, como tal, leva em consideração o resultado da aplicação de normas no plano fático da realidade.

A liberdade em Kant, que na interpretação de Lima constitui uma liberdade crítica, fundamenta uma moral procedimental que, por sua vez, fundamenta o Direito. Por essa razão ela de fato justifica a participação dos cidadãos em um processo legislativo, como havia defendido Kant. Mas enquanto em Kant a participação ocorre através da representação, em Lima ela é ampliada, na medida em que a cidadania passa a ser compreendida como cidadania ativa, em que o cidadão não precisa esperar as decisões do legislativo e os atos do executivo para exercer seus direitos, podendo propor, ao parlamento, a edição de normas.

A esse Republicanismo kantiano, descrito acima e que se encontra dentro de sua Doutrina do Direito, corresponde a teoria da Democracia kelseniana, que, como ressalta Lima, está fora de sua Teoria Pura do Direito. Essa postura de Kelsen, que foi influenciada pelo relativismo filosófico que ele defendeu durante toda sua vida, minimiza um pouco a inquietação daqueles que não aceitam uma ciência do Direito meramente descritiva, conforme a proposta do modelo positivista de Kelsen. Ao retomar a liberdade crítica em Kant para fazer uma crítica ao monismo kelseniano, Lima parece advogar a tese de que o caminho percorrido por Kelsen está equivocado: uma filosofia política separada de uma teoria jurídica seria insuficiente. A saída está, na visão de Lima, no caminho percorrido por Kant, que integra, em uma teoria, questões formais de validade e questões de legitimação do Direito.

Não cabe, no plano de uma apresentação, aprofundar a análise das ideias da obra apresentada. Cumpre apenas ressaltar que, ao tratar de temas tão relevantes com seriedade

e profundidade, a obra de Lima constitui uma contribuição para a reflexão sobre os rumos que a teoria do Direito deve percorrer.

Belo Horizonte, março de 2017.

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Professor da Universidade Federal de Minas Gerais

Introdução

‘O Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade’.

*Immanuel Kant*⁹

O problema da fundamentação teórica do Estado de Direito (*Rechtstaat*) implica a fundação de uma ordem normativa e pública na sociedade, uma ordem que a pacifique, que imponha limites ao indivíduo em suas relações com os demais. A ideia de Estado de Direito implica uma série de concepções distintas sob seu conceito. O domínio da lei e a igualdade dos cidadãos podem, filosoficamente, receber diversas fundamentações.

O paradigma filosófico aqui analisado implica uma ideia da Modernidade filosófica que parte da *hipótese* de conceber que o Direito se fundamenta na racionalidade individual, portanto, coloca o *problema da legitimação do Estado na liberdade política individual*, defendendo como em Kant que a fundamentação do Estado passa pela proteção e possibilidade de radicalização da liberdade perante o próprio Estado, já Kelsen e sua teoria pura do Direito no

⁹ KANT, I. (AA 06: 230). *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.43.

séc. XX, construída a partir das ideias jurídico-filosóficas de Kant, colocou o sujeito na dependência do Estado, erigindo um normativismo sem proteção ao indivíduo porque lhe retirou poder, assumindo um projeto de soberania estatal contra a tradição jusracionalista de defesa de direitos subjetivos¹⁰.

As ideias políticas de Kant foram recepcionadas enquanto inspiradoras das concepções positivistas – Kant serviu de base às interpretações das teorias liberal e positivista do Direito e do Estado de Hans Kelsen e da teoria do Estado de Direito de Leopold von Mohl, bem como de diversos neokantianos (Gustav Radbruch, Rudolf Stammler, Ernst Cassirer, dentre outros).

Isso, todavia, não significou uma aplicação correta da filosofia política kantiana, mas inspirações e até mesmo mudanças em um conjunto de problemas que Kant relegou à posteridade, sendo o principal deles o da legitimidade do Direito em função de sua capacidade de exercer coerção, ou seja, de como uma ordem de normas coercitivas pode ser politicamente legítima e aceita pelo povo.

O conceito de coercibilidade na Filosofia do Direito kantiano foi fundamental para as formulações de Kelsen ao definir a ordem jurídica como ‘ordem coercitiva’ que funda um conjunto de normas concatenadas entre si e cuja validade é expressa pela unidade lógica do sistema através

¹⁰ Não confrontaremos modelos históricos de Estados de Direito – o de Kant com o de Kelsen, mas se criticará o esquema conceitual kelseniano a partir do desenvolvimento que o mesmo fez dos conceitos kantianos de coerção, liberdade, norma, Estado, Direito, criticando seu modelo teórico de Direito e de Estado. A *fim de mostrar uma interpretação da ideia de Estado de Direito no âmbito do Direito racional em Kant*, o Estado de Direito vai-se construindo na Modernidade gradualmente (seção 2.1). Em Kant o *Rechtstaat* parte do conceito de Direito e exige uma fundamentação racional-prática da liberdade jurídica e política. Kant prioriza a ideia do Direito como contrato político racional produzido pela liberdade do sujeito que se comporta como cidadão político em uma República.

da pressuposição da norma hipotética fundamental. Esta, por sua vez, assegura a unidade lógica do sistema normativo produzido pelo processo legislativo e de acordo com uma Constituição aceita pelo povo e assegurada por uma autoridade política capaz de usar a coerção como critério de obediência ao Direito, coerção essa autorizada pela lei a que o povo anuiu através dos representantes.

Kant (AA 06:232)¹¹ define que Direito e faculdade de coagir são iguais. Coerção (*Zwang*) em alemão significa uso da força como constrição à liberdade. Ao Direito está ligada a faculdade de coagir, existe a proibição de opor-se à vontade do legislador. Kelsen¹² diz que o aplicador do Direito possui a faculdade de coagir fisicamente o destinatário do comando para cumprir a norma, podendo usar a força para obrigar ao cumprimento do comando jurídico-normativo.

Uso da força ou possível cumprimento da lei pela força, restrição à liberdade ao infrator da lei em Kant e Kelsen é um elemento comum, o que na teoria do Direito se denomina de coercibilidade como nota distintiva do Estado quando usa o seu poder de modo direto contra o ilícito. Em Kant, a coerção é o elemento característico da garantia exterior dada pelo Estado de que se cumprirá um dever jurídico previsto na lei.

A nota distintiva de qualquer sistema jurídico é, para Kelsen, a capacidade de coerção, isto é, para assegurar a validade do sistema jurídico, a autoridade política dominante, o soberano, numa linguagem kantiana, deveria ser capaz de se impor e assegurar o corolário de um comando normativo eventualmente descumprido, que é a sanção à conduta de quem descumprir a norma. Isso remete direta-

¹¹ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.46.

¹² KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.61-62.

mente a Kant (AA 08: 290)¹³: Direito e faculdade de coagir são a mesma coisa.

Assim, o Estado e o Direito são legítimos, isto é, devem ser obedecidos porque o plano de validade assegura completamente o plano da legitimidade, se uma norma é produzida validamente pelo processo legislativo e de acordo com a Constituição, reconhecida pela autoridade soberana, é porque essa autoridade a reconheceu como tal e o seu descumprimento, portanto, deve ser punido com uma sanção – a vontade individual deve se submeter à vontade geral que colocou na soberania da autoridade legítima a função do cumprimento do Direito.

A validade normativa do plano do dever-ser se manifesta pela eficácia enquanto materialização da legitimidade do Direito no plano do ser – o indivíduo, na concepção de Democracia de Kelsen, em seu plano da adesão consciente ao Direito e, portanto, crítico como sujeito que legitima o Estado, é praticamente suprimido em função da objetividade do próprio Estado, pois não possui a faculdade de criticar a lei, a não ser na estrutura participativa liberal perante as instituições representativas políticas e judiciais.

Assim, Kelsen funda sua concepção de Estado unificando validade e legitimidade como um Estado ‘puramente’ jurídico em função da relativização da Moral. Não existe mais uma relação entre moralidade e juridicidade, mas somente um cidadão posto em função da obediência ao Estado porque presta adesão ao sistema político-legislativo de eleições parlamentares e segue as decisões decorrentes do parlamento eleito; não existe legitimidade política para além dos limites da Democracia parlamentar e sua estruturação normativa.

¹³ KANT, I. *En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”*. 4.Ed. Estudio preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. Tradução de Roberto Rodriguez Aramayo; M. Francisco Perez Lopez. Madrid: Tecnos, 2006, p.29.

Kelsen, enfim, situou bem o problema do Estado tomando como ponto de partida Kant: buscou coordenar os elementos da positividade (institucionalização normativa), da racionalidade dentro de uma esfera de proteção à segurança, liberdade e paz, os arranjos desses elementos nos fazem refletir sobre o significado político do Estado kantiano como função crítica do Direito legal, no sentido de que se o Estado em Kant como projeto da razão se apresenta como jurídico e revela a legitimidade da sua estrutura positiva (legal) em uma discussão que parte de Kelsen desenvolvendo os conceitos de **criticismo, contratualismo, normativismo, racionalismo, liberalismo, republicanismo** (*ideários kantianos condutores da crítica aqui manejada ao normativismo neokantiano kelseniano*).

Para Kelsen a fusão entre Direito e Estado é uma consequência racional do modelo kantiano de Estado unificado na autoridade política soberana que assegura a coerção pública da legalidade. Defendemos, ao contrário, que em Kant existe a separação entre Direito e Estado como elemento de proteção da liberdade inata que em sua expressão política é fundadora e reguladora do Estado.

Por normativismo em Kant entenda-se uma concepção de estruturação do Direito a partir de normas jurídicas constituintes e constituídas do (pelo) Estado e a proteção coercitiva autorizada por lei às normas públicas; por jusnaturalismo (contratualista) entenda-se que Kant concebeu o próprio Estado com uma reunião institucional de pessoas formadas por leis jurídicas e dividido em poderes executivo, legislativo e judiciário, tendo em atenção *a priori* o caráter de uma liberdade política que forma o Estado.

Essa liberdade política é uma expressão racional prática da liberdade inata anterior ao Estado, e que segundo Kant é um direito natural inato de todo homem pela simples condição de sua humanidade.

A nosso ver, nas doutrinas juspolíticas de matriz kantiana, como a “Teoria da Democracia” de Ingeborg Maus¹⁴, com suas considerações acerca da fundamentação democrática do Direito kantiano a partir do desenvolvimento dos próprios princípios racionais e a discussão acerca do significado de liberdade e República democrática; o neocontratualismo de John Rawls e sua interpretação do espaço público a partir de Kant, servem à discussão sobre a legitimidade do Direito que, aliás, renova o *problema contratualista* de por que obedecer ao Direito e como ser livre estando em um Estado de leis.

A interpretação liberal do Direito kantiano por Wolfgang Kersting demarca uma corrente de interpretação predominantemente política sobre a legitimidade do Estado na obra de Kant, não reduzindo o Direito kantiano a uma ordem coercitiva como faz Kelsen. O “republicanismo liberal” de fundo kantiano de J. Habermas também possui algo a acrescentar nessa defesa de uma posição “não puramente jurídica” do pensamento estatal kantiano.

No sistema de Kant a liberdade do indivíduo que aquiesceu ao pacto político, nesse momento de adesão, torna-se liberdade política. É que concede autorização ao próprio Direito para coagir os demais, mediante a previsão legal da forma e limites dessa coerção. A fundação do pacto político em Kant é que origina o ente coercitivo que tem por função cumprir a lei que é o Estado (KANT, AA 06:311)¹⁵.

Em Kant existe o Direito como faculdade de coagir alguém em função da proteção à liberdade de todos. O Direito é o conjunto de princípios racionais que fundam

¹⁴ MAUS, I. *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹⁵ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.175.

um pacto político e sua expressão normativa central é a Constituição, diz Kant (AA 06:321)¹⁶.

O Direito é produto discursivo da razão humana¹⁷ (a liberdade inata de todo homem é um direito natural anterior ao Estado) que surge do acordo recíproco entre os homens por um procedimento racional, que chancela a proteção da liberdade dos membros de uma comunidade política mediante a coerção, todavia, o exercício da faculdade de coagir (*facultas cogendi*) é feito pela universalidade da força pública de um ente autorizado por lei, que é o Estado.

Direito pode ser sinônimo de faculdade de coagir, mas o exercício do direito de coagir é do próprio Estado em seu poder de coerção contra todos os membros da comunidade, delimitada a competência dessa coerção pela lei.

O fundamento kantiano de relacionar coerção e liberdade é destituído da condição de problema *fundante da legitimidade política do Direito* para a condição do problema *funcional* da validade jurídica por Kelsen, apenas como um elemento que integra a dinâmica do Direito, pois para Kelsen Direito válido é ao mesmo tempo legítimo.

O problema que fundamenta a pergunta sobre a ideia de um Estado de Direito em Kant é perseguido a partir do capítulo segundo pressupondo a tensão entre Direito e Estado no pensamento kantiano. Kelsen propôs a fusão do Direito e do Estado quando definiu o Direito como “ordem coercitiva”. Desse modo, sintetizou a proposição política do Estado Moderno desde Hobbes com essa fórmula e fez recair no âmbito do Estado a própria existência do Direito.

O problema básico surge da teoria da unificação dos conceitos de Direito e de Estado de Kelsen (ordem jurídica como ‘ordem

¹⁶ KANT, I. Op. Cit. p.192.

¹⁷ Não há direito metafísico que fundamente o Estado em Kant, mas apenas a liberdade inata como pertencente ao ser humano como condição de sua própria humanidade. Não existe uma ordem jurídica metafísica anterior à liberdade inata natural do indivíduo.

coercitiva’), o que não satisfaz a nossa hipótese de exigência de manutenção da liberdade política individual como fundamento de legitimação do Estado. O primeiro objetivo é uma crítica à interpretação de Kelsen sobre a Filosofia do Direito kantiana acerca da liberdade política: a liberdade para Kant não é concedida pelo Direito como defende Kelsen, mas é o pressuposto político do Direito e, enquanto instituidora e legitimadora deste, é o marco da fundamentação da diferença entre Direito e Estado (seções 1.2 e 3.1).

O segundo objetivo é uma proposição da legitimação do Estado kantiano em uma ampliação do conceito de uso público da razão com inspiração principalmente em Habermas, desenvolvido na seção 2.2. Como para Kant a ideia de legitimação política do Direito vai além da pura validade normativa em si (sustentado por uma ordem coercitiva, no pensamento de Kelsen), restituindo-se à liberdade política um papel fundamental na origem do Estado de Direito e no exercício de um entendimento crítico e racional sobre do cidadão no âmbito desse Estado, no ato de usar sua capacidade de discussão racional.

Por fim proporemos a construção filosófica da função da liberdade política no Estado kantiano como redimensão dessa liberdade em função da cidadania política, que é a própria tese de legitimação do Estado no Direito, o conceito de Estado e sua fundamentação no Direito e não a redução deste ao Estado (seções 2.1 e 3.1).

A interpretação kelseniana do conceito de Estado de Kant constituiu uma linha forte na tradição jusfilosófica, o normativismo como publicismo, como expressão da equiparação entre Direito e Estado. Representa a ideia de que o conceito de Estado de Kant leva a um Direito “puro” e sem discussão sobre sua legitimidade política.

Uma interpretação filosófico-política do Estado em Kant leva a uma outra perspectiva: a de que Kant não quis assimilar o debate sobre a legitimidade do Estado no problema de sua validade procedimental (coerência interna do Direito através da sua produção normativa),

mas, ao contrário, no modelo de Estado de Kant o Estado não é um fim em si, mas o meio de garantia exterior do Direito Racional, pressupondo uma proteção ao conceito de liberdade política do sujeito. A ascensão do Direito do Estado promovida por Kelsen como continuador de Hobbes é contrária à própria ideia de liberdade política da Modernidade, enquanto poder que decorre da unificação entre Direito e Estado e da sua fundamentação normativa. Quer-se demonstrar que o fundamento do Estado em Kant é a coerção que protege a liberdade e que esse Estado serve ao Direito, sendo este constituído pela liberdade protegida institucionalmente, a partir da noção kantiana de liberdade exterior política como uso prático da liberdade enquanto direito inato. O *jus rationalis* exposto na Introdução da *Rechtlehre*, o direito inato à liberdade (KANT, AA 06: 238)¹⁸, é o ponto de partida kantiano para a distinção entre Direito (cuja finalidade é a liberdade) e força coercitiva organizada através das normas no âmbito do Estado. É um direito subjetivo natural que é positivado a direito subjetivo público no Direito Racional do Estado de Direito kantiano.

O Estado é a instituição da coerção pública que cumpre e assegura o Direito. O sujeito político e sua liberdade inata antecedem o Estado no projeto kantiano de Estado. Esse sujeito também é já portador de um direito inato à liberdade devido à sua condição humana de possuidor de entendimento e da capacidade de exercício prático de sua racionalidade, de acordo com leis morais.

Defendemos que a volta a Kant desautoriza esse positivismo pós-kantiano de Kelsen, e se dá como necessária porque o legalismo kantiano é bem diverso de uma supressão da relação político-jurídica. Porém, isso não significa uma moralização política do Direito em nível de senso

¹⁸ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.56.

comum, como algumas correntes atuais defendem, através do crescimento da função judicial enquanto “politizadora” e “moralizante” do Direito¹⁹.

A reconstrução da fundamentação do Estado em Kant é a demonstração do caráter jurídico desse Estado, porém não “puramente jurídico” como em Kelsen, mas implica ao mesmo tempo no desenvolvimento da relação entre Política e Direito para defender a concepção de que o núcleo do Estado de Direito em Kant é liberal²⁰, enquanto mecanismo de proteção da liberdade do indivíduo e reafirmação constante dessa liberdade na possibilidade de crítica (como poder normativo do cidadão) ao Estado e sua finalidade enquanto governo é democrática.

O alargamento da função política do cidadão implica na re colocação dos pressupostos constitutivos do Estado em Kant: se o Estado existe *a priori* para assegurar a liberdade política, é preciso que essa seja *crítica ao Estado* como radicalização da soberania do povo aliada à manutenção do “espírito de liberdade” que deve reinar em uma Re-

¹⁹ Para uma leitura moral e política do Direito cf. DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.224.

²⁰ Para a linha de interpretação kantiana que seguimos, moralidade não é virtude ou finalidade ética específica do Estado em garantir alguma espécie particular de bem, como diz Salgado “O Estado é um só, o que garante o direito (...) O bem maior do Estado é a promoção do direito...a liberdade é a base de toda eticidade e constitui o lado ético do Estado de direito puro (a República no sentido kantiano). Este dá a si mesmo como fundamento e, ao mesmo tempo, como o seu objetivo a liberdade como possibilidade igual na sociedade humana. O Estado justo é o Estado ético ou o Estado de Direito na medida em que nele haja a liberdade de todos segundo uma lei universal, que deve cada vez mais alcançar esse objetivo supremo: uma legislação que se torne mais e mais expressão da racionalidade’. SALGADO, J.C. *Revolução e reforma no caminho da Constituição*. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.) *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009, p.54-66.

pública, exercida coerentemente no âmbito da “Doutrina do Direito”.

Mais do que uma liberdade bem-ordenada, como frisa Kersting²¹, precisa-se de uma “liberdade crítica” ao Estado, concebendo-o como um Estado aberto a discursos públicos com uma *intenção normatizadora, que parta do cidadão como sujeito gnoseológico que aja em um nível político*. Essa reconstrução filosófica da fundamentação do Estado de Direito em Kant na “liberdade crítica” ao Estado é decorrente dos próprios princípios do Direito Racional.

²¹ KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.468.

"Com o estudo O Estado de Direito em Kant e Kelsen, Newton de Oliveira Lima escrutina as possibilidades teóricas dos modelos dos autores que menciona, mas especialmente tensiona ao máximo as possibilidades que o texto kantiano oferta para o seu intento principal de apresentar o conceito de liberdade crítica. No limite, tal empreitada não é feita sem contusões, mas elas compensam pelo resultado obtido."

Delamar José Volpato Dutra

