

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA INTEGRADO DE DOUTORADO EM FILOSOFIA
UFPB – UFPE - UFRN

**O CONCEITO DE ESTADO E A FUNDAMENTAÇÃO DO ESTADO DE
DIREITO EM KANT E KELSEN**

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

RECIFE
2015

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

**O CONCEITO DE ESTADO E A FUNDAMENTAÇÃO DO ESTADO DE
DIREITO EM KANT E KELSEN**

Tese apresentada ao Programa Integrado de
Doutorado em Filosofia- UFPB-UFPE-UFRN -
como requisito parcial para obtenção do grau
de Doutor em Filosofia.

Área de concentração: Filosofia Prática

Orientador: Prof. Dr. Juan Adolfo Bonaccini.

RECIFE

2015

L732c Lima, Newton de Oliveira.

O conceito de estado e a fundamentação do estado de direito em Kant e Kelsen / Newton de Oliveira Lima.- Recife, 2015.232f.

Orientador: Juan Adolfo Bonaccini

Tese (Doutorado) - UFPB-UFPE-UFRN

1. Kant, Immanuel, 1724-1804 - crítica e interpretação. 2.Kelsen, Hans, 1881-1973 - crítica e interpretação. 3. Filosofia - crítica e interpretação. 4. Liberdade. 5. Estado de direito. 6.Cidadania



UNIVERSIDADE FEDERAL DE RIO GRANDE DO NORTE
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
PROGRAMA INTEGRADO DE DOUTORADO EM FILOSOFIA
UFRN - UFPB - UFPE

CERTIFICADO

Certifico, para os devidos fins, que NEWTON DE OLIVEIRA LIMA defendeu a tese intitulada **“O CONCEITO DE ESTADO E A FUNDAMENTAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO EM KANT E Kelsen”**, tendo como Banca Examinadora os Professores Doutores JUAN ADOLFO BONACCINI (Orientador); MARCOS ROBERTO NUNES COSTA (Examinador Interno - UFPE); GIUSEPPE TOSI (Examinador Interno - UFPB); ANA THEREZA DE MIRANDA CORDEIRO DUERMAIER (Examinadora Externa - UFPB) e DELAMAR JOSÉ VOLPATO DUTRA (Examinador Externo - UFSC), realizada no dia 25 de fevereiro de 2015, tendo obtido o conceito **APROVADO**.

Recife, 25 de fevereiro de 2015.

Isabel O. Soares
Isabel de Oliveira Soares
Secretária de Pós-Graduação
de Filosofia
SIAPS 1457443

AGRADECIMENTOS

O desafio de realizar uma pesquisa filosófica para quem é da área jurídica se apresentou como oportunidade de ampliação e renovação do trabalho que desenvolvo como Professor de Filosofia do Direito interessado na construção de pontes entre a Política, a Filosofia e o Direito de maneira a ampliar a compreensão desse último para além de seu fundamento técnico. O Direito visto pelo olhar filosófico projeta-se para além da sua faticidade imediata, amplia sua validade e ideal normativos em horizontes e perspectivas não cogitados pelo tecnicismo dominante que impera na academia jurídica.

A orientação de Juan Bonaccini se afigurou profícua em embasar elementos de análise kantiana na área jurídica, pelas sugestões bibliográficas e metodológicas de grande valia e o apoio na disposição ao diálogo com um pesquisador de outro ramo do conhecimento. Meus sinceros agradecimentos ao amigo e grande filósofo que é Juan, pessoa humana que merece os aplausos do meio acadêmico por seu cosmopolitismo de ideias e sensibilidade ímpares.

Agradeço à CAPES- COODERNAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR pelo apoio financeiro e institucional no âmbito do Doutorado Sandwich realizado junto a Universidad de Buenos Aires na Argentina. Agradeço meus familiares e amigos, principalmente meus pais, companheiros de todas as horas. Tenho orgulho em dedicar a eles o trabalho; professores que são, inspiraram-me o gosto pela academia e pela vida ética: sem isso todo o esforço seria vão. Agradeço aos professores doutores Mario Caimi, Ricardo Ribeiro Terra e Aylton Barbieri Durão pelas discussões sobre filosofia jurídica e política de Kant que enriqueceram o trabalho. Ao professor doutor Vladimir da Rocha França pelas discussões sobre Kelsen e o liberalismo.



Resumo: A teoria do Direito de Hans Kelsen partiu de Kant que atribuiu ao Direito a faculdade de coagir a liberdade segundo a lei no intuito de assegurar a liberdade de todos. Assim, Kelsen definiu o Direito como ordem coercitiva estatal “pura” e defendeu a unidade entre Direito e Estado. A proposta da tese é repensar a solução de legitimidade do Direito kelseniana e, ao criticá-la, retomar a reflexão kantiana no sentido de defender a liberdade política com uma função de cidadania: a contestação ao Estado mediante uma ‘liberdade crítica’ capaz de assumir a função de proposição de normas pelo indivíduo político perante o parlamento. Na proposta defendida, a liberdade política do sujeito teria de possuir poderes suficientes para criticar o Estado dentro dos limites constitucionais, mas mantendo a soberania estatal. Em Kant a fundamentação liberal na Política implica na ideia da liberdade política como fundante do Estado, este é o guardião do Direito como corpo normativo. Para Kant, a aplicação dos princípios jurídico-rationais dentro dos procedimentos legais é de fundamental importância para assegurar a função republicana do Estado, que é o cumprimento da Constituição e a unidade do Estado através da manutenção do contrato político original. Entendemos que em Kant legitimar o Estado é fundamentá-lo na liberdade inata expressa em sua função jurídico-prática como liberdade política, sendo que a forma eficaz dessa proteção implica interpretar os princípios jurídico-rationais dotando-os de uma função “crítica” na elaboração de uma proposta de cidadania contestatória ao Estado. Pensar em juízos políticos proferidos pelos cidadãos como possibilidade normativa direta ao Estado faz com que se mantenha o Estado nos limites do Direito enquanto expressão da liberdade política.

Palavras-chave: Liberdade; República; Direito; Estado; Cidadania

Abstract: The theory of Hans Kelsen's Law came from Kant who gave the law the power to coerce the freedom under the law in order to ensure the freedom of all. So Kelsen defined the law as State's "pure" coercive order and defended the unity of Law and State. The purpose of the thesis is to rethink Kelsen's legitimacy solution law and, by criticizing it, resume Kantian reflection aimed at protecting political freedom with a citizens' function: the response to the State by a 'critical freedom' able to take the proposition against standards by political individual to parliament. In defended proposal, the political freedom of the subject theory possesses sufficient powers to criticize the State within constitutional limits, but maintaining state sovereignty. In Kant liberal basis in policy implies the idea of political freedom as the founding of the state, this is the guardian of the law as a normative body. For Kant, the application of legal-rational principles within the legal procedures is of fundamental importance to ensure the republican function of the state, which is the fulfillment of the Constitution and the state unity by maintaining the original political contract. We understand that in Kant legitimizing the state is to support it in the innate freedom expressed in its legal and practical function as political freedom, being that effective form of protection involves interpreting the legal-rational principles by giving them a function "critical" in drafting a proposed citizenship contestation to the State. Thinking of political judgments delivered by the citizens as a directly normative possibility makes them keep the State in Law limits as an expression of political freedom.

Keywords: Freedom; Republic; law; State; citizens

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PRIMEIRO CAPÍTULO - ESTADO, DIREITO E POLÍTICA EM KELSEN	
1.1. A TEORIA PURA DO DIREITO E A CONCEPÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO EM KELSEN.....	19
1.2. O CONCEITO DE POLÍTICA EM KELSEN.....	43
1.3. O CONCEITO DE POLÍTICA EM KANT.....	57
1.4. DIRECIONAMENTO DA RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE E POLÍTICA NA ESTRUTURA DO ESTADO KELSENIANO, PRESSUPOSTOS CRÍTICOS KANTIANOS À KELSEN.....	73
SEGUNDO CAPÍTULO - ESTADO, DIREITO E POLÍTICA EM KANT	
2.1. ESTADO DE DIREITO E LIBERDADE POLÍTICA.....	85
2.2. DIREITO E LIBERALISMO EM KANT.....	99
2.3. REPÚBLICA E LIBERDADE NO ESTADO KANTIANO.....	117
2.4. O USO PÚBLICO DA RAZÃO EM KANT E SEU SIGNIFICADO POLÍTICO.....	133
TERCEIRO CAPÍTULO - UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ESTADO	
3.1. O CONCEITO DE ESTADO EM KANT E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE "CRÍTICA" COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS LEIS.....	143
3.2. A LIBERDADE DO USO PÚBLICO DA RAZÃO E A NORMATIVIDADE DECORRENTE DA CIDADANIA PARTICIPATIVA EM KANT.....	156
3.3. A LIBERDADE POLÍTICA PARTICIPATIVA EM KANT E A CRÍTICA AO MONISMO DE KELSEN.....	193
CONSIDERAÇÕES FINAIS	209
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	218

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 Kant¹

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 um Direito que se fundamenta na racionalidade individual, portanto, coloca o *problema da legitimação do Estado na liberdade política individual*, defendendo como em Kant 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 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 subjetivos².

¹ 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.

² Não se confrontará 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 que em Kant prioriza a ideia do Direito como contrato político racional produzido pela liberdade do sujeito que se comporta como cidadão político em uma República.

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 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 coerção como critério de obediência ao Direito, coerção essa autorizada pela lei a que o povo anuiu através dos representantes.

Kant (AA 06: 232)³ 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. Kelsen⁴ diz que o aplicador do Direito possui a faculdade de coagir fisicamente o destinatário do comando para cumprir a

³ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.46.

⁴ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.61-62.

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 diretamente a Kant (AA 08: 290)⁵: 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

⁵ 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.

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.

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 Maus⁶, 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 “política” ou 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

⁶ MAUS, I. *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

origina o ente coercitivo que tem por função cumprir a lei que é o Estado (KANT, AA 06:311)⁷.

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 um pacto político e sua expressão normativa central é a Constituição, diz Kant (AA 06:321)⁸.

O Direito é produto discursivo da razão humana⁹ (a liberdade inata de todo homem é um direito natural anterior ao Estado) que pode entrar em acordo com os demais 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 da Segunda Parte 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.

⁷ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.175.

⁸ KANT, I. Op. Cit. p.192.

⁹ 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.

O problema básico surge da teoria da unificação dos conceitos de Direito e de Estado de Kelsen (ordem jurídica como 'ordem 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 1.3 e 3.3).

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 2.4. 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 desse ao Estado (seções 3.1 e 3.2).

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)¹⁰, 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 comum, como

¹⁰ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.56.

algumas correntes atuais defendem, através do crescimento da função judicial enquanto “politizadora” e “moralizante” do Direito¹¹.

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 liberal¹², 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 recolocação 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 República, exercida coerentemente no âmbito da “Doutrina do Direito”.

Mais do que uma liberdade bem-ordenada, como frisa Kersting¹³, 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

¹¹ Para uma leitura moral e política do Direito cf. DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.224.

¹² 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.

¹³ KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.468.

reconstrução filosófica da fundamentação do Estado de Direito em Kant na “liberdade crítica” ao Estado é decorrente dos próprios princípios do Direito Racional.

PRIMEIRO CAPÍTULO - ESTADO, DIREITO E POLÍTICA EM KELSEN

“Os facistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é – asseguram muitos- aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do Estado e do Direito. E não faltam também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísta. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não se não tenha ainda tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza.”

Hans Kelsen, Prefácio da 'Teoria Pura do Direito'¹⁴.

1.1 A TEORIA PURA DO DIREITO E A CONCEPÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO EM KELSEN

A 'Teoria Pura do Direito' de Kelsen¹⁵ é uma teoria do Direito positivo em geral, é uma teoria que visa estabelecer um estatuto epistemológico do Direito independente de outras esferas culturais ou do saber humano. Uma teoria universal do Direito posto, efetivo enquanto coercibilidade, produzido por uma ordem social que se expressa mediante a norma jurídica, que encontra sua fonte de produção normativa no Estado.

¹⁴ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.9-10.

¹⁵ KELSEN, H. Op. Cit.p.17. Essa tradução é baseada na edição austríaca original da 2.Ed.da *ReineRechtlehre* de Fritz Deuticke Verlag, Viena, 1960. Como fonte de pesquisa sobre a primeira edição da Teoria Pura de Kelsen a *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig e Viena: Franz Deuticke Verlag, 1934, 236p, veja-se: PAULSON, S. *Reine Rechtlehre or Pure Theory of Law*. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/15450/15450_6.PDF. Acesso: 26 de Julho de 2014.

O Direito é concebido logicamente como um conjunto de normas organizadas entre si e asseguradas em seu cumprimento pelas sanções, penalidades do Estado, para quem não cumpri-las. Diz Kelsen¹⁶:

A realidade específica do Direito não se manifesta na conduta efetiva dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica. Esta conduta pode ou não estar em conformidade com a ordem cuja existência é a realidade em questão. A ordem jurídica determina o que a conduta dos homens deve ser. É um sistema de normas, uma ordem normativa. A conduta dos indivíduos, tal como ela efetivamente é, é determinada por leis da natureza de acordo com o princípio da causalidade. Isto é, a realidade natural. E na medida em que a sociologia lida com a sua realidade tal como determinada por leis causais, a sociologia é um ramo da ciência natural. A realidade jurídica, a existência específica do Direito, manifesta-se num fenômeno designado geralmente como positividade do Direito.

Conclusivamente, Paulson coloca que : “A partir desta obra de 1934 já é possível, por exemplo, enxergar com um pouco mais de clareza a distinção entre as concepções estática e dinâmica do Direito, bem como as suas relações recíprocas, muito embora tal distinção e tais relações somente tenham encontrado sua forma definitiva alguns anos mais tarde. Neste momento, a maior inovação foi, sem dúvida, a definição da norma jurídica como o “sentido objetivo de um fato”. Esta idéia, introduzida na obra de 1925 apenas para justificar a impossibilidade do ilícito estatal, agora assume uma posição fundamental na sua teoria jurídica. De fato, se antes a norma jurídica apenas conferia o sentido objetivo a um fato natural – resultado já observado na obra anterior –, a partir de agora é ela mesma o sentido objetivo atribuído a outro fato por uma outra norma jurídica. Assim entendida, a norma jurídica passa a apresentar uma dimensão dúplice, capaz de unificar ambas as partes da sua teoria, a saber: i) a estática jurídica; e ii) a dinâmica jurídica. Se, até então, as partes apresentavam-se dispersas – e, em certa medida, demonstravam alguns aspectos contraditórios –, a partir de agora ambas as dimensões da realidade jurídica podem ser reduzidas a uma noção unitária, pois, ao mesmo tempo, a norma jurídica (i) “é ” o sentido objetivo de um fato natural, porque recebe seu significado de uma outra norma jurídica, e (ii) “confere ” o sentido objetivo a outro fato natural, porque constitui um esquema de interpretação. E, embora tal construção ainda não tenha encontrado sua forma mais acabada, ela servirá de base para as futuras evoluções da Teoria Pura do Direito e para as respostas às perguntas precedentes, que ainda aguardam uma solução satisfatória.”

¹⁶ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XXIX.

O Direito para Kelsen é pura forma, como diz Alexy¹⁷, já que para Kelsen “qualquer conteúdo pode ser Direito” desde que seja tutelado por normas jurídicas válidas e eficazes, isto é, que produzam efeitos na realidade.

Segundo Alexy¹⁸ a teoria de Kelsen é uma teorização completamente positivista sobre o Direito, na qual há uma separação intransponível entre Direito e Moral, já que o Direito é pura forma sem referência à Moral.

A “Teoria Pura do Direito” pretende se furtar a quaisquer considerações de ordem política quanto ao conteúdo normativo do Direito. O Direito deve regular tão somente o que se puder normatizar em termos de uma coerência da validade jurídica com as proposições linguísticas que enunciam as pretensões de normatização políticas, sociais, culturais etc. Para Alexy¹⁹, o que o positivismo de Kelsen delimita é uma legalidade conforme o ordenamento sem referências a normas não estatais. O Direito é um sistema de normas auto-referentes.

Já Joseph Raz²⁰ critica Alexy, ao colocar que Kelsen faz considerações de caráter material em sua teoria, alegando que pureza não significa ausência de conteúdo do Direito. O destinatário da norma é o juiz, que é a autoridade com poder constituído pelo Direito, e este perfaz uma interpretação sobre fatos à luz do Direito, com a autoridade conferida pelo próprio ordenamento enquanto competência de julgar²¹.

¹⁷ ALEXY, R. *O conceito e a validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.3.

¹⁸ ALEXY, R. Op. Cit. p.4.

¹⁹ ALEXY, R. Op. Cit. p. 9.

²⁰ RAZ, J. *O Conceito de sistema jurídico- uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.89ss. Cf. também OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p.106, a posição de J. A. Oliveira ao analisar a crítica de Raz a Kelsen.

²¹ RAZ, J. Op. Cit. p.89ss.

Júlio Oliveira²² coloca o positivismo de Kelsen como corretivo ou justificado, ele faz com que o Direito positivo formal possua uma pretensão de correção como condição necessária de existência do ordenamento jurídico.

Porém, isso não afeta a coerência do formalismo da teoria pura, porquanto o Direito Positivo existe para concretizar-se, é 'puro' quanto à sua produção e sua estática normativa, em consonância com as formas de sua geração, garante a possibilidade de uma estrutura formal sem que a mesma possa ser desvirtuada pela interpretação e a ilicitude, que são possibilidades mesmas decorrentes da coerência de todo e qualquer sistema jurídico, pois a teoria pura objetiva ser uma proposição teórica explicativa do Direito em geral, tomado como fenômeno normativo que almeja coerência sistêmica.

Acreditamos na interpretação de Alexy sobre Kelsen. Partimos da base de uma obediência *a priori* à forma jurídica e ao processo de produção legislativa baseado numa coerência sistêmica lógica como base da produção do Direito válido, sem considerações de que seja 'justo', ou mesmo de qualquer conteúdo material empírico. Isso é o contrário de uma "normatividade fática", a exemplo do defendido por correntes realistas, como Alf Ross e o realismo escandinavo²³ :

Quando o estudo normativo do direito (ciência do direito) descreve certas normas como direito vigente, descreve certas realidades sociais, um certo conteúdo de ideias normativas como realmente experimentadas e realmente eficazes. Mas se isto for admitido, a distinção radical de Kelsen entre a ciência do que é (*Seinswissenschaft*) e a ciência do que deve ser (*Sollenswissenschaft*) cairá por terra....Regra jurídica é o conhecimento que a comunidade tem de si mesma.

²² OLIVEIRA, J. A. Conteúdo do Direito e normatividade justificada na teoria pura do Direito : uma crítica às teses de Joseph Raz. In : OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p.109-110.

²³ ROSS, A. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.33.

Para os realistas a norma é produto direto da vontade da comunidade, e não da razão ou da lógica, do dever-ser puro. A discussão com os realistas rendeu a Kelsen argumentos para se desvencilhar de um último resquício de Metafísica jurídica, que é a ideia dos valores sociais como paradigma de leitura do que é ou não o conteúdo do Direito.

Kelsen, sob influência da Escola de Marburg, pensou uma Ciência Jurídica afastada da sociologia e da metafísica do Direito Natural²⁴, como discutiremos mais adiante. Diz o próprio Kelsen em um texto que respondeu ao professor Julius Stone, de Harvard, acerca do esclarecimento da natureza da *Grundnorm*:

La norma básica es al mismo tiempo un concepto lógico-transcendental y un concepto jurídico, porque aquella función tiene relevancia jurídica y porque la cuestión de cómo es posible considerar el sentido subjetivo de los actos en cuestión como su sentido objetivo es análoga a la caracterizada por Kant como lógico-transcendental (cómo es posible dar una interpretación no-metafísica de los hechos a que hacen referencia las leyes de la naturaleza por medio de las cuales la ciencia natural describe su objeto).²⁵

²⁴ BARZOTTO, L. F. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p. 27.

²⁵ KELSEN, H. *Contribuciones a la teoría pura del Derecho* Buenos Aires, s/a, p.75.

Para Kelsen²⁶, julgamentos morais ou políticos têm a mesma natureza que os julgamentos de justiça, pressupõem uma norma universalmente válida. Para Kelsen, que é um constitucionalista e defensor do devido processo legal com base no processo constitucional, no qual os valores políticos da sociedade são assimilados pela Corte Constitucional, o que fundamenta o Direito é um conjunto de normas válidas produzidas a partir de uma síntese de valores democráticos e liberais e sua assimilação no âmbito de um sistema constitucional, a democracia seria o melhor regime político, porém não o único, a embasar a produção de um Direito válido.

Não pode haver justiça política meta-jurídica ou além da ética estatal, esta última aplicada pelo administrador a partir de uma escolha (discricionária) dos princípios constitucionais. “Justiça”, no sistema de Kelsen, é um valor moral relativo e que somente ganha objetividade se consistir no comando prescritivo de uma norma de determinado sistema jurídico. Diz Kelsen²⁷:

²⁶ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.69.

²⁷ KELSEN, H. Op. Cit. p.104.

Se, pressupondo a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom. Na verdade, o conceito de “bom” não pode ser determinado senão como “o que deve ser”, o que corresponde a uma norma. Ora, se definimos o Direito como uma norma, isto implica que o que é conforme-o-Direito (*das Rechtmässige*) é um bem. A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral e não a relação entre aquela e “a Moral”. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral.

O conceito básico de Direito para Kelsen é que o Direito constitui uma ordem coercitiva. Uma ordem social relativamente centralizada que produz normas conforme a vontade da comunidade expressa em uma instância de poder. Kelsen²⁸: “A única distinção de ordens sociais a ter em conta não reside em que umas estatuem sanções e outras não, mas nas diferentes espécies de sanções que estatuem”.

A sanção pode ser transcendente, como a religiosa, ligada a uma representação da punição como uma ordem divina, ou imanente, que é uma sanção cujo fundamento consiste em uma retribuição coercitiva da própria comunidade. O Direito se enquadra nessa segunda espécie de sanção²⁹. Diz Kelsen³⁰:

²⁸ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.53.

²⁹ KELSEN, H. Op. Cit. p. 29.

³⁰ KELSEN, H. Op. Cit. p. 28-29.

as normas religiosas encontram-se mais próximas das normas jurídicas do que as normas morais. Pois as normas religiosas ameaçam o assassino com a punição por uma autoridade sobre-humana. As sanções que as normas religiosas formulam têm um caráter transcendental; não se trata de sanções socialmente organizadas, apesar de estabelecidas pela ordem religiosa. São provavelmente mais eficientes do que as sanções jurídicas. Sua eficácia, contudo, pressupõe a crença na existência e no poder de uma autoridade sobre-humana³¹.

Kelsen esclarece que a ordem coercitiva do Direito só pode ser exercida mediante um sistema normativo e que a base de garantia desse sistema é a sanção jurídica: “A sanção legal é, desse modo, interpretada como um ato da comunidade jurídica.”³² Kelsen³³:

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coacção, pode, no entanto, ser caracterizada como ordem de coacção, na medida em que todas as suas normas que não estatuem elas próprias um acto coercitivo e, por isso, não contenham uma prescrição mas antes confirmam competência para a produção de normas ou contenham uma permissão positiva, são normas não autônomas, pois apenas tem validade em ligação com uma norma estatuidora de um acto de coerção. E também nem todas as normas estatuidoras de um acto de coerção prescrevem uma conduta determinada (a conduta oposta à visada por esse acto), mas somente aquelas que estatuem o acto de coerção como reacção contra uma determinada conduta humana, isto é, como sanção.

³¹ KELSEN, H. *Contribuciones a La Teoria Pura Del Derecho*. Buenos Aires, s/a, p.75.

³² KELSEN, H. *Op. Cit.* p. 29.

³³ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.92.

Para Afonso³⁴, a norma fundamental possui uma função teórico-cognitiva no contexto de um sistema de normas, e não uma função política. No mesmo sentido, Paulson aponta que a função da norma para o Direito é integrativa, sistematizadora e lógica, é a base da cognição de todo conteúdo que pretende incidir no âmbito da tutela jurídica.

Somente na criação e na aplicação o Direito não se baseia na pura lógica de formulação proposicional que serve de base à construção do sistema normativo³⁵. Isso se justifica porque no momento da criação o Direito não é positivo, porém é uma ideia lógica, já que a *Grundnorm* (norma fundamental) não existe no plano da legislação estatal, mas é um pressuposto lógico para a criação da mesma, e no momento da aplicação o caráter formal (positivo) do Direito é necessariamente reconstruído em seu fim e no seu conteúdo pela ação hermenêutica do intérprete.

O fundamento da ontologia do Direito (seu ser) é o reconhecimento social em relação a uma autoridade legítima que prescreve ordens coercitivas ao restante da sociedade e garante o cumprimento das mesmas. Cientificamente, para Kelsen, o Direito é uma ciência imputativa, prescritivista e “não naturalista-causalista”.

³⁴ AFONSO, Elza M. M. Passos da Teoria de Kelsen rumo à construção da Teoria do Direito. In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p.52.

³⁵ AFONSO, Elza M. M. Op. Cit. p.50.

Kelsen na primeira fase de seu pensamento debateu com a Escola Neokantiana de Baden, que defendia a distinção³⁶ entre *Naturwissenschaft* ('Ciências Naturais') e *Wertwissenschaft* ("Ciências de Valores"). Os neokantianos de Baden para objetivar a Ciência do Direito como uma meta-teoria além da oposição entre fatos e valores, conceberam que o nível da experiência axiológica do fenômeno jurídico seria coordenado por ideias formais de valor, as quais orientariam a aplicação das normas com uma função teleológica (finalística).

A oposição entre natureza e valor foi frisada principalmente pelos adeptos da Escola Neokantiana de Baden como Rickert, Radbruch, Windelband e Lask, em oposição à Escola Neokantiana de Marburg que gerou o pensamento de Kelsen, o Direito tem por fim servir aos valores, dentre eles o da justiça. Diz Radbruch³⁷:

O primeiro ato do espírito consiste em reivindicar o próprio Eu, libertando-o dos dados da experiência, contrapondo aquele a esta, e separando aquilo que é 'valor' daquilo que é 'realidade'(...) aquilo que ele primeiro consegue extrair do caos da experiência, numa primeira atitude não valorativa, ou a-valorativa, é o reino da natureza, visto esta não ser mais do que a experiência, tal como ela se nos apresenta depurada de todas as valorações que a falseiam. Por outro lado, aquilo que ele, em segundo lugar, daí extrai numa segunda atitude - esta valorativa e oposta à primeira- é o mundo dos valores, ao apreender também conscientemente a escala das respectivas valorações, das normas e das relações entre elas.

³⁶ LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa : Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989, p.122.

³⁷ RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p.40.

Em função dessa origem dos valores, Radbruch³⁸ descreve a finalidade do objeto cultural que é o Direito em seu sentido de realização da justiça. Isso serve de revelação do próprio Direito como fenômeno, que deve se manifestar no contexto de um conjunto racional normativo, mas com o fim e o conteúdo de um sentido cultural de realização. Kelsen discordou dessa fundamentação axiológica e cultural do Direito, diversamente do neokantismo de Baden e suas projeções de ideias de valores, o dever-ser é apenas lógico, e não axiológico com um pressuposto ontológico cultural em valores. Para Kelsen não seriam valores culturais do Direito que definiriam o sentido de realização do Direito, mas a vontade do legislador ao fazer as leis e a inspiração política que no momento do debate parlamentar definem o conteúdo do Direito³⁹. Stanley Paulson⁴⁰ propôs uma divisão em fases do pensamento de Kelsen: a fase construtiva ou de formação até 1915; a fase neokantiana de construção da teoria pura, que culmina com a publicação da Teoria Pura do Direito em 1934; a fase realista, onde ele flerta com a teoria positivista e a fase psicologista

³⁸ RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p.42.

³⁹ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.22: “Norma é o sentido de um acto através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Nesse ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um acto intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do acto de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o acto de vontade que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fáctica perante a qual nos encontramos na hipótese de tal acto tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do acto de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do acto. Por isso, a situação fáctica perante a qual nos encontramos na hipótese de tal acto tem que ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do acto de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a uma norma como sentido do acto.”. A noção de sentido normativo expressa nessa passagem da *ReineRechtlehre* concebida em 1934 será modificada por Kelsen em ‘Teoria Geral das Normas’ em 1961 quando o pensador vienense adotará a visão de Hans Vaihinger de um ficcionismo como caracterizador da perspectiva instituinte da norma. Cf. PAULSON, S. Reflexões sobre a periodização da Teoria Pura de Hans Kelsen com pós-escrito inédito. In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p.8. A norma passa a ser concebida como uma ficção e não enquanto uma deontologia formal pura. Ser uma ficção a colocaria num plano de dependência do sentido decisionista do intérprete.

⁴⁰ PAULSON, S. Op. Cit. p.16.

humeana, mas que não abala sua convicção normativista, e a fase cética, que iniciou em 1962, onde ele se baseou na filosofia do *als ob* (“como se”) que se concretiza a partir de 1962 e na obra ‘Teoria Geral das Normas’. Há, contudo, posições controversas acerca do que significa a norma hipotética fundamental, se é uma construção teórica e racional de base kantiana ou se é uma construção da ficção sem caráter regulatório, mas apenas hipotética, sem caráter funcional. Kelsen em 1964 preparou uma conferência para a “II Jornada Austríaca de Juristas”⁴¹ onde confessou que pensou em acatar o arcabouço teórico de Vaihinger na fundamentação da norma hipotética fundamental, mas o abandonou em função do kantismo e da filosofia neopositivista lógica do ‘Círculo de Viena’.

Kelsen em “Teoria Geral das Normas”⁴² se deixou influenciar pela concepção “ficcional” e não somente puramente lógica da norma hipotética fundamental (N.H.F), o que seria mais apto a fundamentar o caráter de definição por um ato de vontade do julgador do “sentido” de cada norma, isso o aproximaria do realismo jurídico, para o qual não existe norma jurídica abstrata como objeto linguístico, mas sentido normativo definido por meio de uma decisão fundamental sobre a teleologia normativa⁴³.

⁴¹ AFONSO, Elza M. M. Passos da Teoria de Kelsen rumo à construção da Teoria do Direito. In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 51.

⁴² KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, p.67.

⁴³ PAULSON, S. Reflexões sobre a periodização da Teoria Pura de Hans Kelsen com pós-escrito inédito. In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p.16.

Kelsen propôs a unidade lógica do Direito através da hipótese estruturante inerente à lógica do sistema jurídico: a *grundnorm*, a norma-fundamental que se antepõe a toda normatividade e garante, de um ponto de vista lógico, a possibilidade de sistematização coerente da normatividade⁴⁴. Trata-se de uma causalidade normativa dentro de um sistema de normatividade, uma causalidade contrafática (**anti-naturalista**), sem ancorar na ideia de um ‘fato’ natural.

Uma causalidade coerentista sistêmica, que se instala e se desenvolve expressando a unidade lógica do conjunto normativo. Não existe qualquer fato político ou constitucional que cria de imediato a *Grundnorm*, ela é puramente lógica, isolar a Política do Direito foi um dos principais objetivos de Kelsen ao propor sua teoria pura do Direito.

Da “pureza” de uma auto-referenciação normativa que é por si mesmo regulatória do sistema de normas, está a base da sua própria autopoiese (autoprodutividade), conforme a sociologia funcionalista de Niklas Luhmann, que se baseou na estrutura da teoria pura kelseniana para descrever o Direito como fenômeno normativo que produz suas próprias regras, sendo um dos mais importantes casos da “teoria dos sistemas”⁴⁵.

⁴⁴ Cf. AFONSO, Elza M. M. Passos da Teoria de Kelsen rumo à construção da Teoria do Direito. In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p.42-52.

⁴⁵ LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1980, p.205.

Para Stanley Paulson⁴⁶, Kelsen desenvolve uma forma de positivismo “exclusivo” que separa Direito e Moral, e “justificado” que deve fundamentar argumentativamente a aplicação das normas na sua utilização em uma decisão judicial ou qualquer outro nível de aplicação.⁴⁷ Com base na visão empirista deve haver a naturalização do dever ser (tradição empirista e filosofia analítica) em um fundamento realista ou psicológico, o dever ser seria um elemento psíquico do arbítrio de quem decide e não uma obrigação normativa racional. Para Paulson⁴⁸ o positivismo naturalista defende que o fundamento do Direito é a soberania, obedecer é um hábito (psicológico), logo, o fundamento da soberania não é normativo, é psíquico, é um fato (natural), conforme a teoria da concatenação dos fatos, daí o naturalismo da tese positivista sociológica e psicologista, para Austin não há necessidade da teoria da separação, pois o normativo decorre do natural, a separação formal é apenas uma ilusão racionalista dentro de um construto lógico⁴⁹. Para Barzotto⁵⁰ o realismo admite que a fundamentação da validade do Direito depende da adesão psicológica à normas e do processo de aceitação social das normas, portanto, de um processo social que levou à construção e fundamentação da mesma pelo poder que o juiz possui de aplicar uma norma, a qual efetivamente só tem efeitos jurídicos pelo exercício da interpretação com vontade de poder do magistrado⁵¹. A validade para o realismo jurídico é fundamentada em uma questão de natureza ideológica e psicológica, em uma norma social construída como uma vontade de poder coletiva que se mostra através da vontade de

⁴⁶ PAULSON, S. A ideia central do positivismo jurídico. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: n. 102, pp.101-137, jan./jun. 2011.

⁴⁷ PAULSON, S. Op. Cit. p. 105.

⁴⁸ PAULSON, S. Op. Cit. p. 104.

⁴⁹ Para Paulson, S. Op. Cit. p.103, essa é a tese do positivismo em geral, o que geralmente é obscurecido ou negado pelo positivismo exclusivo.

⁵⁰ BARZOTTO, L. F. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 1999, p.81.

⁵¹ ROSS, A. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.57.

julgar do magistrado⁵². A validade para o realismo é a intenção de um ato de vontade que produz normas com base em atos intencionais de poder, baseados em decisões que valem como manifestação da vontade de todos em um sentido de vontade produtiva de normas por uma autoridade reconhecida pela sociedade com capacidade de decidir. Não existe moral como conceito distinto de fato (natural) para uma teoria naturalista. Existe um ‘não-moralismo’ em uma teoria do comando do superior ao inferior, o que é uma teoria soberanista, é uma imposição de fatos (medo). Para Paulson⁵³, de um ponto de vista de marco histórico, antes de Kelsen o positivismo sociológico europeu era naturalista, o Direito era estudado como um objeto sociológico, como um produto do fato social. Com Kelsen e seu positivismo exclusivo (“normativismo normológico”⁵⁴) há um ganho de objetividade do Direito pelo fato da norma ser concebida como uma estrutura do Estado. Kelsen, com seu positivismo exclusivo, exclui junção ou hierarquia entre Direito e Moral, indica uma “teoria da separação” entre os referidos campos e com isso pode proceder ao isolamento metodológico do Direito. Haveria uma vertente do “positivismo

⁵² BARZOTTO, L. F. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p.84.

⁵³ PAULSON, S. A ideia central do positivismo jurídico. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.102, pp.101-137, jan./jun. 2011, p.105.

⁵⁴ Expressão de PAULSON, S. Op. Cit. p.104.

inclusivo” a qual discute perspectivas de relação entre Direito e Moral : é o que defendem Gustav Radbruch, Lon Fuller e John Finnis.⁵⁵

A metodologia de Kelsen permitiu isolar no Estado a normatividade, que é o objeto de uma Ciência do Direito sem a Metafísica da ‘realidade natural’ ou da ‘realidade espiritual’⁵⁶. A crítica ao naturalismo, em Kelsen, implicou tanto um abandono do naturalismo sociológico do positivismo sociologista do séc. XIX, como o afastamento do Direito natural com sentido de transcendência meta-normativa, que na prática representa uma vinculação do Direito com a moralidade.

O fundamento obrigacional do Direito estatal, quando não decorre da própria estrutura normativa jurídica vinculada a uma sanção, ancora-se em uma norma não jurídica e, portanto, não prescritiva, no sentido de centralização da coercibilidade jurídico-estatal do conjunto de relações sociais que assim devem se apresentar na sociedade.

⁵⁵ Em geral é a posição jusnaturalista, a defender a predominância da Moral sobre o Direito, como defendeu Gustav Radbruch em sua teoria iusreligiosa e moralista do Direito, utilizando normas morais como normas jurídicas. A posição coerente com um sistema jurídico unitário é fazer o contrário, interpretar normas morais dentro do sistema jurídico enquanto valores jurídicos operacionalizados como princípios jurídicos: o sistema jurídico é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito. Cf. CANARIS, C. W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996, p.77. No caso do modelo do sistema jurídico de Kant traçado na *RL* é a liberdade e os outros valores do Direito (segurança, ordem, paz etc.) ordenados em função dela que se constituirão nos meios que garantem a unidade do sistema – Kelsen unifica o seu modelo de sistema jurídico através de soluções lógicas garantidas pelo princípio da validade de produção da norma a partir da pressuposição de validade da norma hipotética fundamental. Alexy transforma a teoria dos direitos humanos morais de Radbruch em uma teoria da argumentação em que o julgamento moral sobre o Direito deve ser justificado perante uma instância jurídica através dos princípios jurídicos. Cf. ALEXY, R. *O conceito e a validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.67ss.

⁵⁶ Kelsen combateu o método científico-espiritual de Rudolf Smend em *O Estado como integração- um confronto de princípios*. Tradução Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.32-3, para Kelsen Smend diz que o Estado seria a realização de sentido e a realização de valor, mas ele não especifica o que seria essa realização de sentido axiológico, ou essa normatividade axiológica que é um “ideal real” como espírito em oposição à “matéria”. Kelsen critica tal percepção de mundo a partir de uma redução à descrição de um comportamento juridicamente observável, que se relacione com a experiência concreta.

Kelsen frisa a publicidade de todo o Direito, que é uma prescrição de sentido objetivo-coletivo e nunca possui origem subjetiva ou privada (contratual), o *jus subjectivum* é uma concessão do *jus publicum*. Nem atos de vontade subjetivos nem direitos subjetivos constituem o Direito, nem o movimento puramente de uma ordem de valores (paz, justiça etc). O que movimenta o Direito é a ordem jurídica produzindo validade e centralizando decisões cuja legitimidade se encontra na própria validade autorizada politicamente e assegurada coercitivamente (ordem centralizada contra a “ordem dos salteadores”- o problema agostiniano da legitimidade jurídica)⁵⁷.

O direito natural não seria Direito, a polêmica de Kelsen como os jusnaturalistas é ampla e envolve uma série de posições críticas. Ele parte de uma crítica ao “Estado-ideia” de Platão, “A República”, o Estado valorativo, republicano, elitista e virtuoso de Platão, como criticou Popper⁵⁸, visava a construção de uma ética política coletiva, onde o indivíduo não seria valorizado, mas a pólis e sua aceção de ideias de justiça e bem comum.

O Estado ideal de Platão seria uma construção com finalidade política transcendente, cujo objetivo seria atingir o cumprimento de uma norma justa ideal, uma ideia de valor do justo como harmonia entre os seres e a realização do Bem.

Segundo Aristóteles⁵⁹ o ideal do Estado seria uma forma essencial de constituição, que sintetizasse as outras formas, a forma republicana constitucional, onde se teria uma divisão de classes e uma desconfiança absoluta para com a massa, como observa Kelsen⁶⁰.

⁵⁷ Clássico problema abordado por Kelsen no I Capítulo de sua *Teoria Pura do Direito*.

⁵⁸ POPPER, K. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. São Paulo-Belo Horizonte: Itatiaia-Grijalbo, 1975, vol. 1, p.46.

⁵⁹ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Teresinha Monteiro Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p.184.

⁶⁰ KELSEN, H. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.498.

Para Platão o resumo da justiça é a lei da Pólis. Kelsen considera o legalismo platônico um instrumento do jusnaturalismo, isto é, a preocupação do filósofo grego com a predominância do direito natural do cosmos no âmbito do bem comum da pólis. O argumento de Kelsen⁶¹ se delinea assim ao explicar a normatividade decorrente das ideias arquetípicas para Platão:

Tal é o “Ser” das ideias, o valor moral hipostasiado numa entidade transcendente, o Ser metafísico do Dever-ser, ou a ideia como norma. Esta não é um simples conceito estabelecido como coisa real, pois um conceito não pode – contrariamente à ideia, particularmente à ideia do Bem - servir como fio de prumo do agir. Ele precisa ser uma norma, que estabelece como as coisas devem ser, e, em especial, como os homens devem proceder.

Platão, segundo Kelsen⁶², constituiu uma Metafísica do valor e não um estudo científico da realidade, a qual está sujeita ao devir, à mudança, e isto é uma concepção não científica da realidade. O erro de Platão foi estabelecer uma idealidade sem a experiência dos fenômenos. Diz Kelsen⁶³ :

⁶¹ KELSEN, H. *A ilusão da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.8.

⁶² KELSEN, H. Op. Cit. p.10.

⁶³ KELSEN, H. Op. Cit. p.10.

É verdade que Platão procura apresentar as ideias não apenas como conceitos – hipostasiados – das coisas perceptíveis pelos sentidos; quando, porém apresenta ideias típicas como exemplos, ele se refere primordialmente a Ideias-valor, sendo evidente – o que o próprio filósofo reconhece – que a expansão de sua doutrina das ideias rumo a uma metafísica da realidade do Ser esbarra em dificuldades insuperáveis. Uma vez que a doutrina das ideias, na qualidade de uma metafísica do valor, tem por meta uma interpretação normativa do mundo, Platão ignora precisamente aquilo para o qual o conhecimento científico da natureza volta seus olhos: a mudança como tal, o movimento indiferente ao valor, conforme este se verifica particularmente no desenvolvimento dos seres vivos. Para ele, a observação desse movimento não resulta em qualquer conhecimento verdadeiro; não lhe importa, em absoluto – ou importa-lhe apenas secundariamente-, aquilo que é o objeto da compreensão das ciências naturais; Platão o ignora, desqualifica-o como inferior. O que lhe importa é o conhecimento do valor, o saber acerca do Bem e do Mal.

O jusnaturalismo aristotélico também não agradara Kelsen, Aristóteles desenvolveu o dualismo positivismo (*nomos* ou lei escrita do Estado) e jusnaturalismo (virtuoso ou justo)⁶⁴, concretizando o Direito Positivo como justiça positiva enquanto justeza, razoabilidade na aplicação da lei. A virtude significa a adesão a uma norma moral, diz Kelsen interpretando Aristóteles.⁶⁵ E a justiça é a norma ‘mais completa’ a qual o Direito deve seguir segundo Aristóteles, que é um jusnaturalista para Kelsen⁶⁶.

Na Modernidade o jusnaturalismo de Locke e seu direito natural revolucionário que abre a porta à crítica ao Estado positivo⁶⁷, visando como todo jusnaturalismo uma ordem completa, íntegra e transcendente ao Direito positivo, uma ordem por assim dizer “justa”.

⁶⁴ KELSEN, H. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.115.

⁶⁵ KELSEN, H. Op. Cit. p. 120.

⁶⁶ KELSEN, H. Op. Cit. p. 125.

⁶⁷ KELSEN, H. Op. Cit. p. 150.

Para Kelsen o jusnaturalismo implica a percepção de uma ordem justa no âmbito de uma teoria naturalista da sociedade, inclusive na disposição dos bens econômicos, dentro da ideia de que a propriedade é um direito subjetivo natural⁶⁸, com a qual os lockeanos concordaram⁶⁹.

Kelsen ataca principalmente o fundamento da virtude moral como valor objetivo ou absoluto com reflexo na teoria jurídica. O que Kelsen almeja é uma redução naturalista e científica das projeções de valor a partir da consciência moral que exige justiça:

A razão porque a doutrina do Direito natural, apesar de suas óbvias falácias, tem tido, e provavelmente sempre terá, grande influência no pensamento social é o fato de que ela satisfaz uma necessidade profundamente arraigada na mente humana, a necessidade da justificação. Para justificar juízos de valor subjetivos que emergem do elemento emocional de sua consciência, o homem tenta apresentá-los como princípios objetivos transferindo para eles a dignidade da verdade, torná-los proposições da mesma ordem que os enunciados sobre a realidade⁷⁰.

O trabalho da Ciência do Direito é, portanto, depurar a Metafísica do Direito, um conjunto de pressuposições linguísticas subjetivas, tal como a fé em Deus como fundamento de uma justiça absoluta⁷¹ e ideológicas como a crença em ideias de justiça coletiva das correntes de pensamento político que marcaram o séc. XX, facismo, comunismo etc.

⁶⁸ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.15.

⁶⁹ KELSEN, H. Op. Cit. p.157.

⁷⁰ KELSEN, H. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.161.

⁷¹ KELSEN, H. Op. Cit. p. 28.

Para Kelsen existe uma forte base teológica na Metafísica transcendentalista sobre o dualismo jurídico, dividindo o Direito entre uma legitimação absolutista de valores numa realidade além da experiência possível e um relativismo moral que depende do decisionismo do intérprete e das autoridades com poder⁷². Essa, segundo Kelsen, é a fundamentação da tese tradicional jusnaturalista do Direito, colocando-o na dependência da moral.

A Ciência do Direito em um sentido amplo, para Kelsen, não conhece diretamente normas, mas proposições teóricas que se referem a normas⁷³. A linguagem normativa implica numa série de *proposições jurídicas*, juízos hipotéticos acerca da função de uma norma no sistema, englobando pretensões de direito subjetivo ou compreensões sobre ordens normativas. Norma em um sentido estrito de normatividade jurídica (*prescrição jurídica*) é um comando imperativo.

A Ciência do Direito conhece proposições linguísticas que se referem a estruturas normativas, mas quem define a aplicação e produção das normas é um ato de vontade, uma decisão, acerca de prescrever uma conduta, o que implica uma teoria hermenêutica da vontade da autoridade competente para definir qual é o sentido de aplicação da norma.

A teoria pura implica em um conjunto de unidades normativas que se apresenta como ordem de proposições normativas com um sentido estabelecido pelo legislador. Definir o sentido das normas pressupõe uma teoria de base, pois se constitui em uma questão de poder de decisão de uma autoridade competente, como disse Raz.⁷⁴

O Direito não deduz o sentido dos fatos, mas qualifica, através do processo legislativo, e depois nos processos judicial e executivo que decorrem da legalidade, o que é juridicamente o fato como um ato de vontade que se põe sobre o mundo do ser conferindo-lhe um sentido dentro do mundo do dever-

⁷² KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 23ss.

⁷³ TROPER, M. *A Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.15.

⁷⁴ RAZ, J. *O Conceito de sistema jurídico- uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.21.

ser, como um sistema de imputações (normas). Pois entre ser e dever-ser não existe passagem necessária *a priori*, mas separação metodológica.⁷⁵ Se não existe passagem entre os mundos do ser e do dever-ser, o ordenamento jurídico não se funda no reino dos fatos, mas sim na própria validade normativa em si, concatenada e logicamente estruturada como um sistema de normas com dever-ser intrínseco, que emana de um ato de vontade de uma autoridade legítima que validou a primeira constituição histórica.

A posição racionalista compreende a *Grundnorm* como uma construção racional, para Raz⁷⁶ o critério de definição do conteúdo jurídico da norma hipotética como sendo sua identificação com a “Constituição primeira” é equivocado porque essa pode possuir várias normas em seu bojo. Nada assegura a unidade do sistema jurídico com a referência de seu conceito de unidade à historicidade de uma suposta constituinte histórica fundante. Para Raz a eficácia da concepção sistêmica do Direito de Kelsen é seu caráter normativo⁷⁷. Kelsen propôs um modelo de sistema jurídico em que as normas são individualizadas a partir de uma matriz unificante assegurada por uma autoridade válida⁷⁸.

Portanto, o ato criador da Constituição enquanto organismo normativo fundante do ordenamento, somente pode ser uma norma jurídica, definida por Kelsen⁷⁹ como norma hipotética fundamental (*Grundnorm*). Inexistindo na realidade sócio-histórica, a hipoteticidade de tal norma seria sua construção lógica por um processo de abstração da consciência subjetiva.⁸⁰

⁷⁵ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.23.

⁷⁶ RAZ, J. *O Conceito de sistema jurídico- uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.138ss.

⁷⁷ RAZ, J. Op. Cit. p.100.

⁷⁸ RAZ, J. Op. Cit. p.100.

⁷⁹ KELSEN, H. Op. Cit. p.27.

⁸⁰ Para uma posição ‘realista política’ de fundamentação da norma hipotética fundamental kelseniana cf. VIANELLO, L. Córdova. *Direito e Poder. Kelsen e Carl Schmitt frente a frente*. México: UNAM, 2009, p.78ss: na verdade, para uma posição realista política o sistema de coerência serviria para assegurar o poder político efetivo do soberano legítimo. O Direito seria uma justificação do poder político real. Essa interpretação, todavia, desconsidera que sem a estrutura do pensamento ordenador e revelador transcendental não se institui o Direito.

Existem interpretações “naturalistas” ou “realistas” do sentido da norma hipotética fundamental de Kelsen que colocam em um problema político real a origem da norma hipotética fundamental. Nesse caso, Kelsen estaria visando a coerência jurídica em uma articulação levando em consideração fatos e não normas, apenas teria que pressupor uma norma hipotética como um meio de se garantir coerência a uma série infinita de normas, impedindo um regresso *ad infinitum na busca de uma norma originária, posto que a ideia da norma hipotética vinculando o conjunto das normas assegura a unidade lógica sobre o comando original posto pela autoridade política reconhecida comunitariamente que instaura o Direito.*

A identidade Direito-lei é assegurada na base de uma racionalidade de cunho técnico-legislativo que sustenta a própria legitimidade social das normas, de tal modo que na cadeia de convalidação consolida a segurança jurídica como valor básico do Direito, na tradição hobbesiana de um “Estado Positivo”⁸¹. Mas com isso não se reduz a teoria da normatividade pura ao sistema legalista na chamada família de direito positivo romano-germânica. Se uma Constituição assume o costume qualificado como o fato criador do Direito, esse será o fator de construção metodologicamente puro do sistema jurídico costumeiro⁸².

Especificamente, é a consciência do sujeito decididor, com competência definida em lei, que põe a norma jurídica coerente com o quadro lógico do restante do sistema jurídico. Para uma posição normativista ou deontológica da norma hipotética fundamental kelseniana cf. PAULSON. S. A ideia central do positivismo jurídico. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.102, pp.101-137, jan./jun. 2011.

⁸¹ Ao associar os pensamentos de Kelsen e Hobbes Simone Goyard-Fabre assinala em “Os fundamentos da ordem jurídica”. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123: “Hobbes decerto não desenvolvia, nas formas, uma concepção constitucionalista da ordem de direito. Mas seu cuidado com a racionalização e a unificação da esfera jurídica era tal que, sob a autoridade suprema do Estado-Leviathã, a razão impunha irrevogavelmente uma consequência: ninguém pode escapar da regra, já que toda contravenção submete imediatamente o contraventor a uma outra regra, punitiva, pertencente à mesma ordem de direito. A racionalidade do direito lhe confere sua força imamente.” Adiante Goyard-Fabre (2007,p.135) analisa o pensamento de Kelsen que transforma Estado e Direito em um ordem unificada pela lógica interna do sistema normativo: “No monismo kelseniano o próprio Estado é a ordem jurídica (...) O poder do Estado é o poder que o próprio direito positivo organiza”.

⁸² KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.28.

Desse modo, o fim do Direito consiste na obtenção da segurança jurídica coletiva - o valor “paz” - que Kelsen não apregoa que seja absoluto, mas dependente do grau de evolução de cada sistema jurídico⁸³.

No mesmo sentido que Kant, para quem a paz é o fim do Direito, para Kelsen, se o Direito possui um fim em um sentido universal, este é a paz, mormente quando se trata da questão da soberania, que deve ser exercida para pacificar o Estado internamente e dotá-lo de respeito e eficácia representativa no plano internacional (autonomia no plano externo), intangibilidade de suas decisões políticas e independência em relação aos outros Estados⁸⁴.

O Estado e o Direito são para Kelsen uma única e mesma realidade – em Kelsen, todavia, a possibilidade de uma crítica ao Estado fica comprometida, na medida em que a estruturação interna do Direito pesa mais sobre a sociedade do que as pressões por mudanças na estrutura estatal em vista do esgotamento dos potenciais de regulação da conduta em sociedade dentro do próprio paradigma de valores inerentes ao sistema legal.

O problema do ideal lógico do Estado kelseniano é que quando existe questionamento à ordem vigente se mostram falhas no sistema jurídico e percebe-se a volta da Política como ciência do conflito – e a estrutura de coerência lógica deve retomar seus pressupostos de validade. A dinâmica da teoria de Kelsen pretende dar uma resposta também formalista a esse fenômeno: o Direito é sistêmico e organizado em função de uma lógica própria, que pretende “harmonizar o processo legislativo com a tese da unidade entre direito e moral”⁸⁵, evitando o deslocamento para problemas morais inerentes à sociedade ao estatuto epistemológico do Direito normativo.

⁸³ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.67.

⁸⁴ CAVALLAR, G. A sistemática da parte jusfilosófica do projeto kantiano da Paz Perpétua. In: ROHDEN, V. (Coord.). *Kant e a instituição da Paz*, Porto Alegre, Ed. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Goethe Institut/ICBA, p.78-98, 1977.

⁸⁵ DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.59.

Mas, para Kant, a visão da Política como conflito representa o fato de que as pessoas buscam defender seus interesses porque querem preservar, antes de tudo, sua liberdade. O fato moral da liberdade como fundamento da Política e do Direito deve ser sempre levado em consideração – mesmo ante a coerência lógica de sistemas como o de Kelsen, que, se asseguram a liberdade dentro de um conceito formal de Direito como expressão do Estado juridicamente organizado não servem a um conceito de Estado que se origina na liberdade e exige do Direito uma resposta à crise de legitimidade, que pode ser expressa na ideia da violência do próprio Estado contra o indivíduo, o que se ocorre quando dos questionamentos acerca da legitimidade do próprio Estado, faz como esse traia seu conceito e ideal – de ser o guardião da liberdade de todos aqueles que cederam seu direito à liberdade para limitá-lo face ao poder soberano.

1.2 O CONCEITO DE POLÍTICA EM KELSEN

Para Kelsen não existe Democracia em um Estado socialista porque deve haver uma possibilidade de que se fundamente um Estado de Direito, o qual deve assegurar a ordem, sem essa não existe Direito, mas o marxismo e o socialismo implicariam uma volta à anarquia apregoada de uma sociedade sem Estado, como se concebeu no fluxo da Revolução Francesa⁸⁶. A mudança do sistema econômico de capitalista para socialista não deveria implicar o

⁸⁶ KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.263. Isso aparentemente contradiz a teoria neutral da democracia kelseniana, onde qualquer regime político é viável se se mostra juridicamente sustentável. Ocorre que Kelsen em 1929 na “A essência e o valor da Democracia” fazia uma defesa de valores liberais a fim de entender o processo de construção do Estado de Direito como um Estado que produziria legalidade a partir da liberdade. A opção de Kelsen pelo liberalismo e seu ataque ao socialismo não eram injustificáveis perante a tradição liberal à qual pertencia. Todavia, a evolução de seu pensamento levará a uma fase de acomodação das ideologias no formalismo estatista, embora no I Capítulo da Teoria Pura do Direito ele admita que qualquer Estado de Direito precise de um mínimo de liberdade, segurança e paz, que são pressupostos liberais constitutivos de um *Rechtstaat*.

abandono das liberdades democráticas já asseguradas no capitalismo⁸⁷. A garantia de um juízo que aplique o Direito com discricionariedade, que é a escolha pelo julgador das possibilidades facultadas pela lei, constitui-se numa garantia democrática⁸⁸, pois a segurança jurídica *absoluta* é uma ilusão⁸⁹ e a aplicação do Direito sempre estará sujeita à interpretação como criação de norma especial.

A liberdade individual é o princípio essencial de uma Democracia, para Kelsen existe uma base democrático-liberal na fundação do normativismo no âmbito de um Estado de Direito, que é a consideração da liberdade de votar e ser votado e de eleger um parlamento que de modo legítimo votará leis válidas, conforme à vontade livre do povo, como ele traça no I Capítulo da Teoria Pura do Direito. Agora, reconhecer antes do Estado o indivíduo como portador de direitos subjetivos naturais, um jusnaturalismo político que existe antes do Estado, é algo incompatível com a teoria kelseniana, posto que como explica Gabriel Dias “somente no curso da imputação torna-se visível a relação normativa na qual o indivíduo é importante para o direito. Antes disso o indivíduo não existe para o direito”⁹⁰.

Como então é possível compreender o Estado, na acepção kelseniana, como tendo um carácter especificamente normativo, se a vontade do povo é representada não antes, mas somente com o próprio Estado existindo? É exatamente recorrendo à categoria universal do Direito: pela imputação, isto é, a capacidade que o Direito possui de prescreve quais as condutas que estão sujeitas ao seu poder. O ato de vontade das pessoas que anuem politicamente com o Estado recebe uma solução jurídica: a vontade das pessoas não se dirige a outras pessoas de modo direto, mas é objetivada na vontade do

⁸⁷ KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.264.

⁸⁸ KELSEN, H. Op. Cit.p.270.

⁸⁹ KELSEN, H. Op. Cit.p.272.

⁹⁰ DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.170.

Estado, como ente objetivo formado por um conjunto de obrigações impostas aos sujeitos humanos⁹¹. O Estado é o sujeito da proposição normativa, ele é o ser-normativo⁹², que possui uma objetividade de ação e de constituição, necessitando apenas de uma produtividade normativa que em sua origem seja legítima, o que se identifica na cultura ocidental com o Estado de Direito e seu processo de produção de poder a partir dos marcos da Democracia liberal.

O conhecimento do conjunto de normas que integram o Estado depende de uma teoria do sistema normativo jurídico, como já exposto na seção 1.1. A dinâmica do Direito se dá pela concessão de um sentido decorrente do ato administrativo, tornando válida a obrigação prevista em lei⁹³. E por que deve o cidadão que votou em uma autoridade legítima válida acatar uma lei da qual discorde quanto ao sentido ou conteúdo? Para Kelsen, o problema de por que se obedece ao Direito (legitimidade) é correlato do problema da validade do Direito. Se o Direito produzido é válido ele deve ser aplicado e acatado como Direito objetivo, que é uniforme e piramidal, composto de decisões, sentenças e normas secundárias derivadas, de leis ordinárias à Constituição⁹⁴, por compatibilidade de um modo de produção legislativo válido com a Norma Hipotética Fundamental (N.H.F). O que Gabriel Nogueira Dias não questionou, por se manter vinculado ao formalismo abstrato de Kelsen, mas que o próprio Kelsen debateu em 1929 em “A Democracia”, é a dimensão da *validade política do Direito ou sua legitimidade*, que é precisamente o ponto em que buscamos uma crítica política e filosófica ao pensamento kelseniano.

⁹¹ DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.171-2.

⁹² DIAS, G. N. Op. Cit. p.174.

⁹³ DIAS, G. N. Op. Cit. p.179.

⁹⁴ DIAS, G. N. Op. Cit. p. 213.

A própria correlação feita por Gabriel Nogueira Dias entre positivismo e Teoria do Direito é uma posição dogmática sobre a teoria do Direito de Kelsen, que se manteve no nível da teoria tradicional e não crítica ao Direito.

Kelsen se deixou levar, a partir de 1934 quando da publicação da “Teoria Pura do Direito”, pela ideia de uma separação radical entre norma e realidade, adotando o pressuposto de uma visão liberal de época e do kantismo jurídico à Marburg da ideia de uma forma jurídica contra a presença da Política na esfera da ordem jurídica. Mesmo os representantes da “escola técnica” de formação do Direito queriam apenas um modelo teórico que reduzisse, mas não acabasse, com a ideia de uma esfera política do Direito, como coloca Heller⁹⁵.

O sentido mais importante da validade (*Geltung*) da norma jurídica para Kelsen é o fato de que se possui uma cognição conforme à Ciência do Direito, porque é compatível com uma dogmática científica do Direito⁹⁶.

Já a validade é a adequação em termos de produção normativa de uma norma ao processo legislativo⁹⁷, que é a adequação da norma ao seu processo de criação, que permite que se examine a validade de uma norma a partir do modo de sua produção conforme ao ordenamento. Essa foi a contribuição de Adolf Merkel e sua teoria do ordenamento jurídico à teoria de Kelsen⁹⁸.

Para Kelsen existe uma estrutura lógica que dá coerência à produção estatal de normas válidas e garante a força normativa da coerção do Estado. Casos extremos em que mesmo a coação física não assegura o cumprimento do Direito não significam a não eficácia jurídica, mas a ineficácia de uma dada norma, não do sistema global do Direito⁹⁹.

⁹⁵ HELLER, H. *Teoría del Estado*. Tradução Luis Tobío. Cidade do México: FCE, 1998, p.83.

⁹⁶ DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.264.

⁹⁷ DIAS, G. N. Op. Cit, p.263.

⁹⁸ DIAS, G. N. Op. Cit. p.260.

⁹⁹ DIAS, G. N. Op. Cit. p.290.

Concordando com Dworkin, deve existir uma integração sistêmica do Direito não apenas no nível lógico e formal-normativo, como querem Raz e Kelsen¹⁰⁰, mas no nível de uma ‘moral política’ do Direito cujo método jurídico de assegurar a leitura moral é o conceito de “integração do Direito” de Dworkin¹⁰¹:

O convencionalismo faz duas afirmações pós-interpretativistas. A primeira é positiva: os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias. Insiste, em outras palavras, em que eles devem tratar como direito aquilo que a convenção estipula como tal.¹⁰²

Para Dworkin¹⁰³, os defensores do convencionalismo não se preocupam com a integração principiológica do Direito, mas com as regras do passado, estabelecidas por autoridades competentes e não mais criticadas ou reconstruídas. A questão é: seria Kelsen um convencionalista no sentido dworkiniano? Kelsen possui uma teoria da jurisdição constitucional¹⁰⁴ exatamente para fugir do convencionalismo no sentido dworkiniano, isto é, de um sistema de regras em um movimento de dinamicidade interpretativa.

¹⁰⁰ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.117.

¹⁰¹ DWORKIN, R. Op. Cit.p.489.

¹⁰² DWORKIN, R. Op. Cit.p.144.

¹⁰³ DWORKIN, R. Op. Cit.p.144.

¹⁰⁴ A jurisdição constitucional, definida por Kelsen (2007, p.123ss), é um conjunto de procedimentos jurídicos institucionalizados com o objetivo de garantir a interpretação autêntica da Constituição por um órgão especializado, se constituindo também como instância resolutiva dos embates de valores políticos centrais de uma sociedade através de uma análise normativa constitucional. Desse modo, a discussão sobre a fundamentação axiológica das normas constitucionais ocorrerá no Tribunal Constitucional, que realizará uma interpretação ‘política’ do Direito. As questões que atingem as cortes constitucionais são deveras complexas porque expressam o debate sobre o fundamento político da sociedade e devem ser analisadas pela normatividade constitucional através da discussão sobre seus fundamentos político-axiológicos. Cf. KELSEN, H. *Jurisdição constitucional*. 2.Ed.Nota de Carré de Malberg. Tradução Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Ora, ele busca discutir a questão dos princípios em um âmbito legal, mas normativo, ao mesmo tempo de patamar superior, que é a interpretação especial da Constituição. Raz desenvolveu uma interpretação especificamente de um 'Direito de regras', o que parece inusitado ante ao Direito atual, que é predominantemente pós-positivista ou pós-convencionalista no sentido que lhe atribuiu Dworkin¹⁰⁵, o qual descarta o positivismo "antigo", para o qual o cerne do debate se resume a que 'lei é lei' e deve ser cumprida sem considerações hermenêuticas mais amplas, bem como rechaça o realismo atual que considera "cínico"¹⁰⁶. Dworkin combate o realismo atual, para o qual o subjetivismo do juiz decidir com base na ética ou política críveis pelo magistrado é correto¹⁰⁷. Kelsen e seu sistema favoreceram o declínio da relação entre política e a esfera jurídica e a assunção do realismo judicial apolítico e sem espaço para a cidadania contestatória – essa hipótese parece plausível? Para Kelsen a política seria a ciência dos valores e sua expressão ativa seria a defesa de interesses. A ideia de um Estado de Direito para ele deveria controlar as condições de exercício da Política. Todavia, como não pensou um esquema de justificação racional do Estado para além do poder, a não ser o vinculado

¹⁰⁵ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.272.

¹⁰⁶ DWORKIN, R. Op. Cit.p.274.

¹⁰⁷ DWORKIN, R. Op. Cit.p.141.

(unificado) ao Direito, Kelsen não se protegeu de ser atacado pelo realismo¹⁰⁸, ao contrário do que ele almejou na fase neokantiana (separação entre ser e dever-ser) da formação e afirmação de seu pensamento (1934-1960), datas da primeira e da última edição da “Teoria Pura do Direito” com modificações feitas pelo próprio autor. O normativismo kelseniano situa-se em abstrato *no campo de uma fundamentação da lógica autopoietica* (Niklas Luhmann) do Direito¹⁰⁹. A norma fundamental é uma norma lógica sustentada pelo poder político soberano. O argumento mais forte para justificar a importância de Kelsen para a teoria jurídica não é o da atualidade do seu pensamento como um positivismo de matriz constitucionalista, mas o do caráter monista de seu pensamento, como frisa R. Alexy¹¹⁰, que também adere ao monismo com a adoção da tese kelseniana da separação entre Moral-Direito, mas não descarta a necessidade de um trabalho racional e discursivo em nível argumentativo com a hermenêutica do Direito.

¹⁰⁸ O ‘realismo jusfilosófico’ influenciou Kelsen em 1970 quando ele publicou “Teoria Geral das Normas” (TGN), nessa obra a norma fundamental passa a ser considerada uma ficção jurídica, cujo sentido de concretização depende exclusivamente da realidade judicial do poder, que determina o sentido da norma. Na verdade, passa-se a defender que antes da decisão judicial não existiria norma jurídica, mas apenas ficção e expectativa de Direito. Cf. KELSEN, H. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986, p.201; ROSS, A. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p.56. As posturas realistas e decisionistas contrariaram a tradição firmada em torno do normativismo por Kelsen, “Teoria Geral das Normas” deve ser lida como um capítulo à parte na história do pensamento kelseniano, seu rompimento radical nessa obra com a deontologia kantiana não afetou sua herança normológica, tanto que Robert Alexy, Stanley Paulson, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas o vinculam à tradição normativista e positivista formalista ou convencionalista. Para Goyard-Fabre a partir de 1965, e depois em TGN (1970), Kelsen acirra a distinção entre Ciência do Direito e Direito Positivo, a primeira produziria proposições linguísticas sobre o Direito e o segundo seria formado por normas cujo sentido de realização seria dado pela vontade do legislador e do aplicador do Direito. Kelsen teria adotado desde então uma postura decisivamente voluntarista sobre a interpretação do Direito. Cf. Goyard-Fabre, S. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.230.

¹⁰⁹ LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980, p.50.

¹¹⁰ ALEXY, R. *O conceito e a validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.16.

A garantia da soberania do Estado encontra-se no fato do mesmo ser reconhecido como fonte de autoridade válida. Segundo Kelsen, o Estado soberano se limita em uma soberania exterior tão somente pelo poder que decorre do Direito internacional enquanto legislação universal :

(o Estado) está sujeito apenas ao direito internacional, não ao direito interno de Estado nenhum. A soberania do Estado segundo o direito internacional é a independência jurídica do Estado em relação aos outros Estados. Esse é o significado habitual atribuído à palavra “soberania” pelos autores do direito internacional.¹¹¹

Kelsen não fundamenta o Direito em um ato de vontade contratual, mas de racionalidade formal da norma hipotética fundamental e na possibilidade do uso da força pelo soberano (ao mesmo tempo). Assim, o fundamento lógico das normas é assegurado no plano da eficácia pela força do soberano. Kelsen transforma a soberania em um marco político real, que assegura externamente a validade do Direito e depois, na aplicação da lei, assegura a eficácia das normas pela ação do poder Executivo.

¹¹¹ KELSEN, H. *A paz pelo Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.33.

A garantia da democracia é a forma de um Estado de Direito. O conceito de Estado em Kelsen é o de uma ordem coercitiva com garantia democrática, mas a democracia é apenas uma possibilidade, uma perspectiva, a ordem coercitiva também poderia ser assegurada por um regime autoritário. A opção pela democracia em Kelsen é uma opção de fundamento voluntarista e realista como diz Jestaedt¹¹², que passa pela valoração de um povo e se associa ao relativismo axiológico (*Wertrelativismus*)¹¹³ para encontrar na Ciência do Direito aquilo que é necessário para fundamentar juridicamente uma vontade política geral estabilizada através do soerguimento de um edifício normativo.

Todavia, esse perspectivismo da democracia é uma ‘visão de mundo’ abrangente, que se conecta ao seu conceito de ciência, como diz Matthias Jestaedt¹¹⁴ Kelsen pensou em uma teoria pura do Direito, não em um Direito “puro” isento de choques interpretativos e de arranjos estruturais internos conflituosos, a teoria pura é um marco formal de como pensar o Direito lógica e positivamente.

Mesmo com as inclinações liberais de Kelsen como mostram seu interesse pela questão da democracia na década de trinta do século XX até o discurso que ele proferiu em 1952 em Berkeley, Eua, ao definir a democracia liberal como melhor regime político para compatibilizar Direito e Política e no âmbito deste buscar uma justiça que seja movida pelos valores da tolerância, democracia, liberdade e ordem. Isso não significa, segundo Jestaedt¹¹⁵, que a pureza da teoria fosse afetada porque Kelsen combate tanto a fundamentação moral do Direito do jusnaturalismo quanto o fundamento naturalista do positivismo que pretende retirar do ser o dever-ser.

Kelsen vinculou a teoria pura à democracia como meio de expressar sua vinculação ao relativismo axiológico, a ideia de que somente o relativismo

¹¹² Matthias Jestaedt em *A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen*. Tradução Carlos Eduardo de Abreu Boucault. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 106, pp. 13-67, jan./jun. 2013, p.36.

¹¹³ JESTAEDT, M. Op. Cit.p.41.

¹¹⁴ JESTAEDT, M. Op. Cit.p.36.

¹¹⁵ JESTAEDT, M. Op. Cit.p.36.

poderia abrir um possível paradigma para a retomada da cientificidade do Direito e sua adesão ao caráter não corresponditista da verdade com fatos naturais enquanto critério de estatuir uma veracidade jurídica, mas coerentista e imanentista a cada sistema jurídico acerca de suas proposições significativas¹¹⁶. A Ciência do Direito é a cognição de cada sistema jurídico conforme o sistema de proposições que garantem sua coerência, portanto, a verdade do Direito é formal e não é a correspondência com os fatos empíricos¹¹⁷.

Para Kelsen o problema da discussão da legitimidade é substituído pelo da segurança da autoridade. Por essa linha de raciocínio ganha força a interpretação decisionista do fundamento de validade do Direito em Kelsen de Lorenzo Vianello¹¹⁸. Claro que essa interpretação “política” da Teoria Pura é questionável de um ponto de vista da tradição normativista, que ao autonomizar o sistema normativo não leva em consideração fatores de poder empíricos. Todavia, no cerne da crítica kantiana do pensamento kelseniano aqui esboçado, o que se tem é a predominância de uma racionalidade prática sobre a teórica, ainda mais na aplicação de um raciocínio jurídico crítico sobre o fundamento de validade do Direito, que não pode ser abstrato, mas, ao contrário, deve ser retomado em sua vinculação ao problema do fenômeno político. A ontologia do Direito em Kelsen depende do poder, o Direito é um fenômeno de poder, embora busque funcionar como ordem de normas válidas, produzidas através de um processo cuja unidade lógica é dada pela norma hipotética fundamental. Diz Heck¹¹⁹:

¹¹⁶ JESTAEDT, M. *A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen*. Tradução Carlos Eduardo de Abreu Boucalt. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 106, pp. 13-67, jan./jun. 2013, p.42.

¹¹⁷ JESTAEDT, M.Op. Cit. p.43.

¹¹⁸ VIANELLO, L.C. *Direito e Poder*. Kelsen e Carl Schmitt frente a frente. México: Ed. Universidade Nacional do México, 2009, p.258.

¹¹⁹ HECK, J.N. *A liberdade em Kant*. Dois ensaios. Porto Alegre: Unisinos, 1993, p.95.

A norma fundamental sustenta tão-somente o processo de fundamentação silogística, se sua validade objetiva já não pode ser posta em questão pelas ordens emanadas por uma autoridade ou instância suprema, as quais são sobrepostas aos atos prescritivos dessa ou daquela vontade histórica constituinte.

Os valores básicos do Estado kelseniano 'mínimo de liberdade', segurança e paz expressos no I Capítulo da *Reine Rechtlehre* são apenas garantias formais do cidadão. Eles podem falhar na contenção do abuso de poder por parte do Estado. Como disse Schmitt:

*El Leviathan se convierte, por tanto, en una gran máquina, en un gigantesco mecanismo al servicio de la seguridad de la vida física terrena de los hombres dominados y protegidos por él.*¹²⁰

A crítica ao logicismo do normativismo de Kelsen é que não estaria preparado para sintetizar uma ruptura sistêmica abrangente onde a forma do Direito se colocaria como algo reconstrutivo e hermenêutico. O sistema de Kelsen quer solucionar o problema político com a validade jurídica e reconstruir a legitimidade do Estado a cada esforço de interpretação judicial e constitucional, como se a luta política não passasse por uma renovação da legitimidade política ela mesma no âmbito da práxis coletiva e reflexa do sujeito.

Não obstante, a descrição das categorias do Direito por Kelsen está correta, ela invoca a legalidade coercitiva como *modus* operacional do Direito. O que é compatível com um sistema jurídico pensado nos parâmetros kantianos, se tomarmos a estrutura do Direito na *RL: direito e faculdade de coagir são idênticos. A coerção pública é nota distintiva do Direito. É o marco de fixação da liberdade exterior que se associa a outras conforme leis*

¹²⁰ SCHMITT, C. *El Leviathan em La teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Tradução Francisco Javier Conde. Granada: Comares, 2004, p.29.

*universais, diz Kant em seu conceito de Direito (AA 06: 231)*¹²¹: “Portanto, a lei universal do Direito é: age exteriormente de tal modo que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal (...)”.

A ideia de um normativismo de Estado não é impraticável como concepção de um conjunto de normas cogentes organizadas de modo lógico. Todavia, não vinga uma defesa da liberdade formal em um quadro democrático como Kelsen faz sem a concessão de um direito subjetivo do cidadão de manter sua função crítica perante o Estado, operando criticamente o pacto político fundador do Estado e limitador de sua atuação. Matthias Jestaedt¹²² afirma que para Kelsen “a Democracia é uma forma de dominação, um método de justificação da dominação pelo procedimento.” Ela se justifica na forma como os conflitos são trabalhados e no procedimento de sua resolução. Daí a função capital que o Direito possui de procedimentalizar as demandas buscando estabilizar os conflitos por soluções formais e legalistas.

Na reflexão kantiana, o que assegura o poder do Direito é, assim como em Kelsen, a possibilidade de coerção estatal. Kelsen, como membro dessa tradição, deixa o poder coercitivo do Estado sem meio de controle pelo cidadão, porque a autorização da coerção através da lei pressupõe a anuência do povo que elegeu o parlamento. Como conseqüência desse raciocínio, novamente volta-se a Hobbes: poderia haver Direito e Estado legítimos em um regime despótico ou não republicano, onde o povo fosse dominado¹²³.

O grande problema político da Modernidade emerge: a soberania (enquanto exercício do poder político) usa o Estado de Direito para si,

¹²¹ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.44.

¹²² Mathias Jestaedt em *A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen*. Tradução Carlos Eduardo de Abreu Boucault. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 106, pp. 13-67, jan./jun. 2013, p.51.

¹²³ SKINNER, Q. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Unesp, 2010, p.65. O importante para Hobbes em último grau é o soberano assegurar a vida do súdito e não sua liberdade enquanto arbítrio (SKINNER, Q. Op. Cit. p.118), quem defende a liberdade como primaz são os republicanos, não os soberanistas como Hobbes.

colocando-se acima dele quando necessário – a tese magistral de Schmitt do poder de exceção. Na verdade, a filosofia da História mostra que foi a soberania política que colocou o Direito na sua dependência desde Bodin¹²⁴, e depois o suprime na exceção da decisão soberana, como defende Schmitt¹²⁵. O Estado coage quem desrespeitar a norma, que é expressão formal e institucional desses valores. O problema dos valores em Kelsen indica que a estrutura de legitimação política se resolve com o relativismo, valores absolutos como a religiosidade com efeitos políticos seriam o objetivo contrário ao que Kelsen quis ao estatuir a teoria pura com um pressuposto genérico em uma doutrina política liberal¹²⁶. O formalismo da teoria pura não se vincula a um modelo específico de teoria política, qualquer regime político que opere com base em um conjunto de categorias jurídicas universais – coercibilidade, legalidade, imputabilidade, formalidade e imperatividade, pode ser considerado Direito para Kelsen.

Para Kelsen¹²⁷, se uma conduta fere a prescrição da norma ela pode qualificar-se como anti-jurídica, mas essas qualificações referem-se a determinado sistema normativo e não abstratamente a um valor “bom” ou “ruim” em si ou em relação a outro sistema jurídico.

O prescritivismo de Kelsen se insere numa tradição de jusfilosofia que remete a Hobbes e à ideia de um pensamento decisório sobre valores a partir

¹²⁴ VOEGELIN, E. *Hitler e os Alemães*. Tradução Elpidio Fonseca. São Paulo: Érealizações, 2008, p.282.

¹²⁵ SCHMITT, C. *A crise da Democracia Parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p.87, “soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção”.

¹²⁶ O jusfilósofo italiano Mário Losano em importante estudo introdutório à obra ‘O problema da justiça’ narra que em 17 de maio de 1952, em palestra proferida na Universidade de Berkeley, Estados Unidos, Kelsen admitiu sua preferência política por valores liberais de tolerância, liberdade e predomínio da verdade no sistema social. Cf. KELSEN, H. *O problema da justiça*. Prefácio e estudo introdutório de Mário Losano. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.XXXI. O fato é que desde 1929 com o texto “A essência e o valor da Democracia” Kelsen afirmou sua preferência política democrático-liberal, a fim de resolver os conflitos de valor no âmbito de uma teoria normativa da regulação desses conflitos. Cf. KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.22.

¹²⁷ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.49.

de uma perspectiva do sujeito que detém o poder. Quem detém o poder define valores e interpreta normas¹²⁸. Kelsen não está muito distante do que Schmitt projetou como fundamento da soberania política, portanto, da continuidade de uma linha hobbesiana de fundamentação do poder político em uma instância soberana de legitimação¹²⁹. Diz Hobbes¹³⁰:

Todos submetendo sua vontade à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens (...) à multidão assim unida numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*.

O que Kelsen não aceita é que o conceito de um Estado de Direito racional possa se vincular ao problema da liberdade como fundamento e que esse possa ser objetivo mediante uma justificação racional. Para Kelsen a ordem política autoritária, emanada de uma vontade inicialmente livre dos cidadãos, mas depois convolada em uma vontade dominada, ainda assim é Direito¹³¹:

¹²⁸ HOBBS, T. *Leviathan ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. Ed. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.105-106, p.165.

¹²⁹ Schmitt considerou que o normativismo de Kelsen tendia a diminuir a soberania pela defesa do parlamentarismo legalista, mas ele não percebeu que o núcleo do poder estatal foi mantido por Kelsen, isto é, o caráter impositivo do Estado sem 'liberdade crítica' como em Kant. Cf. SCHMITT, C. *A crise da Democracia Parlamentar. A Teologia Política*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p.88.

¹³⁰ HOBBS, T. Op. Cit.p.105: pela força e pelo medo o Deus Mortal (*Leviathan*) garante seu poder sobre os súditos, a fim de assegurar a paz e a defesa comuns (HOBBS, 1979, p.106). A lei escrita e publicada somente tem validade se for identificada com a vontade do soberano – Hobbes (1979, p.165) frisa a ideia de que a vontade do soberano é que determina a razão no Direito.

¹³¹ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.69.

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídicas desses Estados.

1.30 CONCEITO DE POLÍTICA EM KANT

Já o conceito de Estado de Direito implica em Kant uma vinculação à autoorganização racional da liberdade e que essa liberdade antecede o próprio Estado, não sendo mero direito político, mas direito natural (racional) se expressando enquanto direito político subjetivo. Esse é o início de uma crítica kantiana a Kelsen.

Da tripartição do direito à liberdade em Locke¹³², liberdade, igualdade e independência, Kant aproveita a mesma distinção, mas sob duas diferenças: 1- A liberdade natural é concebida como liberdade política na “Doutrina do Direito” (KANT, *RL AA 06: 226*)¹³³, capaz de fundar o mundo jurídico; 2-Essa mesma liberdade somente é capaz de agir na forma de autonomia política assegurada

¹³² LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, vol.2, p. 499.

¹³³ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.37: “As leis procedem da vontade; as máximas do arbítrio. Este último é no homem um arbítrio livre (...) Mas a liberdade do arbítrio não pode ser definida como faculdade de escolher agir a favor ou contra a lei (*libertas indifferentiae*)...Só podemos ver claramente o seguinte: que, embora o homem, como ente sensível, mostre, de acordo com a experiência, uma faculdade de escolher não só de acordo com a lei mas também em oposição a ela, com isso não pode, todavia, definir-se a sua liberdade como ente inteligível, pois que os fenômenos não podem tornar compreensível nenhum objeto supra-sensível (como o arbítrio livre) e que a liberdade nunca pode consistir em que o sujeito racional possa escolher também em contradição com a razão (legisladora)”. A ideia de liberdade racional vinculada à lei, em Kant, implica que a ideia de liberdade política que também é racional e se relaciona ao Estado, só é livre mediante leis, mas a escolha do homem de obedecer ou não à lei remete à presença de uma deliberação que caracteriza o pacto político: dei meu consentimento ao soberano para fazer a lei e ele impõe sobre mim uma vinculação a qual não posso desobedecer. Minha liberdade política significa, pois, escolher (arbítrio) entre as possibilidades que a lei em uma República por mim outorgada segundo a ideia de liberdade me concede (KANT, AA 06: 214). Se escolho com razão pura, exerço o livre arbítrio (KANT, AA 06: 213).

pela lei e completamente obedientes aos limites impostos pelo poder soberano através da lei (KANT, *RL* §47, AA 06:316)¹³⁴, que é a própria vontade legislativa do povo expressa em lei, sem desobediência civil.

A visão de Kant (*RL* §47, AA 06: 316) da liberdade exterior fundante do Direito se desenvolve como liberdade que se sujeita à lei, saindo do estado de natureza onde a função do arbítrio na escolha dos móveis (motivos) da ação não estaria sujeita à lei externa¹³⁵.

A liberdade (interna) é a finalidade do indivíduo ligada ao imperativo categórico moral. Levando em consideração o uso prático da razão de propor fins exteriores à consciência, o sujeito põe a si mesmo uma lei prática racional que limite o arbítrio do indivíduo ao dos outros, emerge a liberdade jurídica (externa), referida a querer objetos empíricos enquanto móveis sensíveis da conduta jurídica, se organizando através da razão prática jurídica na bilateralidade contratual entre os sujeitos.

O que limita o arbítrio é a lei, a qual cada um aderiu na pressuposição do pacto racional, na medida em que representa a vontade do povo no fundamento parlamentar – legislativo. O contratualismo de Kant (AA 06: 315-316)¹³⁶ se fundamenta em sua concepção do que é liberdade autolimitada, que tem como fim a paz entre os membros do Estado, que é uma reunião de pessoas sob a lei. Diz Kant (*RL* §48, AA 06: 316)¹³⁷:

¹³⁴ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 182: “O acto mediante o qual o povo se constitui em si mesmo como Estado ou, dito com maior propriedade, a ideia deste acto apenas, que é a única pela qual pode aferir-se a sua legitimidade, émo contrato originário, segundo a qual todos (*omnes et singuli*) no povo renunciam à sua liberdade exterior, para a recuperar de seguida como membros de uma comunidade, quer dizer, como membros do povo considerado como Estado (*universi*); e não pode dizer-se que o homem no Estado tenha sacrificado a um fim uma parte de sua liberdade selvagem e sem lei, para reencontrar intacta a sua liberdade em geral, numa dependência legal, quer dizer, no estado jurídico; porque esta dependência dimana da sua própria vontade legisladora.”

¹³⁵ KANT, I. Op. Cit. p.182

¹³⁶ KANT, I. Op. Cit. p.182.

¹³⁷ KANT, I. Op. Cit. p.183.

Os três poderes do Estado, estão, pois em primeiro lugar, coordenados entre si (*potestades coordinatae*) como pessoas morais, quer dizer, que uma pessoa é o complemento da outra para a consecução integral (*complementum ad sufficientiam*) da organização do Estado; mas, em segundo lugar, também estão subordinados (*subordinatae*), de tal modo que um não pode ao mesmo tempo que lhes presta assistência usurpar a função dos outros, mas possui o seu próprio princípio, quer dizer, que, se bem que ordena na qualidade de pessoa particular, fá-lo submetido à condição que é a vontade de um superior; um terceiro lugar, mediante a união de ambos, é a cada um dos súbditos o seu direito.

Destes poderes, considerados na sua dignidade, dir-se-à que a vontade do legislador (*legislatoris*), no que se refere ao meu e ao teu exteriores, é insuscetível de reparo (*irrepreensível*), a faculdade executiva do governante supremo (*summi rectoris*) é incontestável (*irresistível*) e que o veredicto do juiz supremo é irreversível (*inapelável*).

Uma primeira hipótese deve ser levantada: à soberania popular em Kant se liga uma ideia de governo que é liberal, que deve resguardar a legitimidade do pacto racional na manutenção da liberdade de todos e de cada um. E isso por sua vez remete à questão do exercício do poder. Uma tirania ou autoritarismo no Estado kantiano, mesmo que pretensamente fundamentados na razão ou na necessidade de um déspota garantidor da paz, significaria a não abertura à crítica pública, a possibilidade de ferir a lei moral e a dignidade humana e a manipulação pessoal da lei pelo soberano por atacar a publicidade, que em Kant é a forma universal de todo o Direito. Essas conseqüências feririam os princípios constitucionais (legalidade, dignidade humana e liberdade) para Kant. Tal possibilidade contrariaria a lógica contratualista kantiana da fundação na liberdade do Direito¹³⁸.

¹³⁸ Kant (AA 06:232) parte da distinção entre possibilidade do uso da força (coerção) e liberdade, para legitimar o Direito na segunda. Para uma posição liberal e contratualista em Kant seguiremos doravante a exposição dominante de Korsgaard, Rawls e Kersting, sem

Para Kant, governo como exercício do poder do Estado (executivo) e exercício do poder legislativo e judiciário devem ser separados, pois que somente num despotismo estariam juntos, num governo patriótico (republicano) tal junção é não permitida. Diz Kant (*RL* §49, AA 06: 316-317)¹³⁹:

Um governo que fosse ao mesmo tempo legislador teria de ser apelidado de despótico, por contraposição ao governo patriótico; por governo patriótico não deve, porém, entender-se um governo paternalista (*regimen paternale*), que é o mais despótico de todos (que trata os cidadãos como crianças), mas nacional (*regimen civitatis et patriae*), em que o próprio Estado (*civitas*) trata na verdade os seus súbditos como se fossem membros de uma família, mas ao mesmo tempo como cidadãos, quer dizer, de acordo com as leis da sua própria independência, de modo a que cada um possua a si mesmo e não dependa da vontade absoluta de outrem, que esteja a seu lado ou que seja superior a ele.

A razão principiológica e deontológica (finalística) que fundamenta a lei moral e esta como reguladora do Direito através de uma reflexão sobre a vinculação com a finalidade da pessoa humana (tomada como fim em si e não como meio da vontade de outrem) e o uso público da razão de maneira livre¹⁴⁰ (veja-se seção 2.4), estariam desrespeitadas num governo despótico, que seria dessa forma um governo irracional. Assim, partimos de uma hipótese inicial que no âmbito de um raciocínio kantiano de justificação do Estado um governo não igualitário, não livre ou dominante não há mais o atributo contratual que

deixar de receber contribuições a tal visão da parte de Habermas (que busca sintetizar liberalismo e republicanismo em Kant), Isaiah Berlin, Gerald Gaus, Ricardo Terra e Nozick. Utilizaremos também as ideias da professora Macarena Marey como contraponto ao positivismo, como também a posição de Höffe de diálogo com o republicanismo.

¹³⁹ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.184.

¹⁴⁰ KANT, I. (AA 08:37). Resposta à pergunta: o que é esclarecimento (*Aufklärung*) ? *In: Textos Seletos*. Tradução Floriano Fernandes de Sousa. Petrópolis: Vozes, 2008, p.66.

fundamenta o exercício do poder na ideia de uma fundamentação no acordo de pacificação mútua que erige o Estado em Kant.

Nesse ponto é que perguntamos se a possibilidade de um Direito exercido despoticamente poderia vingar no sentido de um “Direito da Razão” kantiano. Como a resposta parece vinculada ao problema de por que se deve obedecer, observamos que a ideia de legitimidade do Direito se afigura necessária em qualquer raciocínio de justificação do Direito. Observamos que o exercício do poder é igualmente importante na execução do poder do Direito, Kelsen absorve o problema da legitimidade no da validade da ordem. Diz Kelsen¹⁴¹:

o jurista positivista, quando estabelece a norma fundamental é guiado pela tendência de reconhecer como Direito objetivo o maior número possível de atos empiricamente conhecidos que devem ter como significado subjetivo atos jurídicos. Estes atos – criadores e executores de Direito – contituem a chamada realidade histórico-política. Assim, a norma fundamental significa, em certo sentido, a transformação de poder em Direito.

A idéia da razão que fundamenta a Constituição e regula o Estado e o Direito para Kant é antinômica com um governo não republicano justamente por implicar um governo em que a liberdade de todos e cada qual significa algo em termos de legitimação. Kant (*ZeF* AA 08:370-371)¹⁴² deduz um princípio da “Política Moral”, a saber, é que um povo deve reunir-se em um Estado segundo os preceitos jurídicos limitadores da astúcia da Política, mediante o cumprimento dos deveres a que esta deve seguir para atingir seu *fin último*. Os deveres de um Estado soberano consistem basicamente em seguir os

¹⁴¹ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 624.

¹⁴² KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 34-5.

princípios de uma Constituição Republicana, assegurando aos cidadãos, através do cumprimento da lei, sua liberdade, igualdade e independência¹⁴³.

Pensamos que o *fim último* de um Estado, conforme Kant se refere, é a consecução da paz entre os Estados¹⁴⁴, através da instauração de uma Constituição republicana em cada Estado. Mas para que haja em cada Estado uma Constituição Republicana é uma decisão livre dos indivíduos que o compõem¹⁴⁵, o valor da Política em um regime republicano consiste em que cada um busque seu interesse mas admita a supremacia do Estado de Direito e da Constituição. O fato de que os sujeitos busquem seus interesses, por outro lado, serve a uma concepção política liberal porque auxilia a participação cidadã na concepção de República. Diz Arendt:

A história, diríamos, é algo incorporado na espécie humana; a essência do homem não pode ser determinada; e à própria questão de Kant: “Porque os homens existem?”, a resposta é : essa questão não pode ser resolvida porque o “valor de (sua) existência” revela-se “apenas no todo”, isto é, nunca a um homem ou a uma geração de homens, visto que o próprio processo é perpétuo.

Assim, no centro da filosofia moral de Kant encontra-se o indivíduo; no centro de sua filosofia da história (ou, antes, de sua filosofia da natureza), encontra-se o progresso perpétuo da raça humana, ou do gênero humano. (Portanto: a História de um ponto de vista geral). O ponto de vista ou perspectiva geral é ocupado pelo espectador, que é um “cidadão do mundo”, ou melhor, um “espectador do mundo”. É ele quem decide, tendo

¹⁴³ KANT, I. (AA 08:350). Op. Cit. p.12.

¹⁴⁴ KANT, I. (AA 08:350) .Op. Cit. p. 12.

¹⁴⁵ KANT, I. (AA 06: 317). *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 184-185: o povo deve governar-se e constituir o poder soberano. Ele só se submete à própria legislação enquanto soberano.

em vista a ideia do todo, se, em algum evento singular, particular, o progresso está sendo efetuado¹⁴⁶.

Kant (*TL AA 06:377*)¹⁴⁷ concebe como interesses e desejos dos sujeitos as inclinações que devem ser cumpridas para se obter a satisfação da felicidade individual (KANT, *TL AA 06:377*)¹⁴⁸, mas para haver moralidade em sentido objetivo é preciso conceber a ação do livre arbítrio em conformidade com a organização racional da ideia de liberdade de cada ser humano em função de uma lei universal que expressa seu dever de querer a lei pelo motivo do cumprimento da própria lei como puro dever racional (KANT, *TL AA 06: 400*)¹⁴⁹.

Kant (*TL AA 06: 387*)¹⁵⁰ defende que todo fim tem que ser concebido como um valor pelo sujeito, Kant não explicita o termo ‘valor’, pois concebe o fim ético racional como imperativo de consciência para o sujeito atingir o bem moral. Kant (*RL AA 06: 214*)¹⁵¹ fixa a liberdade jurídica como liberdade externa no sentido de um arbítrio, escolha acerca de um objeto externo ao sujeito. Da motivação da ação por leis externas decorrem os deveres jurídicos, da motivação das ações por auto coerção interna decorrem os deveres morais

¹⁴⁶ ARENDT, H. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p.75.

¹⁴⁷ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina da Virtude*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.279.

¹⁴⁸ KANT, I. Op. Cit. p.279.

¹⁴⁹ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina da Virtude*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 314-315: “Pois que a consciência moral é a razão prática mostrando ao homem o seu dever em cada caso concreto de uma lei, absolvendo-o ou condenando-o (...) O dever consiste aqui unicamente em cultivar a sua própria consciência moral, aguçar a atenção à voz do juiz interior e lançar mão de todos os meios (o que não é, por conseguinte, senão um dever indirecto) conducentes a poder ouvir a sua voz.”

¹⁵⁰ KANT, I. Op. Cit. p. 294: “Progredir no cultivo da vontade até alcançar a mais pura intenção virtuosa, a ponto de a lei se tornar ao mesmo tempo em móbil daquelas acções conformes ao dever e obedecer-lhe por dever, consistindo nisto a perfeição práctico-moral interna.”

¹⁵¹ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.19: “Na medida em que essas leis morais se referem a acções meramente externas e à sua normatividade, denominam-se jurídicas; (...)”

(KANT, *RL AA 06: 225*)¹⁵². Assim, tem-se deveres externos para um conjunto de obrigações legais vinculam a liberdade externa e deveres internos para um conjunto de obrigações decorrentes de leis morais da razão que vinculam a liberdade interna (KANT, *RL AA 06: 226*)¹⁵³.

Haveria, assim, sempre um dever do indivíduo com sua consciência moral mesmo na relação com o Direito, mudando apenas a natureza do vínculo da consciência com o querer um objeto externo, no caso das normas do Direito, ou com as máximas da própria ação em seu significado universal, no caso da Moral. A ligação do individualismo moral com o procedimento de construção do Direito é contestada por Bernd Ludwig¹⁵⁴, na medida em que Kant não teria previsto no conceito de Direito, arbítrios coordenados em função de uma lei universal: no conceito de Direito de Kant não há referência a desejos, a qualquer concepção de felicidade ou de bem-estar; não há referência a qualquer espécie de bem moral objetivo¹⁵⁵ como orientação *a priori* ao Direito.

Para Bernd Ludwig Kant não insere um ideal moral em seu conceito de Direito, mas ele pressupõe que o arbítrio é arbítrio de um sujeito, que o limita em função de uma lei universal (KANT, *RL Iniciação § B, AA 06: 230*)¹⁵⁶.

A semântica indica que Kant utiliza o termo arbítrio (*Willkür*) vinculando ao conceito de escolha subjetiva¹⁵⁷, que implica uma decisão ou escolha do

¹⁵² KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.34-35.

¹⁵² KANT, I. Op. Cit. p.183.

¹⁵³ KANT, I. Op. Cit. p.36.

¹⁵⁴ Bernd Ludwig em 'Por que motivo o direito público? O papel dos raciocínios teórico e prático na Doutrina do Direito de Kant.' In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 449-486, 2009.

¹⁵⁵ LUDWIG, B. 'Por que motivo o direito público? O papel dos raciocínios teórico e prático na Doutrina do Direito de Kant.' In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009, p.467.

¹⁵⁶ KANT, I. Op. Cit. p.43: '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'.

¹⁵⁷ A liberdade do arbítrio é seguir os ditames razão e abdicar dos impulsos sensíveis, este é o conceito negativo de liberdade, o conceito positivo de liberdade é a faculdade da razão pura de ser por si mesma prática. Cf. KANT, I. (AA 06: 213-214). Op. Cit.p.19.

próprio sujeito, em aceitar o pacto político pressuposto racionalmente e que foi livremente acordado por todos os cidadãos de uma República. Kant confere sentido à escolha do sujeito como legitimadora do Direito através do conceito de liberdade inata, nele o sujeito político é o dador de sentido ao Estado, porque está pressuposta uma ideia da razão como anterior ao Estado (KANT, AA 06: 237)¹⁵⁸. Todo homem tem o direito de ser livre mediante a proteção de leis as quais deu seu consentimento.

O âmbito de surgimento do Direito é a própria vontade racional do indivíduo, que o projeta como uma obra da razão prática ao conectar os sentidos de fins particulares e formar uma estrutura objetiva da normatividade jurídica. Mas uma vez aceito o pacto político instaurado sob a ideia de uma liberdade racional pressuposta, ser livre juridicamente passa a significar cumprir a lei ou, no máximo, pelo arbítrio racional, escolher entre os fins que ela possibilita. Os limites da liberdade estão dentro da legalidade.

A ligação no sistema prático de Kant entre liberdade jurídica e liberdade moral tem como ponto de aproximação o conceito de vontade livre e racional, é lícito pensar no apriorismo jurídico da faculdade de ser livre como a base moral do próprio Direito, como exprimiu Salgado¹⁵⁹.

Sem a ideia da liberdade política do sujeito como possibilitadora de um contrato ideal racional Kant não pode soerguer seu sistema político-jurídico. O fim do Estado é a própria manutenção dessa liberdade que pressupostamente

¹⁵⁸ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.56.

¹⁵⁹ Unificamos o conceito de moralidade ao de liberdade, isto é, se o sujeito é livre moralmente ele pode escolher viver em um Estado, mas pela própria moralidade (liberdade) ele não é obrigado, portanto, a aceitar a tirania desse Estado que para ele se tornaria ilegítimo, podendo propor reformas como coloca Kant (AA 06:340, § 52 RL). SALGADO, J.C. *Revolução e reforma no caminho da Constituição*. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009, p.66. Essa unificação prática – operacional no âmbito jurídico, entre moralidade da vontade e liberdade política, todavia, não afeta a distinção kantiana entre dever de virtude e dever jurídico, diz Kant (TL, AA 06: 383): “O dever de virtude difere do dever jurídico essencialmente no seguinte: em que para esse último é possível uma coerção externa, enquanto que aquele se baseia somente em um autocoerção livre.” Cf. KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina da Virtude*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.288.

fundamenta o contrato originário de criação do Estado. Diz Böckenford sobre Kant ¹⁶⁰:

La vinculación de la democracia a la libertad se establece a través del concepto moderno de libertad, que incorpora la referència a la libertad subjetiva como autonomía de los individuos(...) El individuo, como señor de si mismo, ha de ser tambien su próprio legislador: no asume (heterónomamente) límites para su acción por parte de un poder o autoridad ajenos, sino que se los da (autónomamente) a si mismo (...)

Esta idea de libertad está ya presente em la teoría del contrato de sociedad y de gobierno, tal como fue desarrollada em el marco de la teoría del Estado del Derecho racional (....) El Estado surge solo a partir de la decisión de las voluntades de tales individuos, determinadas por criterios de razón y de adecuación a fines (...)

Para este concepto de libertad, la democracia aparece como la forma del dominio político que se adecúa a la libertad: de acuerdo con la Idea de autonomía que se formula em la época moderna, el orden vigente es creado por aquellos que se encuentran sometidos a él. La democracia puede aparecer así como mediadora entre la permanencia del dominio político, esto es, entre la existencia de relaciones de subordinación, de mando e obediência, y el principio de la libertad individual y de la autodeterminación.

En este contexto se hace patente cómo la democracia moderna tiene sus raíces y sus componentes básicos em el individualismo liberal. Así lo pone resuelta y claramente em manifiesto la exigência categórica de la razón propuesta por Kant: que lo próprio del conceito de ciudadano es que “no tenga que obedecer a otra ley que a aquella a la que ha dado su asentimiento”, em cuanto esta idea pueda haber sido entendida originalmente em um sentido transcendental. Es esta

¹⁶⁰ BÖCKENFORD, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p.76-77.

*ideia la que ha dado al movimiento político liberal del siglo XIX su pathos y na impulsado su tendecia hacia la democracia*¹⁶¹.

Para Rawls, por outro lado, Kant ainda se insere em uma tradição de grandes valores- liberdade, autonomia, laicidade, ficando aquém do próprio pluralismo com um ‘liberalismo abrangente’. Rawls assevera que o liberalismo deve ser tomado como razoável¹⁶² e não como racional, como em Kant. A ideia do “liberalismo político” rawlsiano não trabalha com doutrinas racionais abrangentes, mas doutrinas razoáveis que podem se comunicar no foro da razão pública, que é o tribunal constitucional.

Na teoria de Rawls o razoável é uma aplicação da razão prática em vista do bem, e a razão pura kantiana seria a aplicação da razão por princípios lógicos abrangentes – Kant não teria o critério de equidade, o qual Rawls retoma do pensamento moral aristotélico.

Uma tese republicanista sobre Kant poderia dizer o contrário, não vincular Kant a uma “axiologia liberal”. Todavia, a partir de uma visão moral da individualidade, Kant se propõe a realizar a função crítica da razão no âmbito do uso do entendimento dos indivíduos. Acreditamos que tal uso prático da razão como crescimento do poder reflexivo somente é possível na democracia liberal, pois para Kant só há liberdade política com o uso da razão em uma República não-despótica¹⁶³.

¹⁶¹ BÖCKENFORD, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p.92, disse que Kelsen defendia um modelo de democracia majoritária, valorizando o voto quantitativo do povo em questões eleitorais de representatividade política, o que complementa da democracia liberal kantiana.

¹⁶² RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.15.

¹⁶³ Wolfgang Kersting em *Política, liberdade e ordem. A Filosofia Política de Kant*. In: GUYER, P.(Org.). *Kant*, Aparecida, Ideias & Letras, p.409-439, 2009, levanta a hipótese de que se um governo republicano racional não agradaria a Kant, a ideia da razão presente em uma república despótica comandada por decisões de um soberano racional seria suficiente para um ideal republicano em Kant. Isso poderia ser pensado como plausível, mas a nosso ver feriria o fundamento da liberdade política individual como continuidade do fundamento contratualista e de democracia autonomista que deve perdurar para exprimir a coerência do modelo político de Kant.

Para Kant o uso da razão indica a capacidade de pensar do ser humano e essa dignidade de ser sujeito se expressa no uso da faculdade de julgar por conta própria, no fato mesmo da sua dignidade abstrata de julgar pelo qual é reconhecido como ser racional está o valor da pessoa, Kant (*KpV* AA 05: 156)¹⁶⁴ põe o fundamento do valor do sujeito na autoreferência de sua dignidade como pessoa moral racional que põe sua liberdade sob leis racionais e assim se faz autônomo, ele mesmo dá a si essas leis e as reconhece como necessárias a todo o ser racional a partir de um dever universal de conduta¹⁶⁵.

Ser um fim em si e não meio de qualquer vontade. O sujeito é o próprio valor primeiro, a teoria axiológica em Kant (*TL* AA 06: 388)¹⁶⁶ indica a pressuposição do valor do sujeito e seu esforço em prol de realizar o dever moral. A base fenomenal dessa identificação do valor do sujeito em Kant, conforme Rawls¹⁶⁷, é a boa vontade de cada indivíduo, que possui para Kant

¹⁶⁴ KANT, I. *Crítica da Razão Prática*. 2.Ed. Tradução Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.141: a personalidade humana (sua liberdade e sua independência) é portadora de dignidade frente à toda natureza. A lei moral é inviolável e nenhum homem, em virtude de sua natureza racional, pode ser meio de uma vontade qualquer, mas fim em si.

¹⁶⁵ KANT, I. (*TL* AA 06: 388). *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina da Virtude*. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.296: “pois que ninguém pode exigir o sacrifício de meus fins quando eles não são imorais. Buscar para si próprio a prosperidade não é diretamente um dever, mas pode muito bem sê-lo indirectamente: a saber, defender-se da pobreza enquanto grande tentação para os vícios. Mas então não é a minha felicidade mas a preservação da integridade da minha moralidade que constitui o meu fim e ao mesmo tempo o meu dever.”

¹⁶⁶ KANT, I. (*TL* AA 06:381). Op. Cit.p.285: “eu não posso ter nenhum fim sem o fazer meu”, isto é, sem individualizá-lo. A ética kantiana e, conseqüentemente, sua significação como faculdade política é individualista, exige de cada cidadão que possa se defender perante o próprio Estado e perante terceiros seus interesses. O fim moral é uma autodefesa, sem isso não teria sentido o mundo dos deveres morais como exercício da liberdade. O que o republicanismo obsta é: a liberdade de todos numa República é o cumprimento dos deveres comuns como fins racionais constitucionais, mas isso não seria incompatível com a liberdade enquanto arbítrio em prol da própria felicidade e perseguição dos próprios interesses até quando não usurpem direitos alheios ou a lei moral, portanto, até quando compatível com a liberdade externa de todos e com a autonomia e dignidade de outrem. Não podemos buscar nossa felicidade sem reconhecer primeiro que somos obrigados a cumprir nossos deveres (KANT, AA 06:386), mas por outro lado ninguém pode limitar meus fins (individuais) se são morais (KANT, AA 06:388). Rawls esclarece que para Kant “a conjunção sistemática características de um reino dos fins emerge quando todas as pessoas razoáveis e racionais tratam a si mesmas e aos outros com tais, e portando como fins em si mesmas”. Cf. RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.240.

¹⁶⁷ RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.179.

um valor em si mesma, independentemente de um uso em termos de utilidade para outrem, como concebia Hume. Expresso como liberdade moral, o valor do sujeito é um valor individual, uma consideração racional universal sobre si mesmo que pela autoreflexão racional-prática funda as razões de fundamentação do imperativo categórico moral e no aspecto político se apresenta como liberdade inata pré-civil¹⁶⁸.

Kant conclama a autonomia do sujeito como uso do próprio entendimento para a coragem de saber, coloca na função crítica da razão individual a crítica sobre a perspectiva política, e também que ninguém pode obrigar outro a ser feliz a seu modo, o que constitui um corolário do direito à liberdade enquanto princípio republicano (KANT, *TP* 08: 290).¹⁶⁹ Mas saber se essa autonomia individual se transformará em acordo externo acerca do que é o bem comum em um sentido republicano e, portanto, constituirá um Estado de Direito que assegure não apenas a segurança e a liberdade, mas o bem coletivo é algo que não está garantido. Nada assegura a prioridade do bem comum em uma República, mas todos os atos devem convergir para o domínio do Direito – para Kant existe uma clara prioridade do justo sobre o bem, ao contrário de Rousseau. Sem um Estado de leis jurídicas dominante, assegurado coercitivamente, a sociedade retrocederia à guerra de todos contra todos, quebrando o pacto político. O bem comum em Kant não é um valor

¹⁶⁸ Para Tosel (1990, p.134-135) a fundação do Direito é uma categorização racional da liberdade sem consideração de conteúdo (substancial-material) moral, este só é levado em consideração quando a razão prática interpreta as normas decorrentes do pacto jurídico. Somente o respeito ao indivíduo livre é o valor inicial e fundante do Direito. Cf. TOSEL, A. La fondation de la catégorie juridique chez Kant. In: *Cahiers Eric Weil*. Interprétations de Kant. QUILLIEN, J.; KIRSCHER, G. (Orgs.). Paris, p.128-148, 1990. Para Simone Goyard-Fabre em *Essai de critique phénoménologique de droit*. Paris: Klincksiek, 1972, p. 299-309, o ideal de normatividade de Kelsen se constrói a partir de uma ilusão da subjetividade, uma projeção ficcional da normatividade como uma interpretação subjetivista, uma referência ao pensamento solipsista sobre o Direito sem refletir sobre a própria experiência do pensamento jurídico (GOYARD-FABRE, 1972, p.307) – ao repudiar a metafísica da moral com um *horreur de la métaphysique*, Kelsen retirou toda base real para o Direito, tornando-o imaginário e psicológico (GOYARD-FABRE, 1972, p.309).

¹⁶⁹ Kant, I. *En torno al tópico: "tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la practica"*. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.27.

prévio a toda estrutura política contratual, mas apenas uma posição de justiça contratual fundamentada na autonomia. Caso contrário, interpretar-se-ia o *justo político kantiano* em um sentido *substancial* e não *procedimental*. Para Rawls,

A ideia de Kant de autonomia exige que não exista nenhuma ordem moral anterior e independente das concepções que determinam a forma do procedimento que especifica o conteúdo dos deveres de justiça e de virtude¹⁷⁰.

Uma visão de bem comum anterior ou guia (fim) do Estado perfaz a ideia de uma ética de fundo que se coloca como não autonomista e racional-prática e assim kantiana, porém virtuosa e eudamonista¹⁷¹. O sistema kantiano se direciona por um conceito de justiça (defesa da igualdade e liberdade), não tratando como Kelsen a justiça simplesmente como questão pré-jurídica (relativa e subjetiva) ou legalmente posta na validade do sistema de normas¹⁷². A justiça, enquanto expressão da liberdade e da igualdade em Kant, é meio de legitimação do Direito e forma de existência do Estado, no sentido de que se o exercício do poder jurídico pelo Estado não for assegurado da liberdade e da

¹⁷⁰ RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.272.

¹⁷¹ O caráter apriórico ao Direito da liberdade política kantiana, uma liberdade inata fundante do Direito, leva a se pensar que o problema da igualdade de todos os cidadãos em uma República enquanto membros e co-fundadores, é um problema ético-político básico de qualquer sociedade moderna e indica que Kant optou por uma igualdade formal e Rawls por um igualitarismo liberal com garantias à população. Mas essa interpretação não deve ser absolutizada, porquanto em Kant também existem mecanismos de uma eticidade jurídica aplicando o princípio da justiça *cuique sum tribuendi* previsto na *RL*. Cf. A discussão de Guyer sobre uma doutrina de ajuda aos pobres em Kant a partir das posições elencadas por Delamar Volpato Dutra em "Propriedade e ajuda aos pobres na doutrina do direito de Kant". In: BORGES, M. de L.; HECK, J. (Orgs). *Kant: Liberdade e Natureza*, Florianópolis, Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, 2005, p. 71-97, onde se defende que o auxílio aos pobres contribuiria na manutenção do sistema de propriedade de Kant por evitar o esbulho aos proprietários por parte dos pobres se o Estado garantisse a mínima subsistência econômica àqueles.

¹⁷² Para Kant justiça é uma obra da razão e do discurso, que é produto da razão pura prática, como frisa Korsgaard: a justiça depende da normatividade enquanto produto de procedimentos discursivos e racionais de construção de um discurso sobre igualdade e liberdade juridicamente instituído pelos cidadãos enquanto formadores da vontade geral. KORSGAARD, C. "Tomando a lei em nossas próprias mãos". In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 527-562, 2009.

igualdade não será um Estado legítimo, mas isso uma vez estabelecida a justiça pública por leis votadas em um parlamento livre, e não por uma aceção substancial de justiça *a priori* ao Estado. A ideia da justiça como o objetivo de assegurar a liberdade e a igualdade será a finalidade de um Estado de Direito e sua interpretação constitucional, e não a ideia de um Estado de Direito que se baseia em uma justiça substancial ética, isso não está previsto em qualquer parte da *RL* e se trata de um objetivo procedimental da *ZeF*, *uma finalidade que dependerá essencialmente de como se interpreta a Constituição na relação entre ética e Direito* (KANT, *ZeF* AA 08: 370)¹⁷³, o que é um problema de Direito Público, de como se apresenta numa República a ética pública acerca da interpretação de princípios jurídicos (KANT, *ZeF* AA 08: 372)¹⁷⁴ a fim de se constituir uma *política moral*.

A adoção por Kant do ideal da razão crítica é de fundamental importância para sua ideia do Direito como campo normativo: é o exercício da razão que assegura a formação transcendental do contrato político, no horizonte de concessão de fundamento racional para a anuência política de conceder legitimidade ao Direito, podendo-se, dessa forma, produzir Direito válido. O sentido apriórico do direito inato é um momento de pré-contratualidade que se apresenta como horizonte de fundamentação argumentativa (uso racional da liberdade) de um sistema de normas por uma dada comunidade de sujeitos racionais que podem entrar em acordo entre si. Assim, uma possível institucionalização de padrões de comportamento racional com base em normas pode servir de base à construção do Direito.

A razão para Kant deve ser utilizada de uma forma subjetiva e crítica possibilita a institucionalização dos princípios do Direito a partir do uso da razão para gerar a forma jurídica pública, isto é, a ação jurídica autorizada pela lei jurídica, centralmente no que for autorizado e conforme à Constituição Republicana.

¹⁷³ KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.34.

¹⁷⁴ KANT, I. Op. Cit. p.36.

Para Kant o acordo de vontades que gera o Direito é uma ideia reguladora da vida social decorrente do uso prático da razão. Seu manuseio é uma aplicação da racionalidade teórico-prática que opera mediante princípios interpretando a Constituição. O conceito de política de Kant, assim, é de um republicanismo liberal e constitucionalista: a Política é a arte de defesa dos interesses dentro de um paradigma jurídico republicano na perspectiva de que ocorra uma racionalização do conflito de interesses, onde a Política possa ser moralizada¹⁷⁵, ou seja, adaptada ao Direito¹⁷⁶. A busca de uma “sociedade civil que administre universalmente o Direito¹⁷⁷” seria o ideal de um Direito Cosmopolita produto de uma federação de nações cujo objetivo seria o da pacificação internacional (KANT, AA 06: 311)¹⁷⁸.

Nossa hipótese, assim, indica que o pensamento kelseniano e sua pureza metódica na construção do sistema de normas destitui o sujeito político da função constituinte do conteúdo das normas, estatuída por processo racional de escolha e construção (uso público da razão) de discursos públicos. Por seu lado, o pensamento de Kant (§44 *RL*, AA 06: 312)¹⁷⁹ estabelece um construtivismo discursivo de normas jurídicas e um contratualismo na base da formação do Direito¹⁸⁰.

¹⁷⁵ KANT, I. (AA 08: 370). *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p.34-5.

¹⁷⁶ KANT, I. Op. Cit. 34.

¹⁷⁷ KANT, I. (AA 08: 22). *Ideia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita*. Cito tradução de Rodrigo Naves; Ricardo Ribeiro Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.10.

¹⁷⁸ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.176.

¹⁷⁹ KANT, I. Op. Cit. 176-177.

¹⁸⁰ KORSGAARD, C. “Tomando a lei em nossas próprias mãos”. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 527-562, 2009.

1.4 DIRECIONAMENTO DA RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE E POLÍTICA NA ESTRUTURA DO ESTADO KELSENIANO, PRESSUPOSTOS CRÍTICOS KANTIANOS A KELSEN

Para Hans Kelsen, em sua 'Teoria Pura do Direito' o pressuposto transcendental do Direito é a norma hipotética fundamental, não histórica e não empírica. Kelsen, todavia, constrói a idéia da razão como possibilidade da lógica transcendental dentro das lições da 'Escola de Marburgo'¹⁸¹, e toma a N. H.F. como pressuposto lógico-teórico de concatenação de todo o Direito, a qual funda a estrutura de toda e qualquer ordem jurídico-positiva e fundamenta a validade e a legitimidade do ordenamento jurídico. Para Kelsen o Direito é um conjunto organizado de normas com validade lógica e formal. O Direito deve ser interpretado com um sentido de promover a segurança da sociedade através da estabilização da ordem.

Em Kant, *a fundamentação do Direito está na construção da ideia da razão*¹⁸² *da liberdade anterior ao Estado como direito inato. Se para Kelsen há um pressuposto a todo Direito positivo, que é lógico-transcendental, é a organização normativa por uma ideia coercitiva legitimadora (norma hipotética fundamental). Para Kant, a liberdade é o princípio constitutivo do Direito, e a norma é um princípio gnoseológico. Esse é o cerne do Direito positivista kelseniano: a coisa em si do Direito é a própria norma, não a liberdade que a pês.*

O sistema jurídico da forma como concebido por Kant resguarda o sujeito político das intempéries históricas de um autoritarismo ocasional, pois a intangibilidade da liberdade individual é uma exigência ao Estado, um direito cosmopolita e um valor político (finalidade) para os Estado pactuantes, os quais

¹⁸¹ LIMA, N. O. *Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009, p.55.

¹⁸² MAREY, M. Las críticas de Kant ao modelo teórico del estado westfaliano. *In: Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, vol. XVIII, jul.-dez. de 2011, p.1-18.

se desrespeitarem o *jus cosmopolitanum* podem ser punidos como inimigos justos pelas instâncias internacionais. No âmbito da soberania interna, Kant segue Hobbes e prima pela unidade do Estado e a pacificação pela força, caso necessário. Kant pode coordenar, do ponto de vista do Estado, a iniciativa integradora entre o exterior jurídico coercitivo e o interior subjetivo privado, livre e autônomo moralmente. A solução de Kant é que o Direito ao propor fins universais externos impõe deveres de proteção à liberdade individual para todos os Estados que compactuarem com o *jus cosmopolitanum*, e põe limites ao poder, à política, que, se não fosse limitada e processualizada racionalmente nas instituições, faria com que as pretensões de poder destruíssem o próprio Estado e a sociedade.

Os valores para Kant são concebidos em uma esfera de escolha pessoal de desejos e inclinações para depois se expressarem no espaço público de comunicação (esfera da liberdade de expressão pública) em objetos discursivos, construídos coletivamente pelo uso público do entendimento dos sujeitos capazes de entrar em entendimento entre si. O projeto kantiano de avaliação e controle da Política (modelo de Estado republicano na *RL* e a 'Política Moral' na *ZeF AA 06:370-372*¹⁸³) desdobrou-se na construção histórica da institucionalização de uma instância política moral universal que parte do consenso de uma federação de nações para garantir coerção ao desrespeito pela pessoa humana, o que se expressa nas instituições jurídicas internacionais : ONU, Tribunal Penal Internacional.

Resumindo, portanto, os pontos centrais em que se pode criticar a identidade Estado-Direito em Kelsen, tem-se:

1. Em Kant, é lícito se pressupor uma base moral para os valores e normas jurídicas; assim, o próprio valor moral da liberdade e dignidade humanas, bases da teoria moral

¹⁸³ KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 34-5.

kantiana, são norteadores da ação estatal¹⁸⁴; o Estado fundado na própria normatividade e seu processo de produção de normas, como concebe Kelsen, não assegura a publicização dos valores constantemente exercida pelo cidadão como fonte de uma moralidade política democrática; o cidadão há de poder questionar o Estado, mantendo a soberania deste, todavia; a solução de Kant é radicalmente democrática em relação a Kelsen: reconhecer os valores da moralidade (liberdade, autonomia e igualdade) como fins a partir dos quais o poder de feitura de leis será exercitado discursivamente pelos representantes do povo na possibilidade de criticar as formações postas para o Estado republicano constitucional e democrático. A base da democracia em Kant é, pois, a utilização pública do entendimento dos indivíduos em busca da construção da legalidade, o que legitima a feitura das leis como forma universal do Estado de Direito.

2.O Estado em Kant é, assim, legitimado pelo procedimento que constrói valores republicanos, quais sejam: independência, igualdade e liberdade¹⁸⁵. Por outro

¹⁸⁴ A sociedade se forma pela união de um conjunto de pessoas para um fim comum, proclama Kant em *TP* (AA 08:289): lança a fórmula de um princípio de anti-paternalismo, individualismo e liberdade política. Na *TP* (AA 08:290) proclama: "*Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal (esto es, coexistir con ese derecho del otro).*" Cf. KANT, I. Cito tradução de Roberto Rodriguez Aramayo; M. Francisco Perez Lopez: *En torno al topico: "tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica."* Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.25-27.

¹⁸⁵ O Direito é sub-classe da Moral, mas pode não ser cumprido moralmente. Ele é aberto ao arbítrio (escolha) no cumprimento de obrigação jurídica, pois o motivo interno não interessa se o fim jurídico decorrente da norma foi efetivado pelo sujeito obrigado, só vinculando a conduta mediante o exercício possível da coerção estatal pelo não cumprimento da obrigação legal, conforme o dever jurídico decorrente da lei (pública), emanada da vontade geral. O limite e o modo da coerção ao sujeito descumpridor da obrigação jurídica também é definido em lei, só

lado, o Estado em Kelsen se fundamenta na legitimidade da força como garantia da validade normativa; não é um Estado de valores, mas avalorativo de antemão. O republicanismo de Kant implica no trabalho constante da razão pública (exercitada nas instâncias do voto formal e da produção dos discursos, meio jornalístico, meio acadêmico) como fator de direcionamento e crítica da ação estatal – tal doutrina kantiana influenciará os teóricos do procedimentalismo constitucional, que defendem que a interpretação da Constituição deve ser realizada predominantemente no âmbito de um espaço público democrático pelos cidadãos instrumentalizando ações perante os tribunais constitucionais (Rawls) ou em manifestações comunicativas públicas em prol de ideais políticos (Jürgen Habermas). Outra linha de interpretação da constituição seria a da democracia direta¹⁸⁶, que defende a participação do povo na gestão estatal através de mecanismos ampliadores dessa participação democrática como plebiscitos sobre questões de interesse público, ou de quem busca meios de participação deliberativa não

há pena se for prevista em lei. Cf. ALMEIDA, Guido de. “Kant e o princípio do Direito”. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 449-486, 2009, p.367ss. Se o princípio do Direito é formal e parte somente da adesão do sujeito, como se construir valores pelas instâncias políticas da sociedade, e se esses valores, possivelmente coletivos, podem assegurar a liberdade e a democracia (república) em Kant? Essa pergunta conduzirá nossa investigação sobre Kant na tese e em função dela se erguerá a argumentação crítica a Kelsen, no sentido de mostrar a necessária radicalização do Direito em Kant até atingir um nível de liberdade política plenamente desejável numa República constitucional, que é o fim de todo o Direito para Kant. Em *TP* (AA 08:290) Kant nos coloca um ponto de partida interessante para conduzir o debate sobre a República: ela deve ter em vista a independência, a liberdade e a igualdade dos cidadãos. Cf. KANT, I. Cito tradução de Roberto Rodriguez Aramayo; M. Francisco Perez Lopez: En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudio preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.27.

¹⁸⁶ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996, p.208.

plebiscitária através de uma participação popular na fiscalização cívica do processo judicial constitucional (Carlos Santiago Nino)¹⁸⁷.

3. Kant coloca a legitimidade do Estado no respeito à liberdade individual, acima da validade das leis, não para negá-la, mas para direcioná-la em um sentido republicano (KANT, *RL* §52, AA 06: 340¹⁸⁸). Kelsen definiu o Direito como ordem coercitiva, frisando o elemento ordenativo-legal sem fundamentar na ordem moral ou diretamente na ordem democrática sua legitimação, fundamentando-a como teoria democrática desvinculada da teoria pura do direito em 'A Essência e o Valor da Democracia' em 1929¹⁸⁹, Kelsen apenas diz que a democracia necessita da autolimitação através do princípio da legalidade e do controle jurisdicional. Para Kant, assim como para Habermas e Rawls, a legitimação é pré-requisito da validade, assim, só existe como fundamentar o Direito a partir de sua ideia do contrato que visa preservar a liberdade política. O que Kant prevê é que mesmo um governo despótico que exercesse poder sobre o Direito, poderia se tornar democrático pelo reformismo constante. Kant discute o fundamento da legitimidade para o Direito, e nesse sentido é possível referir seu pensamento sobre a democracia através da discussão sobre sua postura contratualista e liberal-republicana.

¹⁸⁷ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996, p.208. p. 206: plebiscitos podem ser manipulados por facções políticas, como fizeram Pinochet e Hitler. Pluralismo não significa democracia direta (NINO, 1996, p.204).

¹⁸⁸ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.222.

¹⁸⁹ Texto de Kelsen condensado na obra *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.84.

4. Em verdade, Kelsen erige uma teoria positivista do Direito, dentro do Estado soberanista (na acepção hobbesiana), que se impõe pela coerção como garantidor da segurança para o indivíduo; por isso não aceita resistências a suas ordens. Kant também propugna por um Estado soberano que assegure a coercibilidade, a imposição da lei e a soberania interna e externa. Todavia, Kant parte da pressuposição de um direito inato à liberdade que necessita da institucionalização como mecanismo de construção do Estado de Direito. Nessa medida em que funda na liberdade interna do sujeito a base do cumprimento da lei, seja moral ou jurídica. Assim, o Estado para Kant pode ser dominado por uma autoridade política que se mantenha soberana, mas dentro da lei jurídica, sendo esta vinculada à *liberdade inata* de cada cidadão que a funda (Introd. da *RL*¹⁹⁰). A obrigação de qualquer Estado é de se republicanizar para garantir a liberdade, independência e igualdade dos cidadãos. O conceito de justiça kantiano é a busca da consecução na sociedade da liberdade e da igualdade¹⁹¹ construída através dos procedimentos de fixação de normas jurídicas.

5. Por fim, Direito e Estado não são unos em Kant como em Kelsen, para quem a força e a ordem se igualam e se garantem. Para Kant, há uma ordem jurídica que se funda na liberdade inata e da construção racional na *RL* decorrente do sistema de direitos subjetivos, inclusive a igualdade e a liberdade jurídica, nas dimensões de

¹⁹⁰ KANT, I. (AA 06: 237) *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.56.

¹⁹¹ HABERMAS, J. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p.112.

expressão, de participação. Assim, a finalidade do Estado, enquanto ordem de coerção é assegurar a liberdade e o sistema de direitos subjetivos naturais dela decorrente. A remissão a um 'liberalismo crítico' contra um possível autoritarismo, é uma consequência política do pensamento kantiano; só há Direito porque há liberdade; a função do Estado é organizar a coerção e a lei em função dessa ordenação jurídica da liberdade num sistema constitucional, democrático e republicano. A defesa da dignidade humana é assegurada plenamente quando a própria pessoa humana, na linguagem política kantiana, o cidadão livre pode exercitar uma "liberdade crítica" perante o Estado. A ampliação proposta na presente tese da função do sujeito político em uma República constitucional significa que o indivíduo deve ampliar sua participação crítico-jurídica, fortalecendo o núcleo de liberdade no qual se lastra o Direito em Kant, contra a prioridade da ordem normativa kelseniana que não assegura a liberdade antes do Estado nem a Política através do Direito, mas dominada pelo Direito estatal, o que pode ameaçar a democracia.

Em Kelsen, é o Estado que concede direitos ao sujeito: todo Direito é público, não há direito subjetivo a não ser o reconhecido pelo Estado. Já o sistema de direitos subjetivos kantianos (liberdade, posse) é uma ordem racional e natural aquém do Estado, que se forma por um contratualismo com justificação racional, no sentido de que o homem cede parte da liberdade natural, porque mantém o direito à liberdade inata, e funda o Estado como ordem coativa cujo núcleo é a defesa dos direitos à liberdade inata, e da posse do estado pré-jurídico, juridicizando-a.

Discutir a legitimação do Direito e não apenas sua validade como faz Kelsen é necessário diante do fato do pluralismo dos valores e das perspectivas morais ser o problema básico da Filosofia Política¹⁹², e se Kant tem como ideal da razão a proteção da autonomia, o conteúdo dessa autonomia deve ser analisado como fundamento pré-jurídico do Direito kantiano. Seguimos a linha de problematização traçada por Gerald Gaus¹⁹³ como base para a investigação do pensamento contratualista e liberal. Para proteger a liberdade, o indivíduo é protegido pelo Estado e não o contrário, isto é, o Estado é o fim do indivíduo como em Kelsen. Kant, todavia, não é coletivista no sentido de um “eudamonismo” estatal, um Estado de ‘bem-estar’ providencial. Proteção ao cidadão para ele é que o republicanismo precisa de uma base constitucional que é votada pela democracia eletiva (representativa) e as leis protegem o cidadão do arbítrio.

Kelsen se opôs ao sistema de direitos subjetivos de Kant porque ele defende que aqueles são concedidos pelo Estado – Kelsen também não se pronuncia sobre o sujeito crítico na democracia porque se compromete com a tese da vinculação originária entre Direito e Estado. Kant, com a ideia de uso público da razão faz muito mais pelo pluralismo. O ataque ao estatismo kelseniano desvincula o Direito (liberdade inata que gera a liberdade política e o contrato político) do Estado (coerção organizada para aplicar a lei) para retomar-se o fortalecimento da capacidade crítica e jurídica do sujeito. Assim, pode-se pensar com Kant as condições de possibilidade para a democracia participativa.¹⁹⁴ A concepção kelseniana de estrutura formal universal do Direito através do Estado, Direito como coercibilidade, imperatividade, legalidade, a

¹⁹² GAUS, G. *The order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a diverse and bounded world*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 49.

¹⁹³ GAUS, G. Op. Cit. p.15.

¹⁹⁴ MEDINA, J.G. La ciudadanía en Kant. In: *Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J. G. (Orgs.). Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007, p. 46, coloca que Kant sintetizou em seu modelo de cidadania os ideais liberais de autonomia individual e defesa de direitos individuais e os ideais republicanos de autonomia pública como democracia participativa. O modelo de Kant, assim, seria liberal-republicano quanto à participação do cidadão na esfera pública. Retomaremos a discussão na seção 3.2.

unidade do sistema de normas através da *Grundnorm* justifica uma descrição científica do Direito. Mas as características não são compatíveis com os projetos de legitimação do modelo de Estado kantiano. Todavia, Kelsen não possui uma teoria da contestação do poder político nem uma defesa racional da liberdade política. Somente com Rawls em “Uma Teoria da Justiça”, 1971, se voltará a construir o elemento de publicidade democrática como contestação, exatamente pela introdução do neocontratualismo político, apregoando a função ativa da sociedade civil na produção de direitos subjetivos contra o Estado – o contratualismo com base na liberdade política crítica, como defendido na linha proposta na tese, implica na proposição normativa pelo cidadão contra o próprio Estado se preciso para afirmar a cidadania contestatória, porque o Estado é meio e não fim da sociedade. Não se pode igualar Direito e Estado porque a liberdade antecede o Estado, e a melhor formulação dessa proposição pode ser a de Kant ao defender a liberdade como direito inato, anterior ao Estado.

Contudo, essa “apropriação democrática” de Kant deve ser bem lida, não se pode deixar de frisar que a soberania estatal repousa em sua legitimidade parlamentar, enquanto função de representação política da vontade do povo. Todavia, não se pode deixar de considerar, exatamente para legitimar a República constitucional kantiana, o construto neo-kantiano (rawlsiano) da ideia de um órgão protetor da própria Constituição¹⁹⁵.

Desde os federalistas norte-americanos, se concebeu a necessidade de uma qualificação do debate democrático com um órgão protetor da Constituição e uma atividade de controle judicial da legalidade - isso Kant já previu na ideia de um uso público da razão pelos sábios ou a todos que

¹⁹⁵ RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 203; RAWLS, J. *O Direito dos povos*. Seguido de *A ideia de razão pública revisitada*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 173ss.

pudessem fazer uso da razão com a possibilidade de, através da educação, os cidadãos se tornarem aptos ao uso de uma razão esclarecedora (seção 3.2).

Na linha de Rawls, a ideia de jurisdição constitucional representa a chancela racional de um debate qualificado em torno da proteção da própria lei maior de um povo. Por isso, deixar que o Executivo a limite é desconstituir uma garantia central da Democracia Constitucional: a ideia de uma ilimitação do parlamento é tão estranha que se pode dizer que o povo ficaria sem mais instrumento de controle (o judiciário constitucional) sobre aquilo que ele não faz diretamente, que é a construção da lei, que ele delega ao parlamentar. O que Kant frisa é a autonomia do cidadão em relação ao Estado pelo resguardo da “autonomia privada liberal”, mas igualmente o fortalecimento institucional e a aplicação normativa de acordo com a Constituição republicana. Isso é compatível com a ideia de uma ampliação do controle de constitucionalidade, como Habermas, Dworkin e Rawls defendem.

Repropor a partir de Kant a dimensão crítica da liberdade política individual como cerne da legitimação do Estado de Direito implica uma construção que leve em conta o controle do cidadão sobre as leis, o que na doutrina jurídica atual se chama de controle de constitucionalidade e consiste em uma análise pelos tribunais constitucionais da compatibilidade com a Constituição de um determinado diploma normativo. Quem projetou o modelo mais aceito de controle de constitucionalidade na atualidade foi Hans Kelsen, no âmbito das discussões sobre a Constituição da Áustria de 1920¹⁹⁶. A Corte

¹⁹⁶ KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.5. O modelo difuso de controle de constitucionalidade, no qual via de regra qualquer magistrado exerce a atividade de interpretação da Constituição e de declaração de inconstitucionalidade de atos legislativos considerados incompatíveis com a Constituição, foi delineado a partir da experiência judicativa da Suprema Corte norte-americana a partir do caso *Marbury versus Madison* de 1803, onde pela primeira vez a Suprema Corte declarou a nulidade de um ato legislativo por considerá-lo incompatível com a Carta Magna dos EUA, sendo a primeira vez na história em que um tribunal declara a si mesmo competente para o controle de constitucionalidade, a partir desse caso criou-se a tradição de controle de constitucionalidade pelos juízes norte-americanos. No modelo concentrado de controle de constitucionalidade, que foi proposto por Kelsen, é o tribunal constitucional o detentor exclusivo da atividade interpretativa em caráter definitivo da Constituição, as ações judiciais declaratórias de

constitucional tem a função primordial, para Kelsen, de proteger a Constituição contra atos ilegais que a firam, assegurando principalmente os direitos fundamentais previstos na norma constitucional¹⁹⁷.

O foco desse modelo é precisamente o fato de que se tenham tribunais especializados em julgar apenas matéria constitucional. Kelsen pensou que se um tribunal centralizasse a análise da constitucionalidade das leis poderia fazer com que a distinção entre lei geral e lei constitucional não ficasse à mercê de um entendimento particular, mas fosse feita com base em um critério objetivo de supralegalidade, que é a aplicação pelos tribunais constitucionais dos princípios e normas previstos na Constituição. Esse modelo difere do modelo constitucional de Kant, porque ele concebe uma dinâmica normativa do Estado de Direito que prima pela operacionalização prática dos princípios constitucionais, que são o núcleo do sistema legal. O Estado de Direito, para Kant, é constituído por princípios constitucionais que o fundam e garantem sua unidade normativa. A previsão de um poder judiciário por Kant carece de uma função mais específica em julgar os casos de infração à lei, como casos que atingissem o núcleo do sistema, ou seja, a própria Constituição que é a expressão principiológica do pacto político original. A questão é que Kant é um contratualista, mas não se trata de ceder toda a liberdade ao soberano, executivo ou legislativo, mas somente a que for necessária para instituir a lei (legitimidade do parlamento¹⁹⁸), ou protegê-la via judiciário. O fundamento da Constituição é a ideia racional expressa como vontade política do povo constituída como projeção da razão pública. Na perspectiva aqui adotada, de uma interpretação procedimentalista kantiana, o problema da justiça é um problema de construção pelos cidadãos de uma justiça pública. Para Kant (§44

inconstitucionalidade devem ser propostas em sua competência originária de processamento perante a Suprema Corte.

¹⁹⁷ KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.29.

¹⁹⁸ RAUSCHER, F. Minando Ouro: utilizando o Nachlaß e as preleções de Kant como fonte para sua filosofia política. *In: Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, n. 14, jun-dez, 2009, p.12.

RL, AA 06: 178)¹⁹⁹, a autonomia da razão implica inclusive um pensamento contratualista sobre a fundamentação do Direito, pois os princípios da razão e os órgãos do Estado são construídos por um processo de reflexão racional e apresentados como legalidade. Mas nada indica que a razão deve cessar de agir em um Estado de Direito; pode-se pensar o contrário, deve assegurá-lo e ampliar seu significado para o sujeito.

A questão é saber como a dinamicidade do Estado racional kantiano deve ser pensada para prosseguir com os princípios liberais da autonomia pública do cidadão e sua relação com o poder soberano, ao mesmo tempo mantendo o princípio do contrato original como unificador e regulador da existência do Estado de Direito, o que na prática significa a continuação dos compromissos assumidos constitucionalmente por um povo.

¹⁹⁹ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes*. Princípios metafísicos da doutrina do Direito. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.178.

SEGUNDO CAPÍTULO - ESTADO, DIREITO E POLÍTICA EM KANT

“Um Estado (*civitas*) é a união de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas.”²⁰⁰ Immanuel Kant.

2.1 ESTADO DE DIREITO E LIBERDADE POLÍTICA

O pensamento kantiano se aproxima do pensamento kelseniano ao concordar que a política se exerce através do Direito, mas podemos dizer que para Kant ela não se reduz ao Direito, especificamente não se reduz ao Estado. Kant, ao colocar o problema da legitimidade moral do Direito na sua construção a partir da liberdade inata mostra que a política não se reduz ao próprio processo de sua racionalização, mas mantém o sentido da liberdade política do cidadão.

Ainda que se aproximem as linhas de pensamento político de Kant e Kelsen em torno do liberalismo e do individualismo, portando do campo político de projeção de fins para o Estado, Kant trata do problema da justificação racional da coerção jurídica sobre a liberdade. Portanto, o problema da liberdade do ponto de vista jurídico-político em Kant é sua relação com o Estado, enquanto ente organizado por leis que visam garantir a liberdade e coagi-la somente quando necessário para assegurar a liberdade de todos em uma República.

²⁰⁰ KANT, I. (AA 06: 313). *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.178.

Assim, nessa segunda parte da tese vamos responder a pergunta: que é o Estado na modernidade? Qual seu sentido político de realização e porque o Estado kantiano se fundamenta simultaneamente em uma legitimação política liberal e republicana, buscando na terceira seção da tese deduzir possibilidades do próprio Direito da Razão kantiano, a fim de encontrar na própria liberdade como oposição a qualquer redução estatal da mesma o fundamento de justificação da própria existência do Estado.

O Estado de Direito na Idade Moderna concentrou a força da soberania no monopólio da violência²⁰¹. O estatuto do poder absoluto como mecanismo de construção da normatividade do Estado se justificou na proposta hobbesiana de um soberano absoluto como o agente privilegiado da simbologia autoritária que representa a unificação do poder estatal.

Aliado à simbologia do *Leviathan* como garante da segurança e da paz social, Hobbes passou a justificar o pacto através do mecanismo contratualista de racionalidade instrumental como diz Habermas²⁰², na qual cada indivíduo aderiria pressupostamente a fim de assegurar sua segurança e a paz coletiva²⁰³.

²⁰¹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.184.

²⁰² HABERMAS, J. Op. Cit. p. 183.

²⁰³ HOBBS, T. *Leviathan ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. Ed. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.105. Wolfgang Kersting em *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Ed. da PUC-RS, 2003, p.50, considera Hobbes um contratualista e individualista ao proteger o indivíduo da violência dos outros mediante a segurança concedida pelo Estado.

Com o avanço da Modernidade e diante da crise dos valores religiosos e da neutralização do Direito Natural teológico em função de um Direito constituído pelo povo a partir de Kant, segundo Lebrun²⁰⁴, fica claro que a ideia de estabelecimento de fins é imanente ao homem, a Política não seria feita pelo “artesão” platônico que integraria uma ordem jurídica cosmológica maior; a partir de Kant a filosofia política liberal pretende despedir-se do Absoluto transformar a Política em obra humana. O estabelecimento da mentalidade racionalista instrumental com a ação voltada para o esquema de meios-fins indica a decadência da era metafísica do saber e da recepção de valores teológicos com efeitos políticos²⁰⁵.

Para além da teoria política, a ideia de uma legitimação “estética” da Política, como no ideal de virtudes republicanas e humanistas de Maquiavel, o domínio da ação de legitimação do poder implicou na produção de um ideal de ação virtuosa, o príncipe de Maquiavel é o modelo de líder político dos republicanos²⁰⁶. Como disse Habermas²⁰⁷, a partir de Maquiavel a ação política torna-se virtude do soberano, constituindo os fins do Estado.

²⁰⁴ LEBRUN, G. *Kant e o fim da Metafísica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.461 ss.

²⁰⁵ LEBRUN, G. Op. Cit. p.461 ss.

²⁰⁶ GOYARD-FABRE, S. *O que é Democracia ?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.107.

²⁰⁷ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.175.

Colocamos Kant na linhagem procedimentalista e não na linhagem essencialista (substancialista) de Política, esta última pressupõe uma ordem moral que antecederia o Estado democrático e público. Porque para Kant não existem valores morais *a priori* ao indivíduo ou à comunidade. Os valores políticos e as normas jurídicas são construídas democraticamente no espaço público pela relação discursiva desenvolvida pela sociedade civil através das instituições jurídico-estatais. O viés republicano da Política defende a ideia de valores em termos de apropriação igual para todos de bens axiológicos, justiça substancial ancorada numa ordem objetiva de interesse público, moralidade pública como exigência de virtudes de governantes e cidadãos, a postura procedimentalista indicará uma visão de autodeterminação popular em torno de uma abertura discursiva com iguais condições aos indivíduos de produzirem propostas de poder.

No pensamento político de Kant não existem bens morais pressupostos, a autoconstrução da ação política dos sujeitos no Estado republicano exige apenas que eles sejam tomados juridicamente como livres, dentro do pressuposto de que cada homem é portador de uma liberdade inata, *RL*, Introd. (KANT AA 06:237). A liberdade política²⁰⁸, aspecto exterior da liberdade que pretende fins práticos, é a capacidade humana de estar em sociedade com organização política, conceder a pressuposta anuência racional ao pacto político que enquanto ideal normativo rege a sociedade sendo protegido pelo Estado Moderno.

O problema de existência de um Estado de Direito surge efetivamente quando se estabelece uma vinculação da liberdade à da autoridade legítima. A pressuposição de virtudes e valores não faz com que se possa simplesmente esquecer a ideia de uma legitimação construtiva do Estado e não imposta. Seja *a priori* na ideia de natureza humana virtuosa, ou justa, ou boa e santa, seja na ideia de uma aceitação de virtudes que se façam valer a partir de um quadro de

²⁰⁸ KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.337.

“poder ético” (jusnaturalista) que encaminhará a sociedade a um estado ideal de realização do bem comum.

A ideia de bem comum é tangível na Modernidade a partir da constatação que os projetos morais de fundamentação da obediência política religiosa é criticada por uma visão humanista de mundo e por uma visão científica principalmente a partir do século XVII. A ideia do racionalismo de intuição de verdades inatas ao espírito e a ideia do jusracionalismo protestante de uma individualidade que sem acesso a princípios naturais, justificadores da ação jurídico-política mediante o uso de uma lógica dedutiva em que o geral é aplicado ao particular, foram os paradigmas norteadores da racionalidade jurídica e política da Modernidade.

Kant, ao combater decisivamente a ética jusnaturalista metafísica (busca de um bem maior além da experiência e submissão da lei civil à *Lex aeterna*) se colocou como precursor da ideia de republicanismo, não de virtudes como o maquiaveliano, porém uma legalidade imanente à racionalidade testável pela possível experiência do corpo político dos cidadãos, autorizados a agir livremente de acordo com a forma jurídica autorizatória estatal²⁰⁹. Ao afastar do Direito e da Política a fundamentação moral e virtuosa, bem como se apartar do jusnaturalismo calvinista individualista de inspiração ética cristã, Kant se porta como defensor da ideia de uma racionalidade prática para o Direito que se constrói através da vontade política dos indivíduos aptos ao discurso nos meios públicos de comunicação livres do pressuposto político-religioso de valores transcendententes à experiência.

O modelo de Estado de Direito de Kant leva a uma consecução de valores políticos apoiados na lei e produzidos pela autonomia do próprio

²⁰⁹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.160.

cidadão. Como Hobbes²¹⁰, Kant defende o respeito incondicional ao soberano (enquanto portador institucional da soberania executiva). Todavia, a partir de um desdobramento do direito inato à liberdade que se mantém *a priori* ao Estado é que se podem exercitar os princípios do Direito Racional kantiano em direção à construção de uma liberdade crítica perante o próprio Estado, ainda que reformista e não revolucionária, ainda que se admita a origem histórica violenta do Estado, o que não impede que ele se republicanize caso seja despótico.²¹¹

Em Kant²¹², o indivíduo é parte de uma comunidade e, como tal, nela encontra sua referência como marco produtor dos valores políticos do bem comum a partir do contrato originário, apesar de não dever abdicar de sua vida privada como valor básico na estrutura sócio-política. Pelo contrário, a manutenção da vida privada é o elemento permanente que norteará o próprio espaço público kantiano²¹³, a ideia de que o indivíduo não pode ceder direitos injustificadamente ao público, qualquer cessão que agrida sem razão suficiente a autonomia privada será desequilibrada²¹⁴. É necessário em Kant um acordo

²¹⁰ HOBBS, T. *Leviathan ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. Ed. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 162, ninguém pode revogar uma lei já feita, exceto o soberano (seja o parlamento ou o executivo quem detenha a soberania), os homens são obrigados a aceitar a lei civil do seu Estado. Onde não há Estado há uma guerra perpétua de homem contra homem, sem existir propriedade nem comunidade, mas incerteza (HOBBS, 1979, p.150). Se o monarca ou uma assembleia outorga a liberdade aos homens a ele compete a paz e a segurança dos mesmos e o poder continua em suas mãos (HOBBS, 1979, p.135).

²¹¹ TERRA, R. *A política tensa. Idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Fapesp, 1995, p.125, não é o fato histórico da violência que vá impedir o sistema kantiano de propor um modelo reformista ao despotismo.

²¹² KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.176.

²¹³ Para Kant, conforme Pedro Alves (2007, p.177-178), o problema político consiste em abdicar da liberdade selvagem (*Wilde*) em prol da liberdade civil (*bürgerliche freiheit*), que se forma como uma autorização da comunidade de agentes para a formação da lei. Cada indivíduo permanece livre para buscar sua felicidade, mas agora como cidadão submetido a um governo de leis, que garante a liberdade da vida privada da cada cidadão. Cf. ALVES, Pedro M. S. Moral e Política em Kant. *In: Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J. G. (Orgs.), Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, p.173-181, 2007.

²¹⁴ FRIED, C. Is possible liberty? *In: Tanner Lectures*. Stanford University, mai, 1981,p.24.

racional sobre a perspectiva de valores comuns. A ideia reguladora de uma constituição justa estabelece critérios objetivos no Direito para a análise da normatividade das condutas concretas (empíricas) em função de princípios elegidos pelo próprio povo através do parlamento (KANT, §46 RL, AA 06: 313)²¹⁵: “O poder legislativo só pode caber à vontade do povo unida. Uma vez que dele deve decorrer todo o Direito, não pode ele causar com a sua lei injustiça absolutamente a ninguém.”

Kant limita o poder legislativo da vontade do povo unida e uma obrigação de não lesão a nenhum dos membros da sociedade, assim, o poder comum não pode ser tirânico ou agir com ilegalidade, deve respeitar a co-legislação de cada um dos cidadãos que anuíram com o pacto político, manter a liberdade e a independência do cidadão implica também em não ofender-lhes na vida privada. O espaço privado do exercício do arbítrio pessoal em busca da felicidade é crucial para o homem moderno, acreditamos que Kant considere essa perspectiva.²¹⁶

²¹⁵ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.179.

²¹⁶ Para Nozick, Kant buscou construir uma interpretação individualista do problema do valor moral da pessoa, ao enunciar o princípio do Imperativo Categórico que ordena tratar cada pessoa como fim em si. Cf. NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 40. Essa justificativa moral, todavia, é mais frágil que a justificativa jurídica que os direitos privados são invioláveis por sua própria condição pré-formadora de toda a estrutura estatal podendo mover ações contra os outros, assim, podendo defender direitos privados. O Direito Público existe para garantir a autonomia privada, essa é a função do contrato para Kant, conforme Heiner Bielefeldt (1997, p.548): “*At closer scrutiny, however, the Kantian concept of the state of nature turns out to differ in an important aspect from the Hobbesian feature. According to Kant, even in the state of nature people possess legal claims against one another. The fighting in this anarchistic situation is therefore not merely a struggle for sheer survival but a struggle for right. Although the state of nature is defined by the lack of public right, people can claim private rights, such as rights of property or private contracts. For these claims to be legitimate, they must be based on the universal principle of right, that is, the principle of mutual recognition of everyone's equal freedom of choice.*” Concordamos com Bielefeldt a partir da análise do que Kant denomina estado pré-jurídico do direito de posse a partir de uma categoria transcendental, *a communio fundi originaria*, da qual poderia ser deduzida a posse no estado natural como posse individual inata (*beati possidentis*), para depois no estado jurídico de leis públicas ser protegida juridicamente como direito subjetivo e não mais direito puramente racional. Cf. KANT (AA 06: 251, Op. Cit. p.79). Isso prova a função de um direito racional possivelmente atuante em Kant ainda no estado pré-jurídico (puramente racional e não coativo). Fazendo analogia dessa posse transcendental com o direito inato à liberdade pela condição do ser humano em si mesmo, pode-se pensar que Kant

Como disse Constant²¹⁷, o ideal da ‘democracia dos modernos’ é mesmo a felicidade individual, assim, a democracia trabalha com o relativismo como sua meta mesma e não como exceção conflituosa e perigosa. Teme-se muito mais o absolutismo; daí o afastamento do Estado Moderno das premissas de uma legitimação inatacável com base em valores transcendentais, de uma Política feita à luz da razão universal de origem religiosa ou metafísica. O trabalho da democracia liberal contemporânea é possibilitar as diferenças de visões de mundo dos indivíduos em função de uma esfera pública reconstrutiva, através do pluralismo das mesmas²¹⁸.

Autoritas non veritas facit legem disse Hobbes²¹⁹, a soberania é o fundamento da unidade do Estado, ocorre que em um Estado absolutista o soberano não é republicano, ele tutela a liberdade individual, ele é executor e juiz da lei²²⁰.

Em Hobbes não se teria completado a existência de um Estado de Direito, mas apenas de um Estado liberal que colocou na autonomia privada a liberdade do indivíduo de negociar e fez da autonomia pública o governo de um príncipe que resguarda o pacto político pelo uso da força²²¹. A ilimitação da soberania, porque a mesma está acima do próprio contrato social, não o possibilita pensar uma soberania jurídica submetendo o poder político.

quis mostrar que o Direito se origina da Razão e possui a meta de assegurar a liberdade e a individualização dos bens jurídicos.

²¹⁷ GOYARD-FABRE, S. *O que é Democracia ?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.56-7.

²¹⁸ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.22.

²¹⁹ HOBBS, T. *Leviathan ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. Ed. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.163, “porque o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis pela primeira vez foram feitas, mas aquele por cuja autoridade elas continuam sendo leis.”

²²⁰ GOYARD-FABRE, S. *O que é Democracia ?* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.128.

²²¹ A ideia de limitação do poder que caracteriza o Estado de Direito seria problemática em Hobbes, ele afirma que o soberano não está sujeito à lei, pois ele a criou e tinha poder de fazer e revogar a lei (HOBBS, 1979, p.162), e ninguém pode resistir à sua espada no âmbito do exercício do seu poder (HOBBS, 1979, p.134).

Assim como Locke²²², Kant coloca a soberania do povo vinculada à representação democrático-parlamentar, ao conceber um Direito onde todos estejam em posição de construção da legislação sem fundamentos transcendentais, mas imanentes à razão natural acessível a todos. O Estado lockeano se torna uma expressão do regime democrático na medida em que promove a liberdade de voto, de legislar, o que se torna mais próximo ao ideal de autonomia individual presente no sistema jurídico e político de uma cidadania participativa a gerar legitimação estatal.

Na Era Moderna, o indivíduo é tomado pressupostamente como um sujeito com valor abstrato em si, mas que oculta seus valores concretos – a ideia de Rawls do “véu da ignorância”²²³, não existe um local metafísico do sujeito na ordem cósmica que assegura seu *telos* para além de sua própria existência auto-referente. Não existe um local na comunidade a um grupo de indivíduos privilegiados e conectados ao sistema de valores objetivo ou de virtudes pressupostas na ‘natureza humana’.

Rawls considera que o modelo de Estado de Kant se funda na ideia liberal de autonomia que está circunscrita a possibilidade de uma autonomização do sujeito por sua reflexão. Assim, o que funda o Estado é a ideia de uma associação como acordo de vontades para fundar um Estado de Direito, autolimitado na lei, assegurando assim a igualdade de todos perante a lei.

O limite do exercício do poder não é a vontade de um monarca ou déspota individual, mas a legítima vontade do povo expressa na lei, em querer a democracia e dentro desta impor limites às vontades existentes em uma dada sociedade.

A crítica de Rawls²²⁴ a Kant é que o liberalismo kantiano seria “abrangente”, com o uso do conceito de autonomia em todos os campos da

²²² LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, vol. 2, p.387.

²²³ RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.87.

²²⁴ RAWLS, J. Op. Cit.p.118.

vida, ao passo que na visão rawlsiana a liberdade se encaminha como construtora da emancipação social através de lutas e debates públicos entre cosmovisões diversificadas de mundo. Já para Habermas e Heck, o Direito Racional de Kant atinge a exigência epistemológica de autoconstrução racional pela cidadania participativa, de um Direito constituído como poder pós-metafísico²²⁵. Kant trabalha na justificação da unidade entre liberdade e razão e toma como meio pragmático a divisão de funções na sociedade – o que se pode exigir da retomada de uma individualidade circunscrita ao sistema social pressupostamente sem virtudes direcionadoras é que o próprio sujeito referencie sua existência em deveres autoconstituídos na forma jurídica e no sistema de liberdades, coordenados pela liberdade que se encontra na base de qualquer possível construto jurídico. O direito individual à liberdade política norteia até mesmo a soberania popular expressa em um Direito legítimo e válido. O poder constituinte do povo não pode atacar a integridade moral do sujeito, que é um fim em si e não meio da vontade de outrem, que é a fonte e a destinação das prestações de ação administrativa do Estado.

Por fim, na apresentação da ideia de Estado de Direito, deve-se distinguir entre Estado de Direito na tradição inglesa, da ideia de *Rechtstaat*, Estado jurídico na acepção alemã. O Estado de Direito inglês se caracterizou principalmente na visão individualista esposada por Locke, para quem o Estado deve assegurar aos sujeitos o meio deles realizarem o acordo de vontades, a ideia do contrato político implica a premissa de uma experiência de não efetivação da virtude da justiça e da bondade recíprocas entre os homens, pressupõe mesmo a concorrência e a desigualdade entre os mesmos, o que será aceito e mantido como pressuposto político nos sistemas de Adam Smith e Kant: os homens concebem racionalmente a moralização das relações,

²²⁵ HABERMAS, J. *Direito e Moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p.36; HECK, J.N. *Ensaio de Filosofia Política e do Direito: Habermas, Rousseau e Kant*. Goiânia: Ed. da Universidade Federal de Goiás, 2009, p.16-7.

porém na prática atuam de modo egoísta e almejam seus interesses. Ora, mas se a lei moral é na prática ineficaz e se necessita de um Estado de Direito para assegurar liberdade individual, vida e bens, em que a lei moral ainda serve ao Estado de Direito? Nesse ponto observa-se a resposta de Kant e Locke, que caracterizará o esforço alemão de fundamentação do Estado de Direito a partir do século XVIII. Nesse último existe um grau de autolegitimação da liberdade que encaminhará a ideia de liberdade negocial e política à esfera de juridificação de seu exercício²²⁶; sem a ideia concreta de atos livres protegidos por um Estado que se submeta à lei autorizada pelo povo não existe como não ser ameaçado na vida privada, núcleo da vida social. Para Edilia Cassani-Traverso²²⁷, sem normas não existe liberdade, em Locke é liberdade com responsabilidade o que estatuirá regras de vida comum em uma comunidade.

Todavia, Locke coloca que a defesa da lei moral ou natural prossegue no Estado de Direito, quando se trata de manter esferas de liberdade que não são tuteladas ou desrespeitadas pelo Estado, a liberdade civil amplia a liberdade do estado natural e a garante²²⁸. Começando com a obrigação de todo homem em executar a lei natural²²⁹, Locke diz que embora o governo civil seja o melhor remédio para os males do “estado de natureza”²³⁰, critica o monarca absoluto, posto que sejam apenas homens²³¹ e, se infringirem a lei natural em seu núcleo (não escravização, nenhum homem pode ser escravizado ou maltratado arbitrariamente), ainda que lei estatal o previsse²³², seria um atentado inadmissível contra a liberdade, pois ninguém pode tirar

²²⁶ Na esfera moral o ser humano prossegue livre, apregoa Locke, J. *In: Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, vol.2, p.434.

²²⁷ CASSANI-TRAVERSO, E. *Liberté et droit naturel dans l'oeuvre de John Locke*. Fribourg : Editions Universitaires, 1993, p.129.

²²⁸ CASSANI-TRAVERSO, E. Op. Cit. p.130.

²²⁹ LOCKE, J. Op. Cit. p.387.

²³⁰ LOCKE, J. Op. Cit. p.391.

²³¹ LOCKE, J. Op. Cit. p.388.

²³² LOCKE, J. Op. Cit. p.403.

arbitrariamente a vida a outrem, simplesmente porque a vida é uma propriedade inalienável do ser humano²³³ e não pode ser negociada²³⁴.

Locke reconhece a supremacia da autoridade do Estado sobre o indivíduo que cedeu seu direito de defesa ao mesmo e que deve obedecer ao poder soberano²³⁵, mas defende um direito de resistência contra um governo tirânico que mal use o poder do Estado absolutista, que fira direitos naturais essenciais- liberdade pessoal, integridade física, segurança e vida²³⁶. O soberano está acima, mas não isento das leis²³⁷. Todos se submetem aos efeitos da lei, mesmo aqueles que a protegem e por ela são legitimados parlamentarmente, cuja ação legiferante possui anuência popular²³⁸. Mais radicalmente democrata que Locke, Kant apregoará que o poder soberano máximo em uma República é o do povo que elege por si seus representantes ao parlamento (KANT, *RL* §52, AA 06: 341)²³⁹, e não há vontade superior à do povo em uma comunidade, que é um direito inalienável (KANT, *RL* §52, AA 06: 342)²⁴⁰. O povo pode inclusive criticar a maneira de exercício do poder pelo Estado embora continue, apesar disso e ainda assim, filiado ao contrato original firmado (*TP*, II ensaio, contra Hobbes, AA 08: 297²⁴¹).

Nesse paradoxo da supremacia estatal e sua relação de respeito democrático e humanitário à proteção legal do cidadão, a resposta de Kant sobre o que é o Estado de Direito torna-se fundamental, porque em Kant o

²³³ MACPHERSON, C. *A teoria política do individualismo possessivo*. Madrid: Trotta, 2005, p.36.

²³⁴ LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.404.

²³⁵ LOCKE, J. Op. Cit. p. 461.

²³⁶ LOCKE, J. Op. Cit. p. 508.

²³⁷ LOCKE, J. Op. Cit. p. 467.

²³⁸ LOCKE, J. Op. Cit. p. 403.

²³⁹ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 225.

²⁴⁰ KANT, I. Op. Cit. p. 224.

²⁴¹ KANT, I. En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudio preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 37: Todo legislador deve ditar suas leis como se fossem assentidas por toda a comunidade, deve raciocinar se a legislação é conforme ao bem geral ou não, em caso negativo deverá não outorgar a lei. Mas o povo poderá protestar contra a lei a qual não der assentimento.

Estado está estritamente vinculado a uma liberdade inata anterior a qualquer projeto de poder e fim político, como condição constitutiva dessa liberdade política e jurídica. No momento em que Kant reflete sobre o Estado de Direito ele o faz sob a pressão interna, na Alemanha, de um regime político centralizador e autocrata prussiano, e uma pressão externa (internacional), sobre a ideia de Estado na Europa, uma luta pela liberdade política e abertura do poder estatal à legitimação popular. Um Kant (AA 06:342)²⁴² aterrorizado com a violência da Revolução Francesa ao decapitar o rei Luís XVI e obediente ao seu rei escreveu a *Rechtlehre* em 1797 e a *Zum Ewigen Frieden* em 1795 e teve que pensar um modelo de Estado de Direito a partir de uma construção racional que projete o contratualismo em uma perspectiva política diversa do liberalismo empirista lockeano, o qual especificamente serviu de base, junto com outras doutrinas empiristas, ao ideário político do federalismo norte-americano.

Por outro lado, Kant pensa um *Rechtstaat* com elementos de uma “Constituição Moderada” como a dos ingleses, no sentido de assegurar ao parlamento a autonomia legislativa e representação popular, mas assegura a unidade da nação e a imperatividade da legislação posta pela razão, o que o aproxima de um Estado liberal com construção racional próximo à tradição racionalista alemã, mas com elementos próprios, independentes do contexto da política prussiana do século XVIII²⁴³. Kersting²⁴⁴ coloca que em caso de conflito entre a Democracia e a razão Kant ficaria com a razão, preferiria um governo constituído por um sábio rei racional a um povo confuso ou manipulável. Discordamos dessa interpretação, pois o cerne do pensamento de Kant é democrático por colocar o supremo poder na vontade popular (RL §52, AA 06:

²⁴² KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.225.

²⁴³ KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.360.

²⁴⁴ KERSTING, W. *Política, liberdade e ordem. A Filosofia Política de Kant*. In: GUYER, P. (Org). Kant. Aparecida: Ideias & Letras, 2009, p.409-439.

341), nenhum governo platônico, de reis filósofos, poderia perdurar ante o fim republicano a que todo Estado deve se vincular, a destinação harmônica da Política com o Direito segundo o princípio de publicidade (KANT, *ZeF* AA 08: 381)²⁴⁵, ainda que se origine da violência. Kant em seu projeto político resume as funções do Estado de Direito na Modernidade: assimila a ideia de liberdade como limitação ao poder de Locke, a ideia de uma soberania estatal com supremacia sobre as perspectivas de dissenso político de Hobbes, e de Rousseau busca reconstruir parlamentarmente a ideia de autonomia pública. Rousseau, que colocou a legitimidade do Estado na pessoa do soberano político, que é o povo de acordo com preceitos de uma virtude pública, cuja finalidade é atingir acima de tudo um bem maior, que é a justiça enquanto bem comum²⁴⁶, defendeu a igualdade entre autonomia moral e autonomia política, ao passo que a solução de Kant, ao contrário, associa autonomia política à possibilidade de reforma jurídica, dentro da conquista de direitos subjetivos como marco mais relevante de um Estado republicano.

Nenhum cidadão pode transferir à autonomia pública o gozo de direitos subjetivos que implicasse em ferir sua liberdade privada²⁴⁷. E nem pode se submeter a um soberano autocrático, porque todo poder legislativo emana do povo (KANT, AA 06:340)²⁴⁸ e, portanto, a cada qual dos seus integrantes, que deve manter sua dignidade e liberdade.

²⁴⁵ KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.46.

²⁴⁶ ROUSSEAU, J. J. *Do contrato social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin, 2011, p.70.

²⁴⁷ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.135. Kant resguarda o ser humano de um dever de cidadania “engajado”, ele não pretende que o ser humano seja “atuante politicamente”, mas voltado para a vida privada como tendência natural, o princípio da existência possível em Kant é a vida privada apartada da vida pública, como esfera pessoal de uso do entendimento. Existe uma preocupação intelectualista na Política kantiana, o importante é a presença de um modo de agir pautado em um juízo de esclarecimento. O cerne do Estado em Kant é o próprio fundamento da sua singular existência frente ao corpo social, se construirá o Estado de Direito através da proteção da liberdade individual, expressa em sentido kantiano como liberdade externa, de querer pela razão prática objetos exteriores em um sentido de estabelecer poder (liberdade política) e de manter relações contratuais (liberdade jurídica).

²⁴⁸ KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.222.

Nessa correlação entre liberdade e razão, Kant pensará um edifício racional de Estado como produto de um Estado submetido ao “Direito da Razão”. Como consequência do Direito racional em Kant, poder-se-ia obter um controle republicano-constitucional sobre o possível autoritarismo estatal. As teorias soberanistas da modernidade política pouco se importaram em controlar o *Leviathan*, de Hobbes a Kelsen se observa um indivíduo político indefeso, sem uma concepção de razão e de liberdade política que o protegesse da força do soberano. Em Kant a defesa do indivíduo político é patente e pretendemos alargá-la além do plano traçado por Kant em *TP* e na *RL* e justificá-la em um patamar de institucionalização de poder do cidadão.

2.2 DIREITO E LIBERALISMO EM KANT

Na seção 1.3 defendeu-se em que termos se pode vincular obrigação moral e forma jurídica no aspecto de uma inserção axiológica (fins políticos dos indivíduos entrando em acordo racional) no quadro de uma república democrática e constitucional é que Kant entende ser possível o mecanismo de justificação jurídica de uma autonomia individual como meio de legitimação do Estado através da concepção de liberdade de crítica ao Estado²⁴⁹.

²⁴⁹ Na *RL* (§46, §52) Kant toma a Democracia em um sentido positivo ou moderno quando a busca na igualdade através da lei por influência de Rousseau. Todavia, enquanto este confia na autonomia pública como irresistível, Kant calçou na defesa da liberdade inata a base construtiva do Estado, que se limita no domínio de uma República pela proteção da liberdade política individual. Kant vai além de Rousseau enquanto teórico da democracia ao defender uma democracia constitucional que prevê autonomia e garantias constitucionais individuais através do sistema de direitos subjetivos. Uma das possibilidades da teoria democrática radical de Rousseau seria a tirania da maioria, o que implica uma adesão ao que a vontade geral em sua totalidade de disposições indicasse. A “vontade geral” em Rousseau supera maiorias ocasionais ou interesses particulares. Já a ideia de espaço público em Kant e o direito à resistência ao Estado (KANT, AA 08: 299-300, *TP*, p.40) resguarda os indivíduos de serem dominados por uma soberania plenipotenciária, não é somente o soberano quem deve decidir o que continua a ser o Direito. Para Berten, Kant teme o perigo de uma democracia de massas ou populista. A vontade geral como expressão política deve se desenvolver no âmbito de um processo constitucional e na estrutura de poder dividido nas três esferas executivo, legislativo e judiciário. Kant chama de despotismo na *ZeF* a democracia direta com o exercício do poder do povo sobre o executivo, contra Rousseau e a ideia de um poder direto do povo, sem representantes. Cf. BERTEN, A. A compatibilidade do republicanismo kantiano com o modelo

Discutir Política é debater sobre valores e suas formas conflituosas de concretização através de relações de poder entre indivíduos e de grupos. A tradição contratualista frisa esse debate de Kant a Rawls no aspecto de uma aliança do Direito com a Política. Embora Kant tenha autonomizado o Direito tomando-o como um conjunto de leis, o que o aproxima do próprio conceito de Estado, ele não reduziu o Direito ao Estado, pois a condição transcendental de toda a coerção é sua relação com a legitimidade da manutenção da liberdade.

O regime republicano para Kant é o único capaz de assegurar a liberdade do arbítrio dentro da lei, onde cada qual possa propor fins sem entrar em contradição com um bem comum formal, previsto como projeção de uma norma universal de liberdade²⁵⁰. A gestação das ideias políticas de Kant assomou no fluxo da Revolução francesa, como aponta Viriato Soromenho Marques, o programa kantiano coincide com o programa francês de projeto político:

do contrato social. In: *Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J. G. (Orgs.). Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007, p.38-39. .

²⁵⁰ SOROMENHO-MARQUES, V. *História e Política no pensamento de Kant*. Sintra: Europa-América, 1994, p.124.

- exigência da separação entre os três poderes do Estado;
- reconhecimento do princípio representativo para a constituição do órgão deliberativo;
- defesa do direito de voto censitário, com a separação (idêntica à introduzida por Sieyès na Constituição Francesa de 1791) entre cidadãos activos e passivos. Esta concepção, embora muito longe da actual doutrina do voto universal, constituía então um enorme passo em frente relativamente à prática britânica, defendida ardentemente por Burke e pelos seus discípulos germânicos, segundo a qual o direito eleitoral deveria estar em correspondência directa com a extensão e valor da propriedade, sobretudo de base fundiária;
- obrigação, por parte do Estado, do reconhecimento de direitos invioláveis dos cidadãos, como liberdade de expressão, de deslocação, assim como o direito à assistência pública em caso de necessidade, etc.;
- abolição dos privilégios de casta da nobreza e do clero;
- consagração do mérito como princípio para a admissão a cargos públicos.

Kant, conforme Berlin²⁵¹, pertence à tradição do individualismo liberal, sua liberdade política é uma liberdade negativa, imiscui-se de uma ação forçada, pelo contrário, é o Estado que deve respeitar o indivíduo e suas disposições. O Estado se nega a interferir na liberdade individual.

²⁵¹ BERLIN, I. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Ed.da UNB, 1981, p.147.

Berlin observa a liberdade negativa como cerne de uma concepção protetiva do indivíduo, já a liberdade positiva como faculdade de ação²⁵². Ora, nesse sentido Berlin indica a liberdade política como garantia ao indivíduo, e mais, como determinação do Estado de fazer o bem comum se justificar pela adesão à racionalidade como busca de manter a própria autonomia. Kant no seu sistema contempla as duas liberdades, a negativa, como não intromissão do Estado, e a positiva, como ação do indivíduo através da lei para requerer direitos.

Esse paradoxo kantiano aproxima-o de Berlin, pois a liberdade positiva que Berlin requer é corrigida pela liberdade negativa de Kant e dos constitucionalistas em geral, quanto ao aspecto de uma limitação ao Estado. Diz Berlin²⁵³:

Minha defesa da liberdade irrestrita pode algumas vezes, *prima facie*, não harmonizar-se com a defesa da liberdade irrestrita feita por outra pessoa; mas a solução racional de um problema não pode colidir com a solução igualmente verdadeira de outro problema, pois duas verdades não podem ser incompatíveis do ponto de vista da lógica; portanto, uma ordem justa precisa, em tese, ser discernível²⁵⁴ – uma ordem cujas normas possibilitem soluções corretas para todos os problemas que possam vir a surgir em seu âmbito (...) Racionalidade é conhecer as coisas e as pessoas pelo que elas são (...)"

Kant, segundo Berlin²⁵⁵, se afasta da tradição de Spinoza e Hobbes que nega o valor da individualidade e da liberdade subjetiva e defende não apenas o esclarecimento, mas a autonomia²⁵⁶.

²⁵² BERLIN, I. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: Ed. da UNB, 1981, p.149.

²⁵³ BERLIN, I. Op. Cit.p.152-153.

²⁵⁴ BERLIN, I. Op. Cit.p.102.

²⁵⁵ BERLIN, I, Op. Cit.p.102.

²⁵⁶ Para Berlin o republicanismo radical de Rousseau nega a liberdade em seu valor em si referida ao sujeito e suas escolhas, o arbítrio é considerado dissuasivo da unidade estatal na busca pelo bem comum. Cf. Berlin em *Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Lisboa: Gradiva, 2005, p.78. Diz Rousseau em *Do contrato social*. Tradução Eduardo Brandão. São

Não basta seguir a autonomia burguesa assegurada pelo Estado Moderno, porém é na motivação da racionalidade autônoma que se constrói a liberdade que possibilitará a construção de todos os valores, inclusive os do espaço público, do uso público da razão contra todas as tiranias, presentes na história da Modernidade em seus personagens individualistas absolutistas ou antiéticos e autoritários tais como Napoleão, Robespierre etc.

O que se traduz num valor político que se forma numa liberdade coletiva na possibilidade de uma liberdade construída republicanamente (publicamente e legalmente, no sentido kantiano de republicanismo político) e não apenas egoisticamente, no projeto capitalista de mercado competitivo. Conforme Berlin²⁵⁷:

Paulo: Penguin, 2011, p.165: “O cidadão dá seu consentimento a todas as leis, inclusive àquelas que são aprovadas contra sua vontade e àquelas que o punem se ele ousar violar uma. A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral; é por ela que eles são cidadãos livres.” Nessa passagem Rousseau frisa o compromisso com a legalidade do Estado, a integridade do pacto político. Nesse ponto não se poderia cogitar de uma negação da liberdade, mas sua existência na vida jurídica de um Estado de leis. Todavia, Rousseau imprime em importantes passagens o caráter finalístico de uma democracia republicana: “Uma constituição sadia e forte é a primeira coisa que é preciso buscar...” (ROUSSEAU, 2011, p.100), e a vontade particular e os interesses singulares devem ceder aos interesses e vontade geral que é indestrutível: “Cada um, separando seu interesse do interesse comum, vê que não pode separá-lo inteiramente, mas sua parte do mal público não lhe parece nada junto ao bem exclusivo de que pretende se apropriar. Tirante esse particular, ele deseja o bem geral em seu próprio interesse mais fortemente do que qualquer outro” (ROUSSEAU, 2011, p.162). Nessa última passagem poder-se-ia concordar com Berlin ao defender uma fundamentação republicana radical em Rousseau, com a predominância da vontade geral sobre a particular em Rousseau, o que leva a uma ideia de não liberdade individual, mas de liberdade da vontade coletiva.

²⁵⁷ BERLIN. I. Op. Cit.p.151-152.

Aqueles que acreditavam na liberdade como num autogoverno racional mais cedo ou mais tarde com certeza iriam refletir a respeito de como isso se aplicaria não apenas à vida interior de um homem, mas também ao relacionamento com outros membros de sua sociedade. Mesmo os mais individualistas dentre eles – E Rousseau, Kant e Fichte certamente começaram como individualistas- chegaram a um ponto em que se indignaram a si mesmos se era possível existir uma vida racional não apenas para o indivíduo, mas também para a sociedade, e, em caso positivo, de que forma poderia ela ser conseguida. Desejo ser livre para viver minha vontade (ou meu “eu real”) ordena, mas outros também o desejam. Como evitar conflitos com as vontades dos outros ? (...) Um Estado racional (ou livre) seria um Estado governado por leis que todos os homens racionais acatariam livremente; (...)

O Estado em Kant é finalisticamente mecanicista, é um Estado-meio que serve ao indivíduo, por ser originado em sua liberdade. Em Kant, os projetos de poder põe-se em uma vertente de fundamentação da ação política em um sentido liberal republicano.

O objetivo do liberalismo de Kant é buscar a finalidade do Estado na possibilidade das liberdades externas conviverem, asseguradas pela lei e, caso descumprida a norma, asseguradas pela coerção, como colocou o próprio Kelsen²⁵⁸. Escolha dos fins: ser autônomo é seguir leis da razão para se constituir como sujeito, a qual põe a moral, que por sua vez, desdobra-se em Ética e Direito. Assim, a posição política kantiana é que as liberdades dos cidadãos republicanos são exercitadas por leis construídas pelo exercício das liberdades públicas e asseguradas, caso descumpridas, pela coerção pública estatal²⁵⁹.

²⁵⁸ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p.34.

²⁵⁹ Para Kant a função do Estado é assegurar o Direito, isso dentro da perspectiva de que o Direito foi produzido pelo consentimento dos cidadãos e o governo através do Estado se apresenta como o protetor político do Direito legislado pelos representantes do povo, mas o problema que percebemos é que nem sempre o Estado mediante um governo é suficientemente protetor dessas leis, ao contrário, ele mesmo as viola e atinge o direito subjetivo do próprio cidadão o qual deveria proteger.

Conforme Terra²⁶⁰ possuem a liberdade e a igualdade uma importância central, capazes de sustentar a justiça constitucional em uma República. Liberdade e igualdade são um núcleo específico do conceito de justiça pública de uma República constitucional como obra da razão pública a fim de produzir valores coletivos²⁶¹. A vontade política em Kant é a própria razão prática. Ela não é intencional a cada agente, é a vontade geral pública²⁶². A vontade geral

²⁶⁰ TERRA, R. *A política tensa. Idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Fapesp, 1995, p.134.

²⁶¹ Em um sentido de defesa da justiça na República kantiana Sarah Williams Holtman (2001, p.158) interpreta que a independência do cidadão implica também sua capacidade de preocupação com o bem do outro pelo uso da própria liberdade. Não se trata de benevolência e caridade, mas do uso da independência como noção central para a justiça *'For Kant, If I am right, duties of justice are connected not primarily but their narrowness, but first by their focus on full participation in agency and citizenship. Justice makes possible a society with others that respects each as a chooser and pursuer of long-and short-term ends and more elaborate plans. It does so through civil laws and institutions committed to each as agent and which each has a voice as citizen. Justice thus must be connected with the prerequisites to agency and citizenship, with basic needs, and not merely with the negative rights that secure our persons and possessions (...)* Although a concern for independence demands some flexibility in relevant laws and policies, neither we nor the state may decline to address independence through coercive laws and institutions. To secure independence is to secure very bases of agency and citizenship. Cf. HOLTMAN, S. W. Justice, Welfare and the Kantian state. In: *Kant und die Berliner Aufklärung*. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses hrsg. im Kant-Gesellschaft e V. von Volker Gerhardt et al. Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, 2001, p.160. O uso independente do Direito na prática da cidadania é frisado por nossa posição quanto ao aspecto de construção de valores políticos pelo uso do juízo reflexionante como interpretação de questões políticas à luz do Direito constitucional, não como justiça moral e cívica decorrente da cidadania como defende nessa postura republicana Sarah Holtman, veja-se a seção 3.2.

²⁶² Nossa tese sobre a essência do Estado em Kant ser a proteção à liberdade crítica e normativa de cada cidadão não implica usurpação de funções do parlamento como expressão da vontade geral, mas apenas como ampliação da cidadania. Defendemos que somente a cidadania ativa legitima o Estado e não apenas a ação das instituições que o integram. Afinal, o Estado é uma institucionalização da própria liberdade do cidadão. Essa postura é a continuação da razão prática com um sentido crítico na política. Para uma relação entre o princípio da justiça e a teoria política de Kant veja-se POGGE, T. W. *Kant's Theory of Justice*. In: *Kant-Studien*, Berlin, New York, v. 79, p. 407-433, 1988, ele considera possível a ideia de bom senso como princípio moral, como juízo de equidade a partir dos princípios de justiça em Kant como meio de estabelecimento da relação entre as normas jurídicas e a política. Discordo que a justiça equânime teria essa função de aproximar direito e política, penso que ela se aproxima mais de um modelo de comunitarismo. Na perspectiva liberal que defendemos o que aproxima direito e política é o procedimento racional estabelecido público-racionalmente entre os indivíduos; quem mediará essa relação seria a razão prática na discussão racional entre as partes e a decisão institucional legitimada processualmente (veja-se seção 3.2).

como razão prática ela mesma²⁶³. A coerção é necessária para a existência do Estado. O dever do soberano é estabelecer a justiça pública.

Já Pippin²⁶⁴ considera que o Estado kantiano, concebido a partir dos “princípios de Ulpiano” previstos na *RL* pode ser pré-fichteano e pré-hegeliano, como Estado de valores objetivos que pela razão prática poderiam ser concretizados indiretamente como um viés ético enquanto exigência de justiça (*Lex iustitia*). Por essa interpretação Kant não seria individualista; haveria um potencial de virtude na *RL em um sentido aristotélico de bem moral*.²⁶⁵ O próprio sentido de independência exigiria a justiça ética como correlato de legitimação²⁶⁶. O argumento de Pippin é republicano em um sentido aristotélico, existiria um fim ético de justiça no projeto estatal de Kant, isso defronta com a postura aqui defendida de um procedimentalismo no ideal de justo kantiano na *RL*.

A liberdade inata ao Estado instituído pelo contrato racional e expresso na ideia de uma vontade coletiva como racionalidade prática pública, e a liberdade política como base de uma ação parlamentar implicam a estruturação da finalidade do Estado, que é a proteção dos fins práticos da vontade do povo. Desse modo, fez-se necessário uma teoria do provimento público e procedimental de justiça²⁶⁷ (e não a descoberta de uma ordem de valores direcionadores, como propõe Pippin), a ordem de justiça centrada na liberdade e na igualdade é aberta e não obrigatória ou intuitiva de bens morais

²⁶³ RAUSCHER, F. Minando Ouro: utilizando o Nachlaß e as preleções de Kant como fonte para sua filosofia política. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, Ed. da USP, n. 14, jun.-dez., 2009, p.20.

²⁶⁴ Cf. PIPPIN, R. *Mine and thine? The Kantian state*. In: GUYER, P. (Org.). *The Cambridge companion to Kant and modern philosophy*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 440.

²⁶⁵ PIPPIN, R. Op. Cit. p.441.

²⁶⁶ PIPPIN, R. Op. Cit. p.441.

²⁶⁷ Pensamos no modelo procedimental de justiça de Rawls e Korsgaard desenvolvido a partir de Kant, onde justiça é consequência de um procedimento de justificação pública de posições perante o Estado, sem bens ou fins morais pressupostos, concordando com Wolfgang Kersting em *Política, liberdade e ordem. A Filosofia Política de Kant*. In: GUYER, P.(Org.). *Kant*, Aparecida, Ideias & Letras, p.409-439, 2009.

pressupostos. Em um sentido liberal que entendemos encontrarem-se as vias de resgate dos valores e do discurso democráticos, posto que assegure com sua teoria a primazia de posição do sujeito na arena pública, colocando-o em função da capacidade de participação e de fiscalização públicas, ao passo que, quanto ao problema dos valores, põe à disposição do sujeito como cidadão uma valorização em si (autonomia *a priori* a todo o pacto político) e dota a teoria jurídico-política de valores universais, mas abertos²⁶⁸, para todo o processo político (republicanismo, liberdade, paz, bem comum, igualdade, patriotismo, justiça pública, publicidade, laicidade etc.), que podem ser contrapostos a um projeto de Estado autocrático ou despótico por não se referirem a ordens absolutas metafísicas ou a pretensões paternalistas por parte do Estado.

Wilhelm von Humboldt definiu muito bem o individualismo como acepção valorativa política ao dizer que o fim do Estado é o indivíduo. Essa é a linha que melhor representa a tradição liberal de Política na vertente kantiana. Em uma acepção individualista de Política, o Estado serve a um Direito cuja expressão singular é a defesa da liberdade. *“La acción del Estado debe limitarse tanto como para que no se perjudique el perfeccionamiento del individuo”*²⁶⁹, diz Joaquín Abellan em seu estudo preliminar sobre a obra “Os limites da ação do Estado” de Wilhelm von Humboldt.

Para Humboldt em Kant se tem a fundamentação de uma individualidade na interpretação da arte, incitando assim o cultivo da personalidade

²⁶⁸ A prioridade da razão em Kant na construção de bens morais é uma defesa do publicismo como critério da razão, mas no aspecto psicológico da busca do bem Kant defenderia o cultivo de uma sensibilidade de acordo com a razão, afastando emocionalismos psicológicos, segundo Anne Margaret Baxly (2001, p.70). Para Baxly (2001,p.71) Kant na *“The Doctrine of Virtue that we are obligated to cultivate certain affective and conative states that enable us to act in accordance with our morally obligatory ends.”* Cf. BAXLY, A.M. Kant’s Account of Virtue and the Apparent Problems with Autocracy. In: *Kant und die Berliner Aufklärung*. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses/hrsg. im. Kant- Gessellschaft e V. von Volker Gerhardt et al. Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, p.63-71, 2001.

²⁶⁹ HUMBOLDT, W.V. *Los limites de la acción del Estado*. Estudio preliminar Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2002, p.XVII.

individual²⁷⁰. Isso não significa uma adesão ao conceito comum de felicidade como gozo e fruição individual, porém uma fundamentação da faculdade de julgar que reforce a paixão pela vontade de autonomia. Humboldt²⁷¹ dá uma instigante visão apropriativa da hermenêutica kantiana da condição individual associando ao sistema de proteção de direitos subjetivos em um Estado de Direito, desenvolvendo, dessa forma, a própria noção de Estado de Direito na tradição kantiana com a finalidade de proteção à liberdade do indivíduo. Para Berlin, Kant é o pensador que coloca o indivíduo e sua personalidade como o que há de mais valioso no mundo, Kant idealiza o valor da pessoa, sua boa vontade²⁷².

A liberdade como valor implica, pois, no campo moral e no campo jurídico-político, um valor universal *a priori*, que unifica o movimento liberal em sua pluridiversidade de manifestações quando se encara, segundo Kersting²⁷³, o substrato natural de incidência dos direitos humanos sem uma retórica inflacionária dos mesmos e sem demagogia política; liberdade é uma faculdade da vontade do indivíduo natural para Kersting²⁷⁴, base das concepções que projetam o valor da pessoa humana, e que é o objeto da tutela acerca dos direitos humanos universais que constituem o núcleo de qualquer sistema político que se pretende democrático na atualidade. Para Habermas o conceito a pessoa humana é o núcleo do próprio Direito Internacional, é o sujeito privilegiado de direitos humanos internacionais e não mais os Estados²⁷⁵. Após as agruras da II Guerra Mundial a pressão para a justificação filosófica do humanismo que proteja a individualidade faz-se inafastável como exigência

²⁷⁰ HUMBOLDT, W.V. *Los límites de la acción del Estado*. Estudio preliminar Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 2002, p.85.

²⁷¹ HUMBOLDT, W. V. Op. Cit.p.25.

²⁷² BERLIN, I. *Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Lisboa: Gradiva, 2005, p.85ss.

²⁷³ KERSTING, W. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Ed da PUC-RS, 2003, p. 68.

²⁷⁴ KERSTING, W. Op.Cit.p.69.

²⁷⁵ GIESEN, K. G. Habermas, a segunda modernidade e a sociedade civil internacional. *In: Novos Estudos do Cebrap*, Jul., n. 60, p.87-97, 2001.

política. Hegel e Marx e seus asseclas político-filosóficos reduziram os seres humanos a meros peões no jogo comandado pelo Estado. Hegel, ao abarcar toda a realização de liberdade no próprio ente estatal, esperando no Estado a realização da razão emancipadora²⁷⁶, que a nosso ver produziu o crescimento do próprio poder do Estado no século XX²⁷⁷; e os marxistas com a ideia de usar o ser humano em um projeto político de emancipação que já produziu tantos desastres anti-humanitaristas por ditaduras totalitárias que puseram em dúvida a sentido de “libertação social” baseado no materialismo histórico-dialético em seu significado político. O próprio Marx havia proclamado na “Questão Judaica”²⁷⁸ que antes de emancipar os outros, deveríamos emancipar a nós mesmos. Essa obrigação moral remete diretamente na tradição kantiana ao problema da emancipação moral pelo auto-esclarecimento e uso da razão. A tradição marxista encaminhará sua visão coletivista e sócio-histórica a uma luta política revolucionária e, como foi colocado na introdução, quererá substituir a tradição liberal e reflexiva kantiana por uma tradição de ação política.

A ‘sociável insociabilidade’ de Kant (AA 08: 20²⁷⁹) indica precisamente a capacidade que devemos ter de entrar em conflito com o outro sem destruí-lo. A ideia antropológica do dissenso encaminha Kant a uma posição política naturalmente liberal, ao ovacionar o conflito e a disputa entre os homens como algo saudável à espécie humana como um todo, inclusive historicamente o antagonismo e a discórdia entre os homens geram progresso (KANT, AA 08: 20-21)²⁸⁰.

²⁷⁶ HEGEL, G.W.F. *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio*. Tradução de Paulo Meneses et al. São Paulo: Loyola-Unisinos-Unicap, 2010, p.56.

²⁷⁷ WEIL, E. *Hegel e o Estado*. São Paulo: Érealizações, 2011, p.55, Hegel considera o Estado a realização do Espírito Absoluto na História.

²⁷⁸ MARX, K. *A questão judaica*. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2002, p.15.

²⁷⁹ KANT, I. *Ideia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.8.

²⁸⁰ KANT, I. Op. Cit. p.8.

Para Kant “os homens serão em parte sempre egoístas” como interpreta Kolm, mas isso faz parte das considerações práticas da regulação da vida social.²⁸¹ Para Kant no Estado republicano é possível pensar a mitigação do egoísmo, assim como na federação internacional é possível pensar na mitigação dos conflitos pela instauração de um conjunto de leis que visem a paz entre os povos federados. Se a orientação coletivista dirigir o Estado²⁸², instituição que agrega socialmente o poder, fim para o qual foi constituída, este verá um crescimento incontrolável de seu poder, é o que indica a História²⁸³.

Se o bem comum, na linha do pensamento liberal, é principalmente o exercício da liberdade por cada indivíduo de buscar para si a defesa de seus interesses²⁸⁴, e se o fim da sociedade é a concretização da individualidade, a

²⁸¹ KOLM, S.C. *Teorias Modernas da Justiça*. Tradução Jefferson Luis Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.258. Num sentido comum Kant e Stuart Mill para Kolm (Op. Cit. p.308) condenam a inveja, mas a tomam como um produto pragmaticamente incontornável da natureza humana, aproveitando-a para a função de obrigar a sociedade política criar as condições de igualdade. Kant (AA 07:286ss, *Anth, Antropologia de um ponto de vista pragmático*. São Paulo: Iluminuras, 2006, p.181ss) parte do caráter empírico da personalidade humana objetivando contextualizá-la em uma forma de atuação que vise a descrição (observação) do caráter humano para que posteriormente ele possa ser repensado em função dos princípios racionais. Essa observação de Kolm sobre o significado para a justiça da antropologia de Kant a apresenta como de fato é – racional e pragmática, jamais idealista.

²⁸² KANT, I. (AA 08:2). *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.15.

²⁸³ RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.567, usa o argumento contrário: a História mostra a eficácia do liberalismo como ideário protetor da Democracia.

²⁸⁴ RAWLS, J. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 155: o papel das liberdades políticas é, sobretudo, um instrumento que preserva as outras liberdades. Para Rawls (2004, p.154) na tradição liberal, como em Constant, a liberdade de pensamento parece ser mais importante que a política, como uma qualidade superior, mas isso decorre de uma avaliação virtuosa como um posicionamento moral, não racional no sentido de não neutralidade. Kant (AA 08:28) diz isso na *Ideia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.18: “Se se impede o cidadão de procurar seu bem-estar por todas as formas que lhe agradem, desde que possam coexistir com a liberdade dos outros, tolhe-se assim a vitalidade da atividade geral e com isso, de novo, as forças do todo. Por isso as restrições relativas à pessoa em sua conduta são paulatinamente retiradas e a liberdade universal de religião é concedida; e assim surge aos poucos, em meio a ilusões e quimeras inadvertidas, o Iluminismo (*Aufklärung*) como um grande bem que o gênero humano deve tirar mesmo dos propósitos de grandeza egoísta de seus chefes, ainda quando tenha em mente só as próprias vantagens. Mas este Iluminismo, e com ele também um certo interesse do coração do homem esclarecido (*aufgeklärt*) não pode deixar de ter em relação ao bem, que ele concebe perfeitamente, precisa aos poucos ascender até os tronos e ter influência mesmo sobre os princípios de governo”.

super afetação do social, tal qual defende o organicismo, é uma deturpação da própria diretriz axiológica pressuposta ao valor social e será também um desvirtuamento do escopo do próprio valor político; pois gerará superabundância de poder e se voltará contra a limitação que lhe impõe o dever de proteção e garantia da liberdade dos cidadãos²⁸⁵. Mesmo que os indivíduos assim deliberassem em prol do coletivo, sofreriam com o tempo as conseqüências, como já sofreram quando sempre, no campo histórico, colocaram o coletivo sobre o particular de um modo absoluto (como no totalitarismo, aponta Arendt²⁸⁶), transferindo sua liberdade para o Estado.

Em Kant o Direito Privado se fundamenta no princípio da autonomia da posse adquirida pela vontade e assegurada pela lei (KANT, AA 06: 307)²⁸⁷ e o princípio do bem comum se desenvolve pela ação estatal através de uma “doutrina de auxílio aos pobres” como conseqüência da aplicação do princípio da *livre equidade* previsto como jusfundamental (KANT AA 06: 237-238)²⁸⁸. O que se pode colocar é que a missão transcendental do Direito Público em Kant deve satisfazer a obrigação de pacificação, o que implica a prestação de auxílio àqueles que não conseguem subsistência própria mediante a cobrança de impostos dos abastados. Isso é decorrente da implementação da vontade política do povo.

Kant, todavia, não abdica do liberalismo por isso, mas satisfaz a condição do auxílio como uma obrigação jurídica decorrente da própria vontade do povo. Não é uma obrigação prestacional de natureza assistencial. É uma

²⁸⁵ A tradição decisionista e soberanista elegia o crescimento do poder como força emergencial, decisiva nos momentos de quebra da normalidade: “a norma jurídica como norma decisória só afirma como devem ser decididas as coisas, mas não *quem* deve decidir” in SCHMITT, C. *A crise da Democracia Parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p.108. Kant possui uma visão contrária a tal perspectiva, ele busca evitar o processo decisionista opta pela defesa de uma perspectiva racional da decisão.

²⁸⁶ ARENDT, H. *O sistema totalitário*. Tradução Roberto Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 1978, p. 433ss.

²⁸⁷ KANT, I. *RL*, §42, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.171.

²⁸⁸ KANT, I. *RL*, Op. Cit. p. 56.

derivação racional do direito democrático de que todos os que estão sob a tutela do soberano devem ser protegidos. Não é uma defesa de proselitismo sentimental ou retórico, porém se constitui na eficácia do publicismo em seu aspecto normativo. A ideia de liberalismo em Kant não implica, todavia, numa liberdade subjetiva gratuita, mas uma liberdade que se concede fins racionais e visa em último grau à “ideia da Humanidade” como seu fim supremo. Liberdade em Kant não significa arbítrio gratuito, isso seria um domínio das inclinações. É uma liberdade dada em um contexto legalizante de seus fins e coibidora dos excessos do arbítrio caso agridam a órbita do arbítrio de outrem. O fato do indivíduo fazer o que quer para ser feliz, desde que não atinja o direito dos demais, não seria propriamente o fim da liberdade como obrigação do Estado, mas sim, pela união civil de todos, o fim do Estado é de se republicanizar pela consecução de uma Constituição Republicana, como coloca Kant na (AA 08: 349)²⁸⁹:

A constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens), em segundo lugar em conformidade aos princípios da dependência de todos a uma única legislação comum (como súbditos) e, terceiro lugar, segundo a lei da igualdade dos mesmos (como cidadãos) - a única que deriva da ideia do contrato originário, em que se deve fundar toda a legislação jurídica de um povo – é a constituição Republicana.

O liberalismo de Kant também não assume a forma política de Rawls – uma liberdade política das minorias associada à promoção de uma justiça política como busca de igualdade material. Para Rawls²⁹⁰, a tarefa de uma promoção de igualdade será levada a cabo através de uma implementação estatal de direitos mediante a ação judicial da corte constitucional concretizante

²⁸⁹ KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.11.

²⁹⁰ RAWLS, J. *O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.57.

dos princípios constitucionais que buscam a igualdade²⁹¹, que para ele é o núcleo de proteção mais poderoso contra o ataque a direitos fundamentais e o mecanismo de interpretação ampliada dessa proteção estatal aos indivíduos discriminados. Kant, com seu conceito de “reformismo constante” entende o liberalismo como projeto de legislação não acabada, de responsabilidade de cada um ao usar sua autonomia²⁹²; a opção de Kant é a favor da lei, não da vontade geral expressa como poder público, mas de sua expressão no parlamento, portanto do espaço público e do poder legislativo (representativo)²⁹³. Essa visão autonomista de democracia liberal sobre Kant é esposada por Nozick. Para uma concepção radical de liberalismo como a de Nozick, só existem indivíduos e não coletividades ou virtudes públicas²⁹⁴. Na tradição liberal próxima a de Kant, Nagel ao analisar o pensamento de Nozick também proporrá uma fundamentação do Estado a partir ideia de que a liberdade antecede o Estado e se relaciona a valores, a discussão do papel do

²⁹¹ Como o modelo de sistema jurídico de Kant não prevê um tribunal constitucional, não se pode conceber que a ideia de igualdade pudesse ser tutelada a não ser em pretensões individuais. A questão da propriedade só poderia ser regida por um debate público, mas de qualquer forma se limitando ao conceito de propriedade jurídica, que organiza a posse. Assim, pretensões empíricas sobre a propriedade “injusta” ou excessiva de terras, por exemplo, em detrimento de terceiros, seriam reconstruídas pela ideia de uma judicialização de demandas que teria que ser tutelada à luz da lei e no sentido protetivo da posse privada, Kant (AA 06: 258-259), *RL, §10ss, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.88-89) é explícito em reconhecer apenas a *posse jurídica, com as garantias previstas nesse parág.*

²⁹² Cf. GAUS, G. *The order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a diverse and bounded world*. New York: Cambridge University Press, 2011, p.21ss.

²⁹³ Cf. GAUS, G. Op. Cit. p. 21ss.

²⁹⁴ NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.40.

sujeito passa pela discussão de sua posição axiológica e sua relação com o Estado, como diz Nagel²⁹⁵ analisando Nozick.

A posição de um Estado mínimo defendida por Nozick é conhecida por defender uma visão de intervenção mínima do Estado na vida privada, centrar na questão da segurança pública a prestação de ações governamentais para o cidadão, ater-se, portanto, ao fato do oferecimento de uma base jurídica da existência cidadã. O mecanismo de defesa do cidadão contra agressões externas, portanto, é a grande perspectiva apontada por Nozick. Mas a defesa do cidadão é também a defesa contra o próprio Estado e não apenas contra o que está fora dele. O que está em questão é, além da segurança, a liberdade, que uma vez cedida ao Estado para proteção, pode ser atingida pelo próprio Estado pelo exercício do seu poder. Como pode então o Estado autolimitar-se se lhe foi concedido um poder integral de zelar pela segurança do cidadão ?

As duas posições que Nagel analisa a partir de Nozick são paradigmáticas no sentido de mostrar que os direitos individuais são concessões desse ente protetor da sociedade que é o Estado ou são os direitos individuais expressões de direitos naturais preexistentes, como em

²⁹⁵ NAGEL, T. *Otras Mentes. Ensayos críticos (1969- 1994)*. Tradução Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 175-177: "Nozick parte de la premisa indiscutible de que los individuos tienen ciertos derechos inviolables que no pueden ser transgredidos intencionalmente por otros individuos, o por el Estado, para ningún propósito. Se trata de los derechos a no ser matado o atacado si uno no está haciendo ningún daño, a no ser forzado a encarcelado, a que no se robe o destruya la propiedad, a no ser limitado en el uso de la propiedad, siempre que uno no viole los derechos de los demás. Concluye que el único Estado moralmente permisible sería el Estado mínimo guardián, un Estado limitado a proteger a la gente de asesinatos, ataques, robos, fraude y violación de contratos (...). El ejercicio del poder del Estado no es la acción de una entidad separada con más derechos morales que los de los individuos, derechos a usar la fuerza contra personas por razones que no justificarian el uso de la fuerza por individuos o grupos de individuos per se. Si los gobiernos tienen el derecho a la coerción, debe ser un derecho de las personas, que establecen y apoyan instituciones gubernamentales, y de quienes actúan en su nombre. Hay un problema en enunciar esta posición de modo tal de evitar banalidad. Para alguien que cree que los gobiernos tienen derechos mucho más amplios que los individuos, siempre se podría agregar que la existencia de tales derechos implica el derecho individual correspondiente de combinarse con otros para instaurar un gobierno y actuar por medio de él a fin de ejercer derechos más amplios de coerción y control. Pero, según esa posición, estos derechos individuales se derivarían de los derechos del Estado, y no al revés."

Locke. Nagel²⁹⁶ diz que Nozick está certo em admitir a segunda solução, frisa, assim, que o caráter pré-estatal dos direitos individuais deve ser reconhecido e não apenas a possibilidade de exercer direitos no âmbito do Estado, mas o ponto de proximidade com nossa visão sobre Kant seria exatamente o de admitir que deve haver uma possibilidade de opor direitos ao Estado, na linha que defendemos de interpretação de Kant a função da liberdade política esse modo de entender a relação com o indivíduo é crucial para a compreensão do papel do Estado: um ente de defesa dos indivíduos mas não absoluto em sua função de exercício de poder porque existe uma ordem de direitos anterior ao mesmo, direitos que o fundamentam e originam mesmo e não somente o contrário, o Estado favorecendo a partir de si a possibilidade de projeção de direitos individuais (o que não está inadmitido, apenas que fique claro que não se pode deixar de reconhecer a primazia do cidadão e sua liberdade política em relação ao Estado).

Kant seria um individualista por esse viés, ele seria um exemplo de opção radical pelo indivíduo em detrimento do coletivo com seu conceito de democracia como autonomia. Gaus²⁹⁷ considera que a partir do problema da autonomia Kant busca recompor uma ordem pública que busque o interesse de todos, mas isso é problemático porque busca uma justificação moral e parte do indivíduo autônomo idealizando-o como membro de uma esfera pública. Já Heck considera que Kant não defende a autonomia política como autonomia de indivíduos, mas de instâncias públicas referendadas por todos²⁹⁸.

Essa interpretação institucionalista de Heck sobre Kant pode vingar apenas se for adequada ao sistema de direitos subjetivos racionais. O que se quer no Estado kantiano é a retomada do fundamento racional de proteção aos

²⁹⁶ NAGEL, T. Nozick: libertarismo sem fundamentos. In: *Otras Mentes. Ensayos críticos (1969-1994)*. Tradução Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 177.

²⁹⁷ GAUS, G. *The order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a diverse and bounded world*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 21ss.

²⁹⁸ HECK, J.N. *Ensaio de Filosofia Política e do Direito: Habermas, Rousseau e Kant*, Goiânia: Ed. da UFG, 2009, p.61.

direitos subjetivos, derivados da liberdade como direito básico. Se o Estado for estruturado como instituição que tenha como objetivo a proteção dos direitos é que adquire um sentido de realização de sua coerção e gestão – para Heiner Klemme o sentido do Estado racional kantiano é sempre a liberdade.

O sentido das formas de poder – judiciário, legislativo e executivo em Kant é a efetivação da liberdade jurídica e política na República. O poder de julgar é dado ao órgão que deve proteger a aplicação da lei.

Kant não trata de um ativismo judicial, que é a ação interpretativa do juiz sobre a lei ampliando a própria significação do texto da lei em seu sentido normativo específico²⁹⁹, porém estabelece a obrigação do Estado em proteger os direitos dos cidadãos, porque todo o Direito deve servir aos indivíduos, já que todo poder decorre da vontade unida do povo em formar o pacto civil (KANT, *RL* §52).

O liberalismo de Kant, assim, é um liberalismo de direitos civis defensáveis perante o próprio Estado, mas instrumentalizado pelo cidadão³⁰⁰, o arbítrio que escolhe os meios de ação para a vida privada depende da

²⁹⁹ Utilizando a classificação de Ronald Dworkin entre concepções positivistas (convencionalistas) e pós-positivistas, acreditamos que Kant seria considerado um convencionalista *latu sensu*, agora percebemos que todos os conceitos pós-positivistas, Rawls e seu foro público da razão, Habermas e o espaço público da razão comunicativa, e o próprio conceito de Dworkin de uma “leitura moral” do Direito remetem aos conceitos kantianos de uso público da razão, liberdade de expressão e diferença entre moral e direito para sua construção. O potencial normativo e democrático e também por que não cogitar hermenêutico do pensamento político kantiano são amplos servindo de base para reflexões jurídico-políticas que ampliarão o significado de tutela judicial do Direito e sua significação moral e política.

³⁰⁰ Novamente a síntese entre autonomia individual e virtude pública como participação do indivíduo nos negócios do Estado. Gerald Gaus define um *liberalismo justificatório* como teoria básica de sustentação de uma postura liberal através de razões públicas desenvolvidas por indivíduos autônomos perante um foro aberto de discussões sobre a ordem pública como fundamento da sociedade. Cf. GAUS, G. *The order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a diverse and bounded world*. New York: Cambridge University Press, 2011, p.15ss. Isso é uma caracterização a partir do pensamento kantiano, porque Gaus (2011, p.15ss) parte de Kant. Friso que Kant desenvolve um liberalismo de caráter jurídico e autonomista com uma leitura individualista. Na nossa acepção um *liberalismo crítico* capaz de dar vazão a pretensões de legitimação de cidadãos com pretensões normativizadoras. Para Kant, no nosso entendimento, a ordem pública só é fundamento da sociedade se receber pretensões de legitimidade dos cidadãos e estes não ficarem na dependência dos poderes constituídos. O complemento da liberdade de expressão é uma cidadania ativa, sem isso a ideia de um Estado republicano perde o sentido e passa a ser apenas a execução de um cumprimento de normas formais de conduta e não a garantia efetiva de uma liberdade pública.

institucionalização de direitos subjetivos perante o Estado. A autonomia individual deve ser defensável perante o próprio Estado, portanto. Mas cabe ao indivíduo arrazoar publicamente e defendê-la, enfrentando, se necessário, o poder estabelecido através do esclarecimento filosófico (KANT, AA 07:33³⁰¹). O liberalismo de Kant indica que o cidadão não pode ficar à mercê do Estado, mesmo do judiciário, que vai se substituindo à moral como um 'superego social'³⁰². Voltar a Kant, como exige I. Maus, indica um apelo à cidadania crítica e uma reforma do judiciário que resguarde as liberdades clássicas do *Rechtstaat* kantiano. Nos moldes propostos, a 'liberdade crítica' pretende cumprir tal função em uma releitura do pensamento político kantiano.

Liberdade e República são interdependentes no âmbito do Estado racional, como exporemos adiante, compreendendo a relação de ambos como complementar ao colocar a legalidade em função da liberdade política do cidadão.

2.3 REPÚBLICA E LIBERDADE NO ESTADO KANTIANO

Desse modo, analisar a estratégia kantiana de fundamentação do Estado de Direito implica a investigação dos objetivos estatais no âmbito da filosofia política e jurídica de Kant: nesse sentido, Kant assenta o caráter público e principiológico na caracterização de todo Estado, que são princípios universais e formais da divisão dos poderes (KANT, AA 06: 313)³⁰³, publicidade (KANT, AA 06: 312)³⁰⁴, coercibilidade e respeito ao poder legislativo que expressam a vontade de todos (KANT, AA 06: 313-314)³⁰⁵.

³⁰¹ KANT, I. *SF, O conflito das faculdades em tres partes*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p.83.

³⁰² MAUS, I. *O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. In: *Novos Estudos do Cebrap*. Nov. 2000, n. 58, p.183-202.

³⁰³ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.178.

³⁰⁴ KANT, I. *RL*, p.176.

³⁰⁵ KANT, I. *RL*, p.179.

A função do Estado é estabilizar os conflitos do estado de natureza, Kant opõe esse último ao estado civil, fundado em leis jurídicas. Os homens naturalmente combatem entre si, mas somente com a fundação do Estado baseado em leis jurídicas pode cessar o conflito mútuo. Significa o Estado fundado em princípios, concebido mediante a ideia de uma Constituição formal e principiológica, um Estado de Direito?

Kant coloca a finalidade do Estado no objetivo de assegurar a liberdade de todos numa República regida por leis públicas e por uma Constituição formal sob a possibilidade de coerção para quem descumprir a lei, é buscar a caracterização do Estado a partir da possibilidade da autolimitação do poder.

A República kantiana é produto de leis práticas da razão, portanto, é uma ideia : “Um Estado (*civitas*) é a união de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas” (KANT, AA 06: 313)³⁰⁶. Esse é o conceito kantiano de Estado, mas o termo “leis jurídicas” remete ao próprio conceito de Direito, que é conjunto de leis que visam regular os arbítrios externos dos sujeitos, a norma de convívio dos indivíduos entre si; o Estado é a reunião de leis públicas que pela coerção coíbe o desrespeito à legalidade constituída a fim de assegurar a liberdade de todos dentro da lei.

Se Direito e faculdade de coagir são iguais (KANT, AA 08:291)³⁰⁷, então o Estado kantiano é um Estado de liberdade que depende da possibilidade do uso da força. A fundamentação de um Estado de Direito consiste, essencialmente, na definição de um poder construído em torno da ideia de regulação jurídica vinculada a uma Constituição, ou seja, uma carta de princípios jurídicos formais. Essa visão de *Rechtstaat* é tradicional na reflexão política alemã, calcada na possibilidade de uma racionalidade do poder cujo núcleo é a Constituição e seus princípios racionais. Na ideia de um Estado de

³⁰⁶ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005,p.178.

³⁰⁷ KANT, I. *En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica*. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.29: “jefe del Estado, el único a través del cual puede ser ejercida toda coacción jurídica”.

Direito a igualdade é formal, perante a lei, é a capacidade de agir e de adquirir direitos subjetivos (pessoais) mediante a lei; por outro lado, a ideia de distribuição se faz dentro dos critérios elegidos pela vontade de todos. A justiça em uma acepção moderna, portanto, é uma justiça política³⁰⁸, conforme a “República” na concepção de Kant, isto é, numa forma de governo construída nos moldes de uma legislação como expressão da vontade do povo e obedece princípios constitucionais de respeito à igualdade, à democracia (KANT, AA 06: RL §46)³⁰⁹: “só a vontade coletiva do povo pode ser legisladora.”

O pensamento político de Kant situa-se historicamente no fluxo da Revolução Francesa e reflete a problemática da época, o nascimento de um ‘direito burguês revolucionário’ (Locke) contra o ‘direito estamental absolutista’ que já burguês, mas ainda comprometido com a sociedade estamental e suas relações de poder (Hobbes).

A questão da unificação do Direito nacional em cada Estado europeu passa para a Filosofia como o problema da fundamentação racional dos direitos civis e políticos, traçados no panorama liberal de uma luta por “direitos” contra o Estado absolutista, a fim de limitá-lo, que se inicia na tradição lockeana de direitos anteriores ao Estado, os chamados ‘direitos naturais’ à liberdade e a propriedade. Em Locke há um “direito de natureza” voltado para a defesa da pessoa e de seus bens, pois o homem encontra-se regido pela lei

³⁰⁸ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005,. p.315. Para usar uma expressão interpretativa de Otfried Höffe, que vê na ideia de justiça política uma acepção normativa, a justiça é a expressão do uso correto (racionalmente justificado) e ético das leis de uma *civitas*, Kant estaria incluído na tradição de defesa da justiça política que começou, conforme Höffe (2006, p.90), com Aristóteles e a ideia de uma justiça como virtude coletiva da Pólis.

³⁰⁹ Todavia, a República de Rousseau influenciará Kant na ideia de um governo regido por leis e do cidadão como um autolegislador, sendo que a lei se baseia numa Constituição formada por princípios, portanto, obra da razão sob um regime democrático, porque Kant (AA 06: 345), *RL, Op. Cit.* p.231) disse que o cidadão **“deve ser sempre considerado no Estado como membro co-legislador, não meramente como meio, mas também ao mesmo tempo como fim em si mesmo”**, assim, o próprio cidadão, porque é soberano e legislador, ao bem da República, não admitirá revoluções políticas sem respeito à soberania e a ordem estatais e imoralismos contra a pessoa humana.

natural, que é a “lei da razão”, a qual determina que busque a própria proteção³¹⁰:

Mas, embora seja esse um estado de liberdade, não é, um estado de licenciosidade; embora o homem nesse estado tenha uma liberdade incontrolável para dispor de sua pessoa ou posses, não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação desta o exija. O estado de natureza tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos aqueles que a consultem que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses (...)

A fim de se proteger visto que pela lei moral isso não é possível, o homem estabelece o pacto civil. Conceder poder ao Estado, portanto, assegura a liberdade de todos dentro de um modelo de soberania, onde a lei assegura a abstrata proteção aos indivíduos dentro da acepção de um vínculo político “nacional”.

O conceito de soberania é o fundamento de legitimação do Estado absolutista, pelo qual os homens uma vez que cedam sua liberdade ao monarca devam obedecê-lo sem reservas; pois para Hobbes o posto de soberano é o supremo mando do Estado, a fim de preservar a segurança do povo. Locke³¹¹ pensa um modelo alternativo à soberania absoluta, onde a humanidade e, portanto, a falibilidade do monarca é ressaltada:

Mas desejo lembrar àqueles que levantem tal objeção que os monarcas absolutos são apenas homens, e, se o governo há de ser o remédio aos males que necessariamente se seguem de serem os homens juízes em suas próprias causas, razão pela qual o estado de natureza não pode ser suportado, gostaria de saber que tipo de governo é esse e em que é ele melhor que o estado de natureza, no

³¹⁰ LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo civil*. Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.384-387.

³¹¹ LOCKE, J. Op.Cit p.392.

qual um homem, no comando de uma multidão, tem a liberdade de ser juiz em causa própria e pode fazer a todos os seus súditos o que bem lhe aprouver, sem que qualquer um tenha a mínima liberdade de questionar ou controlar aqueles que executam o seu prazer (...) Muito melhor é o estado de natureza, no qual os homens não são obrigados a se submeterem à vontade injusta de outrem e no qual aquele que julgar erroneamente em causa própria ou na de qualquer outro terá de responder por isso ao resto da humanidade.

O Estado do contratualismo filosófico se desenvolve numa forma jurídica caracterizada essencialmente pela soberania e pelo normativismo individualista, que na expressão do poder que o soberano possui pela delegação que os homens livremente lhe concederam (Hobbes), e para Locke, pelo consentimento livre e individual da maioria em constituir o poder soberano através do parlamento (daí a ideia de um vínculo democrático). O conceito contratualista de Estado desenvolvido no âmbito da sociedade estamental está caracterizado na sua fundamentação teórica na ideia de soberania e das corporações sociais que o integram, os estamentos aristocrata, eclesiástico e plebeu. Porém, a soberania está nas mãos do monarca absoluto, que estabiliza o sistema político pela coerção e se legitima com o “direito divino”.³¹²

Kant defende que o povo, ligado ao soberano pelo vínculo político, cumpre *a priori* obedecer à autoridade constituída como soberana, reconhecendo-a como tal e não realizando sedições contra a mesma, a fim de assegurar o sumo bem político (valor) que é a paz. A ideia de Rousseau de uma soberania popular virtuosa expressa através da vontade geral implica a finalidade democrática do Estado, com a titularidade incontestada do povo sobre a soberania estatal e a limitação desta pela lei, sendo o povo o autolegisador

³¹² ROZENSWEIG, F. *Hegel e o Estado*: São Paulo: Perspectiva, 2010, p.215.

que põe a lei. Essa ideia caracterizará a fundamentação do Estado de Direito francês³¹³.

Virtudes morais deverão ser em uma perspectiva liberal sobre Kant, vivenciadas fora do Estado e em todo caso afeitas ao sistema de valores relativos ao sujeito, aos interesses dos indivíduos ou de grupos sociais e institucionalizados como bens jurídicos a serem protegidos pelo Estado. Este, pela imposição da validade normas, faz com que os sujeitos que ao aderirem a um determinado sistema jurídico possam internalizar as normas (por acatarem os conteúdos das mesmas) e agirem de acordo com a sua perspectiva subjetiva de interesses, mas orientando-os objetivamente de acordo com normas públicas e princípios constitucionais³¹⁴. Tendo em vista as influências acima descritas, a tradição democrático-legislativa da vontade do povo e a tradição da supremacia da lei é que encaminhará a caracterização conceitual do Estado de Direito kantiano, centrado na ideia de Montesquieu de que o Executivo deve se limitar pela lei e o juiz se vincula à lei no processo decisório, porque a lei é produto da vontade do povo. Isso remete à vinculação da soberania com a legislação. O ato de formação jurídica do Estado para Kant é a promulgação legislativa, um poder de criação do Estado pela lei do soberano, que deve ser forte para impor a legislação.

Remetendo à discussão contratualista de soberania, da qual Kant é continuador, é preciso saber se o soberano é o povo ou o monarca. A teoria do consentimento presente em Locke leva a crer que o assentimento público de

³¹³ HECK, J.N. *Ensaio de Filosofia Política e do Direito: Habermas, Rousseau e Kant*. Goiânia: Ed. da UFG, 2009, p.67.

³¹⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.95.

todos os homens às leis é o que gera o pacto civil. Diz Kant (AA 06:311)³¹⁵ sobre o Estado, que entendemos ser uma apregoação de limitação jurídica a qualquer pretensão de construção de direitos subjetivos contra a publicidade, mas em consonância com a mesma. Essa vertente é característica da tradição contratualista, a ideia da abstração da vontade dos homens e sua assimilação no processo legislativo como meio gerador de legitimação do poder e, dessa forma, de se construir um ‘estado jurídico’. A autoridade política procede do soberano reconhecido como sendo o monarca e não do “Direito Natural” ou do “Direito Divino”, pois para Hobbes a lei do Estado é manifestação de vontade do soberano, que não está submetido às leis, mas se encontra acima destas.³¹⁶ Kant (AA 06: 319)³¹⁷ responderá em favor de Locke e não de Hobbes, que o soberano poder em uma República é o poder do povo, “representado pelos seus deputados (no Parlamento), tem nestes guardiões da sua liberdade e dos seus direitos...”. O poder do povo, que é o poder legislativo, dentro dos princípios republicanos da liberdade, da igualdade civil e da independência (KANT, AA 08: 290)³¹⁸. Kant (AA 08: 290)³¹⁹ definiu a *liberdade* perante os demais enquanto *homem*, sem paternalismo por parte do Estado, com concessão de favores ao súdito; a *igualdade* como a posição de tratamento equânime de todos perante a lei e a sujeição do indivíduo à coação legal pública, o vínculo comum obrigatório sob uma Constituição erigida com base

³¹⁵ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.175: “O conjunto de leis que precisam ser universalmente promulgadas para produzir um estado jurídico é o Direito público. - Este é, portanto, um sistema de leis para um povo, quer dizer, para um conjunto de homens, ou para um conjunto de povos, que, achando-se entre si numa relação de influência recíproca, necessitam do estado jurídico sob uma vontade que os unifique, ou seja, de uma constituição (*constitutio*), para se tornarem participantes daquilo que é de Direito. - Este estado dos indivíduos num povo, em relação uns com os outros, chama-se estado civil (*status civilis*) e o seu todo, em relação aos seus próprios membros, chama-se Estado (*civitas*), o qual, em virtude de sua forma, ou seja, na medida em que está unido pelo interesse comum de todos em estar no estado jurídico, recebe o nome de coisa pública (*res publica latius sic dicta*).”

³¹⁶ SKINNER, Q. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Ed. da Unesp, 2010, p.182.

³¹⁷ KANT, I. *RL*, Op. Cit. p.189.

³¹⁸ KANT, I. *TP, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica*. Estudo preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 27.

³¹⁹ KANT, I. *TP*, Op. Cit. p.27.

em princípios jurídicos; a *independência* como a não dominação por um governo despótico. Hobbes³²⁰ defende que mesmo num governo despótico se se mantiver a liberdade privada, existe um governo “liberal”, é o que Petit³²¹ chama de liberalismo individualista ‘não-intervencionista’, onde o homem é livre se mantiver a liberdade natural de se locomover e de defesa do corpo, de busca da própria conservação, o que confronta a posição hobbesiana com a posição dos liberais republicanos de sua época na Inglaterra, que não aceitavam qualquer espécie de sujeição despótica. Kant admite o liberalismo econômico com o direito de posse, de liberdade de usufruir de bens etc. Existe uma liberdade natural econômica que expressa um estado pré-jurídico que só é assegurado através de leis públicas, mas tal liberdade deve ser pensada no estado civil como liberdade jurídica de agir, pois para Kant um homem é mais livre quanto menos for coagido fisicamente, sendo apenas através do dever (jurídico) em um Estado de leis no qual é capaz de ser compelido a fazer algo somente em virtude da lei, o que efetivamente o coloca em confronto a Hobbes e a idéia de uma liberdade coexistente com dominação política (não independência)³²².

Para o cidadão republicano e livre que Kant concebe, não bastam tais direitos civis acima descritos. É necessária a representação parlamentar, a fim de vincular a soberania do Estado à legalidade de uma Constituição e formar o cidadão capaz de atuar sobre esse mesmo Estado, isto é, mantendo a liberdade, que é o primeiro dos direitos numa República. Assim, o Estado encontra-se entre a fundamentação de seu poder no contrato social,

³²⁰ SKINNER, Q. *Hobbes e a liberdade republicana*. São Paulo: Unesp, 2010, p.144.

³²¹ PETIT, P. *Teoria da Liberdade*. Tradução Renato Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.204.

³²² No segundo ensaio de (AA 08: 303, *TP*, Op.Cit.p.46) Kant confronta diretamente Hobbes: “*Hobbes es de la opinión opuesta. Según él (De Cive, cap. 7, §14), el jefe de Estado no está vinculado em modo alguno com el pueblo mediante contrato, y por ello nunca puede incurrir en injusticia contra el ciudadano*”. Para Kant isso é inaceitável porque o soberano não é celestial, pode se equivocar em sua gestão (KANT, *TP*, Op. Cit.p.46) e o súdito não deve aceitar desmandos. O cidadão pode inclusive criticar o legislativo e deve ter o direito de crítica reconhecido (KANT, *TP*, Op. Cit.p.48), por meio da liberdade de expressão.

assegurando a liberdade do indivíduo através de sua soberania constitucional e legal (República), e a manutenção do “espírito de liberdade”, que deve predominar numa República (KANT, AA 08: 305)³²³ como liberdade de criticar o próprio Estado mediante o uso da razão, da função do sábio como um agente da *Aufklärung* (Esclarecimento)³²⁴. Trata-se do “espírito de liberdade” (KANT, AA 08: 305) que deve predominar em um Estado, que deve tomar a liberdade do indivíduo como fim primordial, como diz Guyer³²⁵. Somente assim, com essa abertura à publicidade, o Estado poderá encaminhar-se a um fim que assegure ao indivíduo sua liberdade pública de expressão e as liberdades privadas. O Estado kantiano encontra-se entre o paradoxo de ser soberano através da lei, a coação estatal sendo o meio de se assegurar a instauração republicana de princípios jurídicos e constitucionais e de assegurar o respeito à lei intervindo na liberdade particular³²⁶, e de assegurar a liberdade do cidadão através dessa mesma lei.

Partindo, então, dessa fundamentação republicana e contratualista do Estado, a definição kantiana de Estado fica justificada, conforme o §45 da *RL*: “Um Estado (*civitas*) é a união de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas” (KANT, AA 06:313). Não se pode esquecer que historicamente Kant está inserido em um Estado despótico – o prussiano, que como tal se formou pela autocracia principesca de origem medieval. Assim, o que Kant faz em sua filosofia jurídico-política é formular uma forma jurídica para dar conta das tensões políticas de sua época entre autocracia e democracia ‘burguesa’ em

³²³ KANT, I. *TP, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica*. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006,p.48.

³²⁴ GUYER, P. Autonomia e responsabilidade na filosofia política de Kant. *In*: BORGES, M. de L.; HECK, J. (orgs). Kant: *Liberdade e Natureza*. Florianópolis: Edufsc, 2005, p.29.

³²⁵ GUYER, P. Op. Cit. p.29.

³²⁶ Coloca WILLASCHEK, M. Why the *Doctrine of Right* does not belong in the *Metaphysics of Morals*. On some Basic Distinctions in Kant’s Moral Philosophy. *Jahrbuch für Rechts und Ethik*. Berlim, v.5, 1997, p.205-227, que a coercibilidade jurídica para Kant é assegurada na racionalidade do Direito e na limitação racional e necessária, minimamente, da liberdade, e não decorre da moralidade supra-estatal, porque direito e faculdade de coagir são a mesma realidade.

construção pelo processo revolucionário que se desencadeia na Europa do Século XVIII em diante. Enfim, propugna pela consideração de um Estado constitucional, que, segundo a presente tese, seria um Estado de Direito na fundamentação dada por Kant³²⁷. Essa finalidade do Estado de garantir a individualidade livre é um dado importante para uma concepção liberal da esfera Política, na medida em que afasta o republicanismo ‘radical’ ou político-histórico da tradição maquiaveliana. Assim, pode-se recuperar Kant e seu sistema de liberdades políticas individuais, mas sem as “virtudes” de um cidadão vinculado à vontade geral que tudo pode, sendo, portanto, eventualmente sem limites, como em Rousseau, para quem a vontade geral se sobrepõe ao indivíduo e por isso desrespeitos à dignidade humana na visão de Kant feririam a ‘paz’ como bem político supremo (KANT, AA 06: 352)³²⁸. Kant (AA 06: 341-342)³²⁹ aponta, no §52 da *RL*, que Luís XVI errou ao deixar o povo sem representação. Ao diretamente assumir um poder de reforma contra a maioria dos membros do parlamento francês ele colocou-se numa posição de inferioridade, ao declarar que o povo poderia tomar as rédeas das reformas – na verdade, o que se coloca é que o povo somente pode assumir as reformas mediante um sistema de representação, portanto, contrário à “democracia direta” do radicalismo político de Rousseau³³⁰.

Diante de tais conflitos políticos, Kant define o bem maior do Estado como sendo a paz. Portanto, uma paz justa, sob o império do Direito, o qual emana do contrato social como base do Estado. O contrato assegura que os

³²⁷ Cf. PINZANI, A. *Kant revolucionário?* In: BORGES, M. de L.; HECK, J. (Orgs). *Kant: Liberdade e Natureza*. Florianópolis: Edufsc, 2005, p. 37-49.

³²⁸ KANT, I. §62 *RL*, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.240.

³²⁹ KANT, I. *RL*, Op. Cit. p. 225.

³³⁰ ROUSSEAU, J.J. *Do contrato social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin, 2011, p.111: “o poder legislativo pertence ao povo, e só a ele pode pertencer”. “Toda lei que o povo em pessoa não ratificou é nula, não é uma lei.” (ROUSSEAU, 2011, p. 151). O povo constitui o corpo político e pode revogar a autorização de exercício do poder dada ao governo a qualquer tempo, o que não impede que cada cidadão individual seja considerado súdito (ROUSSEAU, 2011, p.155).

indivíduos cedam sua liberdade para a fundação e reforma do Estado, porém a reforma para Kant é exercício da soberania do povo através do parlamento. Na proposta da presente tese, o exercício de uma 'liberdade crítica' perante o próprio Estado poderia oferecer uma legitimação democrática adicional à República kantiana, tendo em vista que o liberalismo de Kant não seria uma mera busca de "felicidade" individual, mas um ideal da razão. A República de Kant é uma *res publica* (coisa pública) que busca condições racionais de liberdade e igualdade para todos, mas com a participação de todos na construção dos direitos mediante o exercício da razão nas instâncias públicas³³¹.

A fundamentação política da República em Kant se dá pela vontade do povo unida (KANT, AA 06: 341) §52 da *RL*³³², um conceito que se aproxima da democracia atual, pois confia à vontade democrática o direcionamento do poder legislativo, que é o poder soberano e autor da lei através do parlamento. Esse é o cerne da acepção de democracia procedimentalista de Kant. Se, para

³³¹ KERSTING, W. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Ed. da PUC-RS, 2003, p.71. Cfr também BOURGEOIS, B. *Philosophie et droits de l'homme de Kant à Marx*. Paris: Presse Universitaires de France, 1990, Kant realiza a síntese entre o ideal de felicidade (*bonheur*) e os ideais deontológicos de sua filosofia racional na defesa de um núcleo de direitos do homem o que aparentemente parece ser contraditório, mas que na prática da democracia, isto é, do Estado de Direito significa a realização dos mesmos na concessão aos homens do direito de buscar seus interesses, p.35: "*Gracé à son heuresse contradiction, la philosophie pratique de Kant témoignerait, en quelque sorte malgré elle, dans la culmination même en elle de la problématique idéale-libérale des droits de l'homme, pour le dépassement de celle-ci dans un accomplissement réel-démocratique d'elle-même.*" Por isso Kant rejeita a violência revolucionária e opta pela paz racional da conquista dos direitos humanos (BOURGEOIS, 1990, p. 35). Essa prática democrática de direitos humanos em Kant será resolvida em função de uma previsão de direitos na esfera legal e constitucional, portanto, de sua juridificação.

³³² KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.224: "**Mas toda a verdadeira República é e não pode ser senão um sistema representativo do povo, que pretende em nome do povo e mediante a união de todos os cidadãos, cuidar dos seus direitos, por intermédio dos seus delegados (deputados).**" Mais adiante proclama que o povo é o próprio soberano (KANT, 2005, p.224-225): "**o povo unido não só representa o soberano, como é ele próprio o soberano; porque é nele (no povo) que se encontra originariamente o poder supremo, do qual hão-de derivar-se todos os direitos dos indivíduos, como meros súditos (ou então, como funcionários do Estado), e a República, uma vez estabelecida, não precisa já de abrir mão das rédeas do governo e entregá-las de novos àqueles que o tinham anteriormente conduzido e que poderiam agora voltar a aniquilar, com o arbítrio absoluto, todas as novas instituições.**"

Kant, República *for equal* à Democracia constitucional na acepção atual da significação política, e ‘democracia radical’ segundo a interpretação de Maus³³³, há um elemento republicano-democrático que é liberal, pois Kant é liberal enquanto defensor de um sistema de direitos privados. Tem-se, então, um elemento republicano, a radicalização da democracia, tomado por um liberal, isto é, por alguém que defende liberdades e direitos privados.

Para Maus³³⁴ Kant busca uma democracia como avaliação do governo pelo cidadão, numa defesa radical do processo legislativo enquanto participação do povo. Contrariamente à democracia atual na qual é a consonância entre os objetivos do Estado e do Judiciário o critério de saber se uma República é democrática. Essa avaliação do povo da qual cogita Maus a nosso ver se completa com a concessão ao cidadão da capacidade ampliada de agir juridicamente por si mesmo com mecanismos previstos no Estado de Direito e não apenas delegada ao parlamento. Outro problema, então, se põe à estratégia de fundamentação do Estado kantiano: se ele se encaminhará a uma defesa da vontade soberana do povo através da lei, o que poderia ser cumprido por um governo forte que representasse a vontade geral, ainda que de modo radical (como em Rousseau e sua concepção de vontade geral ‘irresistível’³³⁵), ou se através da lei se defenderá uma liberdade individual nos moldes liberais, para que se possa defender a ação limitadora do Estado a partir da ação do cidadão e não apenas do parlamento como representante da vontade geral. Acreditamos que a tensão entre a liberdade individual fundante do contrato originário e a ordem jurídica decorrente do estabelecimento desse pacto e sua autonomia soberana (institucional); implica o reconhecimento da liberdade pelo Estado, liberdade inclusive que o antecede – essa nos parece a solução mais coerente kantianamente, para manter o caminho de

³³³ Cfr. MAUS, I. *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.95; p.140.

³³⁴ Cfr. MAUS, I. Op. Cit.p.140ss.

fundamentação contratualista do Direito a partir da *RL*, como coloca Kersting³³⁶.

O cidadão deve reconhecer a soberania do Estado (KANT, AA 06: 338-339³³⁷). Kant é republicano numa linhagem que remonta ao pensamento inglês do Séc. XVII, localizado por Quentin Skinner³³⁸ no âmbito de uma República 'livre' que se adequa e se limita à lei. Para Kant liberdade política e República são ideais filosófico-políticos interligados que se conectam e se complementam necessariamente em uma síntese política na ideia de um Estado de Direito. Com efeito, está fundamentado na lei e na Constituição (republicanismo) e na defesa da liberdade (com a limitação do arbítrio estatal e a igualdade de todos perante a lei). Kant (AA 06: 315-316)³³⁹ disse explicitamente que a autoridade

³³⁵ ROUSSEAU, J.J. *Do contrato social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin, 2011, p.45.

³³⁶ KERSTING, W. *Kant's concept of State*. In: Williams, H. (ed.) *Essays on Kant's Political Philosophy*. Chicago: Chicago University Press, 1992, p.143-165: "Kant define o direito à liberdade, dado para cada um, como a independência do constrangimento arbitrário dos outros. A mesma orientação para se autodeterminar e para ter a responsabilidade pessoal pela sua própria vida é implicada pelo conceito de liberdade política, pelo conceito de liberdade como princípio legal formativo da comunidade (Trad. direta)."

³³⁷ KANT, I. §51 *RL*, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.220-221.

³³⁸ KERSTING, W. *Op. Cit.*, p.147.

³³⁹ KANT, I. §47 *RL*, *Op. Cit.* p.182.

deve ser respeitada mesmo a despótica, por isso para Salatini Kant defenderia um “autocratismo republicano”³⁴⁰.

Não concordamos com Salatini porque o fim do Estado em Kant é republicano (assegura a liberdade, igualdade e independência dos súditos) – autoritarismo é despotismo que deve ser combatido através da reforma (§52 *RL*) em prol da democracia, embora não somente pelo sufrágio universal, mas como cidadania qualificada (vide a discussão sobre cidadania ativa e passiva na seção 3.2). Defender a ordem não significa defender um governo despótico. A ordem é um valor republicano (seção 2.2), como apontou Ricardo Terra, e não uma forma de violência injustificada contra o povo, mas em defesa do povo. A punição à rebelião, de qualquer forma, é uma autorização para a defesa legal da República, assim como todo o direito penal aplicado por um processo judicial (KANT, AA 06:335)³⁴¹. Para Kant só há punição ao cidadão se

³⁴⁰ Rafael Salatini em *Kant, democracia e liberalismo*. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.7, jan./jun. 2010, p.196: defende que Kant seria a favor de um autocratismo republicano em *En torno al tópico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica*. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, por ser contra a soberania popular, o Estado pode opor violência contra violência no caso de combater uma insurreição. Diz Salatini: “Diferentemente de Locke (embora semelhantemente a Hobbes ou Rousseau), Kant considera que o poder do governante, isto é, o “poder no Estado” (seja este autocrático, aristocrático ou democrático), é “irresistível”, o que significa que, uma vez concedida (percebiam-se os termos, “por voto”, ou seja, segundo discutido acima, tendo em vista uma concepção de sufrágio que é restrito e não universal) a acessão a uma lei, que se torna, por esse intermédio, uma lei pública, a esta lei não se pode oferecer, por parte dos cidadãos, nenhuma forma de resistência, isto é, não se pode desobedecê-la por nenhum motivo, seja de forma pacífica ou principalmente violenta. Para Kant, fiel à ideia da separação dos poderes, a respeito da qual é irredutível, o princípio liberal lockeano do direito à resistência representa, inversamente, não somente um princípio errôneo, mas em si abjeto: em suas palavras, “nenhuma comunidade que tenha uma existência de direito” pode aceitar a resistência interna, seja enquanto sedição, revolta ou rebelião, uma vez que este princípio, caso universalizado, colocaria em xeque o próprio fundamento contratual do Estado, e com este o “estado em que unicamente os homens podem estar na posse dos direitos em geral”, sendo, logo, um princípio contrário à razão e, por isso, “num corpo comum o crime mais grave e mais punível”. Ou seja, enquanto um poder tirânico (perceba-se, tirânico, e não despótico: um poder excessivo, que procede “de modo violento”, mas não destituído da separação de poderes) fere alguns interesses dos cidadãos, como a liberdade, o direito de resistência fere o próprio fundamento do acordo comum entre todos os cidadãos que permite a organização social segundo um direito externo coercitivo, garantidor do meu e do teu, instaurando novamente o estado de natureza (que Locke afirmava ter sua existência prolongada justamente pelo poder público quando este se torna tirânico).”

³⁴¹ KANT, I. *RL*, Anotação Geral E, I, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.215.

autorizada pela lei, e nos seus limites, aplicada pelo judiciário mediante um processo público (KANT, AA 06:335). Jamais, portanto, o exercício do Direito em Kant poderia ser tomado como arbitrário, porque ele é sempre legal-processual e garantista de direitos subjetivos³⁴². Acreditamos que é possível uma fundamentação do Estado de Direito que possa levar à democratização do próprio poder. Kant não pode afastar a liberdade do governante (autonomia pública), mas pode esperar a não rebelião, a reforma legislativa que respeite a autonomia privada, e que torne efetivo o Estado como uma República, isto é, um Estado de Direito, aproximando-se à tradição alemã do *Rechtstaat*, produto da razão expressa como soberania da Constituição, da lei e da segurança pública do cidadão. Nesse sentido, ele congrega elementos de constitucionalização inglesa liberal, a ideia de ‘Constituição moderada’ (KANT, AA 06: 316)³⁴³ que é um processo de constitucionalização reformista e sujeita ao controle judicial. Esse reformismo não revolucionário possui por finalidade o cumprimento da lei e leva a uma conservação do Estado.

Nesse ponto o pensamento kantiano revela-se atualizado, na medida em que busca equilibrar, dentro do Direito, as tensões pela disputa do poder e as discordâncias com o sistema vigente de legalidade. Habermas³⁴⁴ aponta que a aceção de respeito aos direitos fundamentais pelo Estado, que remonta à aceção kantiana de Estado, a necessidade de firmar liberdade e autonomia frente ao relativismo e contextualismo de valores. Para Kant os direitos fundamentais se firmam na luta pelos ‘direitos do cidadão’ (*droits du citoyen*) perante o Estado, liberdade, propriedade e resistência à tirania, como expõe

³⁴² Ingeborg Maus em “O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”, *In: Novos Estudos do Cebrap*, n. 58, nov. 2000, p.196. Cf. também de Ingeborg Maus *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.345; p.408.

³⁴³ KANT, I. §49 *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.183-184.

³⁴⁴ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.44.

Bourgeois³⁴⁵. Kant circunscreve os direitos humanos a direitos de cidadania não sem propósito, pois antecipa a divisão atualmente existente da Ciência do Direito entre direitos humanos (cosmopolitas), cujos titulares são todos os seres humanos independentes da cidadania política; e direitos fundamentais decorrentes da cidadania política vinculada a um Estado de Direito. Kant, portanto, busca conferir segurança e positividade aos direitos humanos. Isso indica sua confiança e expectativa na positividade dos mesmos, e rechaça qualquer leitura moral sobre o que se deve fazer em termos de defesa de direitos: só são defensáveis conforme o Direito positivo, embora possam ser pensados a partir de uma instância racional prática que não se esgota os direitos humanos ao mero rol de direitos humanos positivados, mas podem ser produzidos novos direitos pela discussão racional pública. Por outro lado, numa linha de desenvolvimento kantiano, Habermas³⁴⁶ frisa o papel da dignidade humana e da liberdade de expressão no espaço público como orientações paradigmáticas básicas para a expressão de direitos fundamentais do sujeito (posição liberal).

Assim, liberdade e República poderão coexistir em uma esfera política que conduza o respeito aos direitos pessoais como núcleo do Estado de Direito, encaminhando o 'Estado Constitucional' a um 'Estado Democrático' como proteção estatal desses direitos do cidadão, o qual instrumentalizará judicialmente essa esfera de direitos circunscrita na lei. Mas o acesso aos direitos no sistema de Kant não basta a nosso ver: essa é a solução kelseniana. Acreditamos que isso limita a liberdade ao positivismo; mas através do uso crítico da liberdade política na proposta aqui defendida (seções 3.1 e 3.2), mantém a função de uma *liberdade crítica* em relação ao Estado. Para que se pense um Estado dentro de uma racionalidade prática kantiana é

³⁴⁵ BOURGEOIS, B. *Philosophie et droit d'homme. De Kant a Marx*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990, p.40.

³⁴⁶ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.44, vol.1.

preciso que a liberdade política mantenha sua função crítica da execução do pacto político pelo Estado, através do uso democrático do Direito. Não implica usurpar função do legislativo, mas antes se favorecer o juízo individual sobre as leis. Afinal, Kant não pensou uma cidadania completamente passiva, mas ao contrário, sem cair na teoria de Rousseau da mobilização sentimental da vontade do povo, pensou uma cidadania em seu exercício racional prático nos limites do Estado constitucional (veja-se a seção 3.2).

2.4 O USO PÚBLICO DA RAZÃO EM KANT E SEU SIGNIFICADO POLÍTICO

Construir uma racionalidade coletiva como acesso público à razão comunicada via expressão pública de juízos do entendimento sobre a Política indica um caminho para a superação das desigualdades. Na verdade, a razão pública implica a possibilidade de compartilhamento das possibilidades discursivas de todos através do uso da linguagem em um espaço público democrático, isto é, com liberdade de expressão irrestrita, exercitável por todos.

A utilização do uso público da razão (com liberdade e com a finalidade da verdade) exige qualificação para a intervenção no debate público por uma razão esclarecida na comunidade acadêmica (KANT, AA 07: 34)³⁴⁷, isso não exclui a ideia da liberdade de expressão e de pensar como direito público de exercício de expressão por todos os cidadãos e a melhoria do nível do entendimento geral – os ideais do esclarecimento traçados em “O que é o Esclarecimento ?” (1783) por Kant.

*O projeto do Esclarecimento é universal, é do interesse de todos os homens a universalização da publicidade e do uso da razão*³⁴⁸ (KANT, AA 08:34). A garantia de que todos terão acesso à publicidade é a existência de

³⁴⁷ KANT, I. *SF, O conflito das faculdades em tres partes*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p.85.

³⁴⁸ KANT, I. *WA, Resposta à pergunta: o que é esclarecimento (Aufklärung) ? In: Textos Seletos*. Tradução Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 64-65.

espaços públicos de exercício de liberdade de expressão assegurados pelo Estado em um governo republicano, creio que essa seria uma garantia da ideia kantiana de republicanização estatal. Mas o que garante que o Estado se comporte de tal forma, como prevê o pensamento kantiano?

Primeiramente, é preciso observar que Kant (AA 08: 36-37)³⁴⁹ defende o manuseio do entendimento por qualquer indivíduo a fim de que se esclareça:

Que porém, um público se esclareça (*aufkläre*) a si mesmo é possível; mais que isso, se lhe for dada a liberdade, é quase inevitável. Pois encontrar-se-ão sempre alguns indivíduos capazes de pensamento próprio, até entre os tutores estabelecidos da grade massa, que, depois de terem sacudido de si mesmos o jugo da menoridade, espalharão em redor de si o espírito de uma avaliação racional do próprio valor e da vocação de cada homem em pensar por si mesmo. O interessante nesse caso é que o público, que anteriormente foi conduzido por eles a este jugo, obriga-os daí em diante a permanecer sob ele, quando é levado a se rebelar por alguns de seus tutores que, eles mesmos, são incapazes de qualquer esclarecimento (*Aufklärung*) (...) Para este esclarecimento (*Aufklärung*), porém, nada mais se exige senão *liberdade*. E a mais inofensiva entre tudo aquilo que se possa chamar liberdade, a saber: a de fazer *uso público* de sua razão em todas as questões (...) o *uso público* de sua razão deve ser sempre livre e só ele pode realizar o esclarecimento (*Aufklärung*) entre os homens.

Kant (AA 08: 289)³⁵⁰ disse que o mais fundamental dos direitos é o da liberdade de expressão (pública), a base de todo o edifício republicano está

³⁴⁹ KANT, I. *WA*, Resposta à pergunta: o que é esclarecimento (*Aufklärung*) ? In: *Textos Seletos*. Tradução Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2008, p.65-66.

³⁵⁰ KANT, I. *TP*, II ensaio, contra Hobbes, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudio preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.37ss.

sob esse alicerce. O reformismo deve ser garantido no fito de desenvolver a democracia e garantir, por consequência, a esfera pública. Para Kant é o uso da razão como expressão da emancipação que libertará o ser humano das trevas da ignorância. *Sapere aude!* O ousa saber kantiano é uma instigação à liberdade de expressão, o que somente poderia ocorrer em um Estado de Direito, onde as garantias jurídicas estão presentes. O uso público da razão implica na defesa do direito à liberdade de expressão contra os desmandos de um eventual governo despótico de um Estado, diz Paul Guyer, parafraseando Kant no ‘Conflito das Faculdades’ (*SF*)³⁵¹: “A liberdade de expressão está entre os ‘direitos inalienáveis’ do ser humano e ninguém recusa um direito inalienável simplesmente porque possui um emprego público.”

Assim, observa-se que problema do fundamento da política em Kant é de construção de um paradigma discursivo intersubjetivamente aceito, capaz de sustentar os conflitos naturais de uma “sociabilidade insociável”. A proposição da razão passa de um sujeito a outro, pelo uso público³⁵² o discurso construído se organiza como espaço público enquanto esfera de comunicação das instâncias de produção de poder, a sociedade civil e seus representantes ao parlamento. Para isso o uso público da razão implica não apenas a razão científica, mas a comum, que segundo Habermas³⁵³ era crucial para Kant: “Também Kant dá um grande valor ao “conhecimento moral da razão humana comum”; tem plena consciência de que “não é necessária nenhuma ciência ou filosofia para saber o que há a fazer”.

³⁵¹ GUYER, P. *Autonomia e responsabilidade na filosofia política de Kant*. In: BORGES, M. de L.; HECK, J. (orgs). Kant: Liberdade e Natureza. Florianópolis: Edufsc, 2005, p.9-30.

³⁵² Kant aparentemente faz um uso reutivo do conceito de uso público da razão, essencialmente o manuseio da palavra escrita ou falada pelo sábio ou pensador, nesse ponto vamos ampliar o significado do termo dentro de uma compreensão habermasiana do que seja razão pública e comunicativa como processos de formação de discurso através do uso da liberdade em condições de discussão pública protegidas constitucionalmente, ampliando a noção de uso público da razão de Kant para todos os cidadãos e não apenas os sábios ou parlamentares e letrados.

³⁵³ HABERMAS, J. *Comentários à Ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p.120. Habermas interpreta a *GMS* de Kant para afirmar esse uso comum da razão kantiano.

Esse uso comum da razão em Kant ao qual todos podem dar assentimento, é a base do interesse prático dos sujeitos pela política, e se o cidadão tem algum poder, mesmo em um Estado não democrático, implica partir desse ainda não esclarecido patamar de racionalidade³⁵⁴.

Já John Rawls³⁵⁵ indica um grau de comprometimento com a razoabilidade e não com a razão (como Kant) quando constrói sua proposta de um foro da razão pública para a democracia constitucional. Rawls transformará a posição de Kant do uso da razão prática a partir de um ideal de cidadãos iguais que trabalham sob premissas de discursos abrangentes para um ideal de véu da ignorância e de consenso sobreposto de princípios de igualdade entre grupos que almejam valores geralmente mutáveis e plurais. Essa função de proteger a democracia constitucional é da razão pública, que na acepção de Rawls possui as seguintes características: é uma síntese de razões abrangentes presentes numa dada sociedade; não ataca razões abrangentes de doutrinas amplas, como religião, correntes de pensamento social ou político

³⁵⁴ UČNÍK, L. Kant: sensus communis e razão pública. Tradução Nuno Coimbra Mesquita. *In: Impulso*, Piracicaba, n.15 (38), p.105-117, 2004: “A ênfase de Kant na responsabilidade do público letrado para julgar os eventos do mundo é mais relevante agora do que na sua época. Ele insiste em que precisamos de um espaço público não só destinado a expor nossas ideias a outrem, para haver mais escrutínio público, mas também a fim de descobrir ideias de outras pessoas, de modo a aprender como pensar livremente por nós mesmos (uma maneira madura de pensar), sem prescrições da Igreja ou da tradição, sem questionamento da comunidade em que vivemos...Já na primeira Crítica, Kant fala do dever de cidadãos livres de avaliar criticamente alegações exageradas da razão....Para ele, portanto, a crítica da razão não é a preocupação de um filósofo solitário que legislará para todos em segregação, mas uma crítica a ser exercida por todos. A hipérbole da razão dis respeito a todos nós...Proibir o uso da razão pública é “ferir e maltratar os direitos da humanidade”. Um monarca, “mesmo que seja esclarecido, não tem medo de sombras” e permite o intercambio público de ideias”. Kant defende que a maturidade da razão está associada ao uso público da razão, ou, como se diz atualmente, à livre expressão...Em comunidade com outras pessoas, participamos e, ao mesmo tempo, moldamos esse senso comum, descrito por Kant como : 1.pensar por si mesmo; 2. pensar do ponto de vista de todas as outras pessoas e 3. sempre pensar consistentemente. Assim, levando-se em conta o espaço político, a ideia kantiana de *sensus communis* é importante. De acordo com ela, cabe pensar independentemente (pensar por si mesmo), bem como adotar mentalmente os pontos de vista de outrem, ao considerar assuntos públicos (mentalidade ampla) e sempre persistir com os próprios julgamentos (pensar consistentemente).”

³⁵⁵ RAWLS, J. *O Direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.181, concepções razoáveis adequadas ao espaço público politizado e democrático.

etc; é destinada a integrantes do Estado que podem aplicá-la ou a líderes político-partidários; é dada ao cidadão como concepção política que pode funcionar como critério de reciprocidade quando manuseada de um sujeito a outro, a fim de avaliar o equilíbrio reflexivo entre eles que gere um consenso sobreposto (*overlapping consensus*). Rawls define tais características da razão pública em 1993 em *Political Liberalism*, e as reformula em *The revised ideia of public reason* (1999).

Já o *liberalismo justificatório* de Gerald Gaus defende a tradição liberal em sua justificação moral de valores perante a ordem pública³⁵⁶, respeitando a autonomia do sujeito na tradição kantiana e o pluralismo de valores contemporâneo, também critica as posições de Kant e Rawls porque partem de uma posição de emissão de juízos de valor da esfera privada, e não se pronunciam diretamente sobre a ordem pública, leis públicas e razões de Estado, por exemplo, como marco objetivo de justificação³⁵⁷. Para Gaus, o que Rawls introduz na esfera pública – reinterpretando a esfera pública kantiana – são as noções de “véu da ignorância” e de razoabilidade, mas o esquema de justificação parte de um discurso do sujeito sobre seus próprios valores e não um discurso sobre a ordem pública³⁵⁸.

A solução de Rawls para esse tipo de objeção é que as disputas de valor seriam resolvidas no âmbito do foro da razão pública, principalmente a valores que se referem a posturas sedimentadas em práticas institucionais e politicamente democráticas³⁵⁹. Os juízes, diante de conflitos de valor, deveriam estabelecer um critério impessoal e equânime entre as posições envolvidas e

³⁵⁶ GAUS, G. *The order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a diverse and bounded world*. New York: Cambridge University Press, 2011, p.15.

³⁵⁷ GAUS, G. Op. Cit.p.49 ss.

³⁵⁸ GAUS, G. Op. Cit.p.49.

³⁵⁹ RAWLS, J. *O Direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.181, concepções razoáveis adequadas ao espaço público politizado e democrático. Para Kant, a política deveria se submeter ao ‘tribunal da razão’, que autolimita a pretensão de normatividade das partes, evita o domínio do poder como força e decisão irracionais e busca o equilíbrio das proposições pelos procedimentos. Nesse sentido conferir: O’NEILL, O. *Constructions of Reason: Explorations of Kant’s Practical Philosophy*. New York: Cambridge University Press, 1989, p.20.

jamais decidir com base nos próprios valores, mas naqueles adequados ao caso³⁶⁰. Bem como as razões utilizadas devem ser calcadas em leis públicas e em pretensões de civilidade e reciprocidade dos princípios resolutórios de conflitos invocados³⁶¹.

Como Kant não é tão ‘institucionalista’ a ponto de Rawls nem tão ‘publicista’ como Gaus, poderia parecer quase sem função política o uso da razão comum pelo cidadão kantiano. Podemos trazer em defesa de Kant a postura de Habermas³⁶² :

O público pensante dos ‘homens’ constitui-se em público dos cidadãos, no qual ficam se entendendo sobre as questões da *res publica*. Essa esfera pública politicamente em funcionamento torna-se, sob a “constituição republicana”, um princípio de organização do Estado liberal de Direito.

Diz Kant³⁶³ que a liberdade de pensamento e sua função de expressão são inalienáveis por qualquer soberano, por mais poderoso que ele pretenda ser. É o núcleo último de presença da liberdade, que resguarda a autonomia porque capacita o sujeito à formação de suas próprias opiniões; fortalece a comunicação pública, incitando o cidadão à projeção de valores comuns, e assegura também o pluralismo como “fato da liberdade” em uma República constitucional, sem submeter a razão a uma lei que ela não aceite, daí a função crítica da razão exercida pelo cidadão como explica Kant³⁶⁴,

³⁶⁰ RAWLS, J. *O Direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.191.

³⁶¹ RAWLS, J. Op. Cit. p.198.

³⁶² HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 130.

³⁶³ KANT, I. Que significa orientar-se no pensamento? *In: Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p.59.

³⁶⁴ KANT, I. Resposta à pergunta: o que é esclarecimento? *In: Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p.59.

A liberdade de pensar contrapõe-se, em primeiro lugar, à coação civil. Sem dúvida, há quem diga: a liberdade de falar ou de escrever podemos ser tirada por um poder superior, mas não a liberdade de pensar. Mas quanto e com que correção nós pensar, por assim dizer não pensássemos em conjunto com os outros, a quem comunicamos os nossos pensamentos, enquanto eles comunicam a nós os deles! Portanto, podemos com razão dizer que este poder exterior que retira dos homens a liberdade de comunicar publicamente seus pensamentos rouba-lhes também a liberdade de pensar: o único tesouro que ainda nos resta apesar de todas as cargas civis, e graças ao qual unicamente pode ainda criar um meio contra todos os males desta situação.

Kant mostra o quão poderosa é a liberdade de pensar como antídoto ao arbítrio, a forma de uma liberdade de expressão construída jurídica e criticamente (uso racional-prático da faculdade de julgar) enquanto formação do processo de comunicação constitui uma resistência ao caráter compulsório de sociedades não publicizadoras do fundamento do poder que as rege – daí o princípio da publicidade ser tão caro a Kant (AA 08: 386)³⁶⁵, de modo a que todos os atos do executivo sejam publicados, a fim de garantir o controle democrático dos mesmos. Mas publicidade significa, também, acesso público aos atos estatais pelos cidadãos, sem que esses possam se pronunciar sobre atos estatais não se está em uma República.

Para Habermas³⁶⁶ Kant não admite o sacrifício da vida privada à autonomia pública, não se pode transferir direitos de modo a afetar a vida privada como núcleo de direitos naturais, assim, não se pode abdicar da liberdade que por um processo de autoreflexão funda o Direito. Para Habermas³⁶⁷,

³⁶⁵ KANT, I. *ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.46.

³⁶⁶ Habermas em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.135.

³⁶⁷ HABERMAS, J. Op. Cit. p.135.

Kant não interpretou a ligação da soberania popular aos direitos humanos como restrição, porque ele partiu do princípio de que ninguém, no exercício de sua autonomia como cidadão, poderia dar a sua adesão a leis que peçam contra sua autonomia privada garantida pelo direito natural.

Para Habermas o argumento de Kant é exatamente esse, é que a esfera privada autônoma assegura indiretamente a liberdade política por não ter uma vinculação com a pretensão de autonomia pública, o que aconteceu com Rousseau. Contra Rousseau, para quem a vontade geral era uma comunhão de vontades e de sentimentos e não de entendimento esclarecido³⁶⁸, Kant almeja um uso público da razão esclarecido na esfera política³⁶⁹, e segundo Habermas em uma estrutura linguística que já atende a critério intersubjetivistas³⁷⁰. Em apoio à posição de Habermas acreditamos que no texto acima “Que significa orientar-se no pensamento?”, Kant diz que a função da liberdade de expressão é poder comunicar pensamentos e que isso assegura a liberdade pública. Portanto, existe uma função política do uso público da razão.

O uso privado da razão em um sentido de uma razão não douta, uma razão do homem comum, tem um papel político importante em Kant, ele fundamenta uma dimensão pessoal da racionalidade em um dado centro específico de interesse, que é a atividade de dá livremente sua opinião e do não radicalismo, conforme expôs Aramayo³⁷¹:

Sin embargo, Kant sí estaba plenamente convencido de que su distinción entre uso público y uso privado de la razón comportaba una indudable ventaja, puesto que bien aplicada podía evitar el recurso a la

³⁶⁸ HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.122.

³⁶⁹ ARAMAYO, R. Kant y la ilustración. *In: Isegoría*, n. 25, p. 293-309, 2001.

³⁷⁰ HABERMAS, J. *A Ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.13.

³⁷¹ ARAMAYO, R. Op. Cit.p.293-309.

revolución. Esto lo vio muy bien Erhard en su escrito de 1795 *Sobre el derecho del pueblo a una revolución*: «es posible —leemos allí— que las constituciones se adapten a los diferentes grados de emancipación, impidiendo de este modo la verdadera revolución, hasta el extremo de que todo sucede poco a poco e imperceptiblemente la constitución consigue su correcta forma oral. Igual que se dice que el pueblo es culpable de su minoría de edad, también se puede afirmar del gobierno que él fue el culpable de toda revolución, al no haberse sabido adaptar a la emancipación o no respetar los derechos humanos del pueblo. Feliz es el Estado en donde su gobierno es constantemente tan justo como para tratar al pueblo en correspondência con lo exigido por la ilustración. En tal Estado ocurre lo que pasa en otros a través de la *revolución*; sin embargo, a este tipo de Estado se llega por la evolución producida merced a la ilustración» (cfr. *Qué es ilustración*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 95 y 97). Kant apuesta decididamente por la vía de una paulatina reforma constitucional que vaya mejorando ésta poco a poco y haga superfluo el recurrir a un traumático proceso revolucionario (...)

O problema da ideia de uma esfera pública depende da forma de constituição já assentada em um Estado de Direito, que deve ser constituído para haver esfera pública, e constituinte das condições de possibilidade jurídica do debate político livre³⁷². Prossegue Habermas:

Na *Crítica da Razão Pura*, Kant tinha atribuído ao consenso aberto dos debatedores públicos a função de um controle pragmático da verdade: “A pedra de toque do teste sobre se é uma convicção ou uma persuasão é, portanto, externamente, a possibilidade de comunicá-la e considerá-la válida para a razão de todo e qualquer ser humano.” A unidade inteligível da consciência transcendental corresponde a concordância das consciências empíricas que se efetua na esfera pública (...) Diante do tribunal da esfera pública todas as ações políticas devem poder ser remetidas às leis que as fundamentem e

³⁷² HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.134.

que, por sua vez, estão comprovadas perante a opinião pública como leis universais e racionais.³⁷³

Como esclarece Habermas³⁷⁴ o espaço público só existe com um público crítico e acostumado à crítica, que o populismo não assegura. Desenvolvendo a esfera pública liberal através da educação para a Política é que se tem a construção de uma esfera pública crítica, Habermas pensa na atualização da ideia kantiana de uma educação cívica e de um uso público da razão como atividade esclarecedora, a fim de que se favoreça um 'patriotismo constitucional' na expressão habermasiana.

³⁷³ HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.132-133.

³⁷⁴ HABERMAS, J. *Mas Allá Del Estado Nacional*. Madrid: Trotta, 2008, p.156.

TERCEIRO CAPÍTULO - UMA CONCEPÇÃO CRÍTICA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ESTADO

‘Só há um direito inato. A liberdade (a independência ao arbítrio compulsivo de outrem), na medida em que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este o direito único, originário, que corresponde a todo homem em virtude da sua humanidade.’³⁷⁵ Immanuel Kant.

3.1 O CONCEITO DE ESTADO EM KANT E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE "CRÍTICA" COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DAS LEIS

A defesa de valores políticos relativos ao sujeito prioritariamente (seções 1.2 e 1.3) e a exposição da primazia de uma liberdade qualificada racional e eticamente na tradição política kantiana (seção 2.2), buscam mostrar que o conceito a liberdade kantiano de liberdade política é o de uma racionalidade qualificada, inserido no contexto da tradição liberal, mas dialogando na medida de sua apropriação crítica e normativista com a tradição republicana de Política estatal e de valores políticos coletivos.

A “liberdade crítica” é uma proposição que representa uma radicalização e ampliação do sentido kantiano de que a liberdade inata é o único direito inato que antecede o Estado. Essa proposição está em vista para direcionarmos o papel de fundamentação da liberdade do indivíduo no Estado de Direito.

³⁷⁵KANT, I. (AA 06:237).RL, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.56.

Inicialmente devemos recolocar a pergunta: o que é o Estado para Kant; e se em Kant existe um Estado de Direito. Uma interpretação direta do §45 *RL* (KANT, AA 06:313), pode-se conceber que para Kant a reunião de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas remete ao conceito de contrato formador do Estado; um contrato entre os indivíduos e sua capacidade de projetar fins exteriores, prático-rationais com sentido político, deliberativo sobre a vida de uma dada comunidade.

O que os indivíduos projetam como acordo racional antes do Estado é o contrato, a forma exterior de um acordo de vontades, o que necessariamente remete ao conceito fundamental de que a fonte desse acordo é tão somente a vontade exterior individual discursivamente acordável, uma pura possibilidade da razão em vista de um fim externo que é o contrato político. O contrato se vincula ao conceito de Direito: um querer limitado regulado pela lei prática universal. O fim do Direito é a proteção da liberdade política dos contratantes, que são todos os que se colocam como aderentes pela razão à lei fundada por uma dada comunidade. A lei prática dessa comunidade vale em um sentido interno (imaneente ao sistema normativo) para todos os que anuíram ao contrato e num sentido externo (transcendente ao sistema normativo) a todos os que ela dispor que a devam respeitar, que são todos os indivíduos em um sentido universal (*erga omnes*).

A lei da razão pura prática é acordada externa e publicamente, e todo o Direito só existe mediante uma forma pública “todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e com a política” (KANT, AA 08:386), que é a exteriorização institucional do Direito através da lei (conjunto de leis públicas) que mediante sua aplicação gerarão a estabilidade na sociedade³⁷⁶:

³⁷⁶ KANT, I. *ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.52.

Com efeito, se tão-só pela publicidade elas podem alcançar o seu fim, devem então adequar-se ao fim universal do público (a felicidade), e a tarefa própria da política é a consonância com esse fim (fazer que o público esteja contente com a sua situação). Mas se este fim só pela publicidade, isto é, através da eliminação de toda a desconfiança quanto às máximas, se pode alcançar, então estas devem estar também em concordância com o direito do público, pois só no direito é possível a união dos fins de todos. – O desenvolvimento e a explicação subsequentes deste princípio deixá-los-ei para outra ocasião; digo apenas que é uma fórmula transcendental e que se deve depreender a partir da eliminação de todas as condições empíricas (da teoria da felicidade) enquanto matéria da lei, e partir da simples consideração da forma da legalidade em geral.

Então se pode conceber que a lei jurídica universal passe a ser aquilo que transcendentemente é posto somente a partir do contrato, o Direito nesse processo de formação construtivo é algo que independe de qualquer fato moral prévio à racionalidade³⁷⁷. A política em Kant deve ter um fim que é a obtenção da paz, mas trabalhando com o conflito dentro do exercício dos direitos no procedimento jurídico autorizado para tal, e a ideia de uma publicidade como princípio jurídico-moral (através do qual há a concordância do direito com a política) norteador das ações envolvendo qualquer relação com o setor público (como dito na seção 1.2). O que Kant chama “eliminação de desconfiança sobre as máximas” é a ideia de que não se pode faltar com a verdade nas relações contratadas, a procedimentalização ético-jurídica das demandas subjetivas com motivações de ação (máximas) que possam ser efetivadas mediante os procedimentos não escusos ou enganadores, o dever de cumprir os pactos e a ideia de uma publicidade (esclarecimento discursivo) do que for acordado, para ser de conhecimento de todos (“Toda a pretensão jurídica deve ter a possibilidade de ser publicada”³⁷⁸).

³⁷⁷ RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.279.

³⁷⁸ KANT, I. (AA 08: 381). *ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.46.

Não existe conteúdo do Direito anterior ao contrato racional, produto da reflexão dos indivíduos que fundam o Direito. Assim, qualquer pretensão de fundar juridicidade antes do contrato público e racional não vingará: moral (em um sentido de práticas de regulação de conduta e não de reflexão racional sobre a lei moral), política ou cultura não podem fundamentar o Direito.

A possibilidade de um Direito positivo decorre do conceito racional de Direito, produzir normas significa aplicar a forma conceitual do Direito como instrumento regulador da produção jurídica, só é Direito aquilo que segundo uma lei cogente respeitar as liberdades em uma relação recíproca. Por esse raciocínio a relação do imperativo jurídico com o imperativo ético deve ser de separação e não de dependência do Direito para com a ética. O raciocínio que funda o Direito não depende da racionalidade prática que fundamenta a obrigação moral universal. O Direito como acordo sobre normas é neutro e formal. Nada assegura seu conteúdo para além da justificação racional e sua forma pública. Em Kant, o conceito de Direito está sempre a nortear qualquer compreensão sobre a ontologia do Direito: acordo de vontades em vista a uma lei universal de liberdade.

Para Bonaccini³⁷⁹, o conceito de liberdade ética em Kant se subdivide em liberdade negativa, quando o indivíduo não se inclina às suas paixões, e positiva, quando a essa independência se acresce a consciência racional de se conceder um motivo universalmente válido para agir, sendo assim um indivíduo autônomo. Só podemos avaliar uma ação se a observarmos empiricamente e universalizarmos o motivo da conduta.

³⁷⁹ BONACCINI, J. A. Kant e o problema da analogia na avaliação das ações humanas. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009, p.117.

Mas podemos julgá-la moralmente se utilizarmos o princípio universal do imperativo categórico, uma voz da consciência interna capaz de ouvir a razão e preservar nossa autonomia³⁸⁰. A lei moral obriga, pois, nossa consciência internamente, como consciência ética. Já a lei jurídica obriga de um ponto de vista externo, na medida em que o Direito coordena arbítrios externos em função de uma lei universal³⁸¹.

A base moral do direito é o dever de reciprocidade universal, mas com liame obrigacional garantido externamente pela coerção exercida com base na lei (pública) jurídica³⁸². O Direito é comparado a uma lei natural de ação e reação por Kant na Introd. da *RL*, *um sujeito age em um sentido e pode sofrer uma reação no mesmo âmbito em sentido contrário, o que reduz o âmbito moral da liberdade, quando juridicamente considerada, a uma classe específica de arbítrios coordenados entre si ligados a obrigações externas garantidas coercitivamente, que é o Direito*³⁸³.

Creemos, portanto, utilizando o uso da analogia no pensamento jurídico kantiano proposto por Bonaccini, que a consideração moral do Direito não deixa de existir em absoluto no âmbito do Direito, que é cumprido como norma jurídica, mas em analogia com um direito moral, cumprindo o direito como se fosse um ato moral. Isso remete ao próprio fundamento processual da justiça kantiana: garantia de procedimentos legais a fim de se buscar igualdade e liberdade dentro da lei e o uso de um juízo de valor por um juiz se inspirando na moral para decidir. É possível cumprir o Direito moralmente, com analogia moral na deliberação decisória, mas utilizando a norma jurídica como parâmetro específico da decisão.

³⁸⁰ BONACCINI, J. A. Kant e o problema da analogia na avaliação das ações humanas. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009, p.118.

³⁸¹ BONACCINI, J. A. Op. Cit.p.136.

³⁸² BONACCINI, J. A. Op. Cit.p.140.

³⁸³ BONACCINI, J. A. Op. Cit.p.140.

Todavia, qualquer obrigação moral universal (uma virtude absoluta ou universal) que pudesse ser tomada como superior à obrigação jurídica estatal não poderia kantianamente interferir na relação interna de validade que se estabelece somente com a normatividade jurídica fundada por uma dada comunidade³⁸⁴. Essa obrigação teria o pressuposto moral de uma exigência de dignidade universal por direitos humanos, e teria que contar com a anuência de uma moralidade universal pensada do mesmo modo por todos os povos³⁸⁵, ou seria a criação de uma meta-norma pelos Estados, o que Kelsen³⁸⁶ já observou que careceria de coercibilidade jurídica universal. Nada asseguraria a possibilidade de tal coerção, a não ser um costume que não susteria um Estado como produto da razão universal e produtor de uma racionalidade universal enquanto validade normativa.

O que justifica moralmente uma ação é na perspectiva kantiana o significado prático-racional da mesma e não seu conteúdo, não existe conteúdo moral antes dos procedimentos racionais de construção da moralidade, a qual se dá como perspectiva da fundamentação racional da ação moral do sujeito.

O procedimento moral se constrói pela utilização de nossa reflexão racional.³⁸⁷ A auto-autenticação da razão depende do conjunto de membros que enquanto serem racionais se pronunciam publicamente sobre questões de interesse coletivo. A razão é constituída na publicidade do uso dos juízos particulares e pelo exame crítico de suas perspectivas de fundamentação, ou

³⁸⁴ Como diz Kersting a obrigação jurídica implica uma autovinculação a fim de formar a lei jurídica dos sujeitos de uma comunidade. Cf. KERSTING, W. O fundamento de validade da Moral e do Direito em Kant. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009, p.169.

³⁸⁵ BIELEFELDT, H. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. Porto Alegre: Unisinos, 2000, p.32.

³⁸⁶ Kelsen frisa o caráter consuetudinário e não racional da norma cogente de Direito Internacional Público, embora não descarte a eficácia de tratados jurídicos transnacionais, mas de eficácia limitada ao pactuado. Cf. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.348ss.

³⁸⁷ RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.273.

seja, de projeção de normas de conduta em um espaço público criticável por todos³⁸⁸.

A razão no Direito se apresenta como ordenação pública de normas, onde o indivíduo atua como ser introdutor de proposições racionais e mantém vivo o pacto racional de criação do Estado. Ele o faz de modo direto no voto e aceitação das decisões normatizadoras do parlamento. E, pela nossa tese, através da “liberdade crítica” ao Estado, de modo reflexivo enquanto cidadão. Tal publicismo é concebido no âmbito do Direito Racional de Kant. Para Habermas³⁸⁹, Kant coloca na igual liberdade pré-política inata o fundamento da Política. Em Kant o Estado cria condições de tutela da Política, do exercício do poder sobre as pretensões de legitimação dos sujeitos. O Estado de Direito existe por causa da liberdade, da forma de organização do conjunto normativo, que se organiza a partir da esfera da razão.

Kelsen pensou um Direito igual ao Estado, querendo controlar a Política através do Estado de Direito³⁹⁰ por seguir uma fundamentação a-histórica, tecnicista, onde se aprova o estatuto estatal sem uma discussão sobre a manutenção da legitimidade do Estado. Para Kervégan querer controlar a política através da ordem estatal e pressupor a pureza do Direito na autopoiese dessa ordem, significa querer fixar a própria realidade que o circunda pela construção de um Direito estático, que realiza decisões através de seus agentes ao pressupor uma realidade política estável³⁹¹. Na prática, Kelsen se aproxima de Schmitt: é um decisionista que busca pôr ordem em uma sociedade que é tudo menos estática³⁹². Para Kervégan a decisão é a condição primeira de validade, como já discutido em uma linha de interpretação política

³⁸⁸ RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.300.

³⁸⁹ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1, p.44.

³⁹⁰ HELLER, H. *Teoría del Estado*. Tradução Luis Tobío. Cidade do México: FCE, 1998, p.84.

³⁹¹ KERVÉGAN, J. F. *Hegel Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p.34.

³⁹² KERVÉGAN, J. F. Op. Cit. p.34.

da fundamentação da *Grundnorm* de Kelsen (seção 1.2). Existe o ‘fato da força’ promovido pela autoridade soberana decisionista, a qual para se impor como soberana decide com a lei, mas não em favor da lei – portanto, não favorável ao bem comum. Isso para Kelsen fundamenta em último caso o Estado, a força que o sustenta e a todo o Direito.

A fundamentação do Estado em Kant se dá em um desdobramento do direito inato à liberdade objetivando racionalizá-lo com a justificação contratualista segundo Kersting³⁹³: ‘a lei do Direito racional de Kant é uma lei formal universal da liberdade de ação.’ A articulação do Direito kantiano afasta pretensões substancialistas de fundo ético ou político e confere a função da liberdade aos sujeitos e seus mecanismos de acordos racionais de vontades políticas.

O importante em Kant na fundamentação do Direito é manter sua legitimidade política, portanto, a reconstrução do entendimento livre entre os indivíduos em prol da formação de um consenso jurídico coativo assegurado por normas jurídicas universais. Kersting aponta um problema nessa perspectiva, como conciliar liberdade de ação e lei universal de liberdade, que é o próprio princípio de existência do Direito? Para Kant o domínio do direito de propriedade é o paradigma central de uma visualização de como se pode apreender a liberdade civil a partir de uma defesa de posições subjetivas enquanto pretensões de agir e faculdade de agir autorizada legalmente a fim da defesa de interesse particular, “a autorização da coerção como permissão para defesa de domínios universalmente compatíveis com a liberdade é um elemento constitutivo do conceito de Direito.”³⁹⁴

Para Kersting, se não existir possibilidade de defesa do poder individual através do Direito não existirá propriamente Direito, pois o poder de conferir a ação jurídica a cidadão é o que assegura a existência do próprio Direito, e se

³⁹³ KERSTING, W. *Política, liberdade e ordem. A Filosofia Política de Kant. In: GUYER, P.(Org.). Kant, Aparecida, Ideias & Letras, 2009, p.414.*

³⁹⁴ KERSTING, W. *Op.Cit. p.415.*

configura na posição de um direito subjetivo à propriedade como corolário externo defesa da individualidade – sem direito à propriedade não haverá direito subjetivo em geral, porque a base de defesa da individualidade é a possibilidade de instauração de propriedade juridicamente defensável³⁹⁵. Para Kersting existe um direito natural à propriedade conectado diretamente à liberdade como uma garantia e instrumentalização da mesma. Frisa Kersting que “o direito da razão, fundamento na liberdade, exige a propriedade privada”³⁹⁶.

Uma doutrina que realisticamente negue tal consequência racional é possivelmente comunista, porque não assegura a propriedade do indivíduo, abrindo a possibilidade teórica de se pensar um “não-direito” à propriedade³⁹⁷. Para Kersting Kant é “anticomunista” e frisa a capacidade de autotutela do proprietário como etapa de consolidação do Direito Racional. Se existe apropriação e ela se legitima com a formalização jurídica e se estabiliza pela concessão do título de propriedade³⁹⁸, é preciso que se possa defendê-la com os mecanismos do próprio Direito. É o que se expressa nos §1 ao §23 da *RL*³⁹⁹ como sistema de proteção aos direitos patrimoniais.

Agora, saber se uma justiça pública sobre a propriedade com consequências distributivas apenas se refere ao uso individual ou social depende de uma distribuição dos direitos e deveres que foge ao sistema de uma determinação formal do Direito. É uma questão política e de governo a escolha sobre como aplicar o Direito. Não dependeria diretamente do sistema

³⁹⁵ KERSTING, W. *Política, liberdade e ordem. A Filosofia Política de Kant*. In: GUYER, P.(Org.). *Kant*, Aparecida, Ideias & Letras, 2009, p.417.

³⁹⁶ KERSTING, W. Op. Cit.p.417.

³⁹⁷ KERSTING, W. Op. Cit.p.417.

³⁹⁸ KERSTING, W. Op. Cit.p.419.

³⁹⁹ KANT, I. (AA 06: 245-277). *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 67-119.

jurídico pensado racionalmente por Kant. Nesse sentido é que Kersting⁴⁰⁰ proclama:

A ordem de liberdade da razão jurídica e o mecanismo recíproco de coerção indicam os mesmos momentos estruturais da igualdade e da reciprocidade. A coerção recíproca é o meio racional no qual se apresenta a ordem de liberdade da razão do Direito, através do que ela se torna realidade.

Podemos concordar com Kersting em que o sistema do Direito racional contratualista de Kant se baseia na concessão de um direito de defesa à propriedade e da garantia de titularidade da mesma através do sistema jurídico. Mas no campo do Direito Público a defesa da cidadania republicana apresenta outra dimensão, que é a dimensão da normatizadora jurídica da vontade política do cidadão.

Existem possibilidades de, pensando na linha de reflexão kantiana, implementar os valores republicanos expressos na seção 2.2., não apenas através do sistema de direitos subjetivos (explicitados no §1 ao §23 da *RL*)⁴⁰¹ como sistema de proteção aos direitos patrimoniais; nos § 24 ao §30 da *RL*⁴⁰² como sistema de proteção ao direito familiar; e nos §31 ao §40 da *RL*⁴⁰³ como sistema de proteção aos direitos contratuais, esses setores seriam de proteção a direitos privados, mas valores republicanos no campo publicista, a proteção da cidadania no § 50 e o 'direito das gentes'⁴⁰⁴ no § 53 e seguintes da *RL*⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ KERSTING, W. O fundamento de validade da Moral e do Direito em Kant. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p.147-182, 2009.

⁴⁰¹ KANT, I. (AA 06: 245-277). *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.67-119.

⁴⁰² KANT, I. (AA 06: 277-284). *RL*, Op. Cit. p.120-130.

⁴⁰³ KANT, I. (AA 06: 284-305). *RL*, Op. Cit. p.130-167.

⁴⁰⁴ KANT, I. (AA 06: 337-338). *RL*, Op. Cit. p.219.

⁴⁰⁵ KANT, I. (AA 06: 343-344). *RL*, Op. Cit. p.226-227.

Afora o direito de votar, ser votado, ir e vir e expressar-se publicamente (§43 ao §49 da *RL*)⁴⁰⁶ cabe, ainda, como corolário do Direito racional enquanto perspectiva de legitimação de todo Direito o projeto de um Direito Público legitimado pela razão e publicizado, em vista de uma fundamentação da legitimação política do Direito, que não se resolve apenas na forma jurídica, mas na manutenção da liberdade em um sentido racional-crítico como uso da razão pelo próprio cidadão. Não vemos outro modo melhor de resguardar tal liberdade na tradição kantiana que não seja através de um uso crítico da mesma como faculdade de criticar o Estado.

Como frisa Maus⁴⁰⁷, Kant não se rendeu ao poder estabelecido, ele sempre pensou que o sentido do ‘Direito da Razão’ é a *res publica noumenon*, o Direito como ideal de autonomia de defesa de direitos. Como se mostrou acima, o sistema de direitos implica sua movimentação por parte dos cidadãos: “Kant pressupõe cidadãos ativos que não compreendem a comunidade dissociada deles: estes tomam consciência de seu direito ao participar do processo decisório geral.”⁴⁰⁸

Para Maus, a teoria de Georg Jellinek de um *status* ativo (votar e ser votado, se manifestar, e ir e vir) e um *status* passivo (respeitar a ordem jurídica pública) deve ser criticada de uma perspectiva kantiana: não existe uma forma de poder institucionalizado que possa negar ao cidadão o direito de se insurgir mesmo contra o legislativo, porque as formas de poder são instituídas pelo próprio Estado⁴⁰⁹. O (AA 06: 313-314) §46 da *RL* define a cidadania a partir da *capacidade de voto*. Kant não pensou em uma acepção de democracia análoga ao direito revolucionário francês do séc. XVIII⁴¹⁰ com uma desconfiança ampla

⁴⁰⁶ KANT, I. (AA 06: 311-337). *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 175-218.

⁴⁰⁷ MAUS, I. *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.278.

⁴⁰⁸ MAUS, I. Op. Cit.p.278.

⁴⁰⁸ MAUS, I. Op. Cit.p.278.

⁴⁰⁹ MAUS, I. Op. Cit.p.280.

⁴¹⁰ MAUS, I. Op. Cit.p.280.

no executivo. Aceitamos a posição de Maus no referente a uma contestação ao legislativo “na ideia de Kant, de que somente o próprio “povo” pode fazer frente à vontade do legislador⁴¹¹, mas acreditamos em vias racionais por isso mesmo reformistas e institucionais de cidadania. Diz Kant (AA 06:313-314) na *RL*, §46⁴¹²:

O poder legislativo só pode caber à vontade unida do povo. Uma vez que dele deve decorrer todo o Direito, não pode ele causar com a sua lei injustiça a absolutamente ninguém (...)

Os membros de uma tal sociedade (*societas civilis*), quer dizer, de um Estado, reunidos para legiferar chamam-se cidadãos (*cives*) e os seus atributos jurídicos incindíveis de sua natureza como cidadãos são : liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei senão aquela a que deram consentimento; a igualdade civil, quer dizer, não reconhecer no povo nenhum outro superior senão aquele em relação ao qual ele tenha a mesma faculdade moral que ele em relação a si tem de obrigar juridicamente; em terceiro lugar, o atributo da independência civil que consiste em dever sua própria existência e conservação não ao arbítrio de outro no povo mas aos seus próprios direitos e capacidades como membro da comunidade, por conseguinte, a personalidade civil, que consiste em não poder ser responsabilizado por nenhum outro nos assuntos jurídicos.

Só a capacidade de votar qualifica o cidadão como tal; mas essa capacidade pressupõe independência daquele que, no povo, não quer ser meramente parte da comunidade (...)⁴¹³

Para Maus sempre é possível pensar e agir em prol da democratização do Estado; essa responsabilidade pertence a todos, mesmo a quem delegou

⁴¹¹ MAUS, I. *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.280.

⁴¹² KANT, I. *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.179.

⁴¹³ Adiante Kant excluirá da cidadania ativa os que não podem votar por incapacidade jurídica ou natural, portanto não independentes: mulheres, aprendizes de artesãos ou de comerciantes, os menores, os serviçais em geral, aqueles que não possam prover ao seu sustento, Kant os define como cidadãos passivos, sujeitos às leis, mas com direito à liberdade e a igualdade como seres humanos que no seu conjunto constituem o povo. Cf. KANT, I. Op. Cit.p.180-181.

seu poder de legislar ao parlamento, e ao judiciário cumpre controlar a aplicação da lei pelo executivo. O argumento de Maus, todavia, é que para Kant esse controle seria exercido mais eficazmente se fosse exercido institucionalmente pelo próprio povo, e não através da instância judicial⁴¹⁴,mas para isso é preciso frisar a participação cidadão no processo legislativo, apenas com essa garantia as finalidades liberais e republicanas do Estado kantiano podem ser asseguradas conforme Maus⁴¹⁵:

o legislador se legitima através da observância dos dispositivos procedimentais da Constituição, assim como através da vontade popular atual anterior a ele, mas não através de leis ordinárias que ele mesmo coloca.

O problema de uma autonomia do sujeito e dos valores construídos a partir da interpretação que o sujeito realiza da vida política projeta valores que pretendem legitimar uma sociedade democrática assegurada por um Estado de Direito que Kant denomina de República (§45 *da RL*, um conjunto de leis de liberdade que regem indivíduos autônomos que deram consentimento a esse ente estatal e erigem uma Constituição), que possui como cerne uma ideia de autonomia como liberdade política e de igualdade como base de legitimação dos fins de um Estado, nos quais devem estar presentes os valores da paz, igualdade, liberdade, bem comum e segurança (seção 2.2)⁴¹⁶.

O parlamento assume a função da soberania e busca estabelecer uma lei pública que reforce o compromisso contratual. A lei é um produto da vontade indireta do povo e direta do parlamento, que está sujeito ao jogo dos interesses

⁴¹⁴ MAUS, I. *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 280.

⁴¹⁵ MAUS, I. Op. Cit.p. 311.

⁴¹⁶ Em Kant a liberdade política juridicamente exercida fundamenta um liberalismo de base contratualista em que o direito racional à liberdade é condição *a priori* de constituição de todo Direito e que a relação de força que protege as normas surgidas da liberdade são aplicadas somente com autorização legal, portanto, de acordo com o próprio conceito de Estado como ente coercitivo.

políticos, por isso diz Kant⁴¹⁷ (AA 06: 371): “quem alguma vez tenha nas mãos o poder não deixará que o povo lhe prescreva leis”. A prática da Política deve se limitar a princípios racionais, e isso não cessa com o Estado de Direito já estabelecido. Ao contrário, neste deve haver uma Política moral que se desenvolva dentro dos princípios do Direito e não um moralismo político (interesses particulares em busca do poder), como diz Kant⁴¹⁸ (AA 06: 372).

Nessa dissociação prática entre o ideal legal-constitucional e o pragmatismo da ação política, emerge a necessária recomposição da legitimidade do Estado pela ação cidadã de exercitar juízos políticos sobre a Constituição por parte do cidadão. Daí pensarmos nas conseqüências possíveis de um modelo de cidadania jurídico-contestatória a partir dos princípios do Direito Racional de Kant.

3.2 A LIBERDADE DO USO PÚBLICO DA RAZÃO E A NORMATIVIDADE DECORRENTE DA CIDADANIA PARTICIPATIVA EM KANT

A liberdade inata assume a forma de autonomia política através do Estado de Direito e se torna liberdade externa enquanto liberdade de praticar atos jurídicos dentro do Estado e permitidos por lei. Se a problemática da manutenção da liberdade política em uma República é instigante, no sentido de uma liberdade que não se desenvolve nos quadros formais da República, porque deveria versar sobre o pluralismo de valores (seção 1.2 e 2.2), e exige-se uma fundamentação adicional que integre a autonomia do indivíduo e a pretensão pública de justiça (seção 2.3).

Um desdobramento do uso público da razão defendido por Kant pode ser expresso em nossa concepção como uma faculdade de “liberdade crítica” ao Estado, uma ampliação da liberdade política de produzir juízos políticos com finalidade de normatizar pelo cidadão. De qualquer forma, a concepção de

⁴¹⁷ KANT, I. *ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.35.

⁴¹⁸ KANT, I. *ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.36.

cidadania eleitoral de Kant foi qualificada e não numérico-universal; um homem jamais significou um voto. O exercício da cidadania eleitoral, para Kant, depende da independência cidadã do agente, como mostra Salatini⁴¹⁹:

No que se refere à *questão do sufrágio*, Kant escreve, no artigo “Sobre a expressão corrente: Isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática” (1793), que “chama-se lei fundamental à que apenas pode provir da vontade geral (unida) do povo, ou contrato originário” e que “quem tem o direito de voto nesta legislação chama-se um cidadão (*citoyen*), isto é, cidadão do Estado (*Staatsbürger*), e não cidadão da cidade (*bourgeois*), sendo que “a única qualidade que para tal se exige, além da qualidade natural (de não ser nem criança nem mulher), é ser o seu próprio senhor (*sui iuris*), por conseguinte, e possuir alguma propriedade (a que se pode juntar também toda a habilidade, ofício, ou talento artístico, ou ciência) que lhe faculte o sustento; isto é, nos casos em que ele recebe dos outros os meios de viver, é necessário que os adquira apenas mediante a alienação (*Veräußerung*) do que é seu, e não pelo consentimento a outros prestado para utilizarem as suas forças, por conseguinte, ele a ninguém deve servir em sentido próprio a não ser à comunidade”.(...)

Na passagem citada (cujo conteúdo seria repetido, com mais clareza, no § 46 da *Metafísica dos costumes*, onde aparece a distinção entre cidadão ativo e cidadão passivo, isto é, entre o cidadão que possui direito ao voto e aquele que não o possui), Kant é bastante claro em afirmar que, quando se trata da “vontade geral (unida) do povo”, não devem ser contados (exatamente em suas palavras, não têm “o direito de voto”) todos os que se ajustam à categoria de “cidadão da cidade” (categoria universal), mas apenas aqueles que se adéquam à categoria de “cidadão do Estado” (categoria restrita). Em suma, não o *bourgeois*, mas o *citoyen*; não o *Stadtsbürger*, mas o *Staatsbürger*. Afirmando categoricamente, Kant não é defensor do sufrágio universal, mas sim do sufrágio restrito. Pode-se dizer que os critérios apresentados por

⁴¹⁹ SALATINI, R. *Kant, democracia e liberalismo*. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n.7, jan./jun. 2010, p. 195.

Kant para restrição do voto são de duas naturezas: 1) critérios naturais, como o critério etário, que até hoje serve para excluir as crianças do direito ao voto, e o critério sexual, que serviu secularmente para excluir do direito ao voto as mulheres (ou, como dizia Kant, o “belo sexo”); e 2) critérios históricos, como o critério econômico, baseado na propriedade privada, ou, para usar os termos do direito privado kantiano, no meu e no teu, capaz de garantir a um indivíduo a faculdade de “ser o seu próprio senhor”.

Pensar que Kant defendeu um cidadão independente, mas sem o direito de se pronunciar sobre a gestão pública seria inócuo, mesmo Kant sendo um republicano e buscando a unidade do Estado e do povo, como mostrado na seção 2.3, ele não perdeu de vista que o cidadão pudesse exercitar sua liberdade política e buscar seus interesses perante o Estado. A cidadania para Kant é exercida através das instituições que integram o Estado, mas Kant⁴²⁰ (AA 06: 297) não suprimiu o direito do cidadão de criticar o Estado, embora deva obedecê-lo, como nesse exemplo de uma suposta elevação de impostos pelo Estado:

Si, por ejemplo, se prescribiese un impuesto de guerra proporcional a todos los súbditos, no podrán éstos decir que es ilegítimo por el hecho de que sea gravoso – quizá porque en su opinión esa guerra es innecesaria – pues no están facultados para juzgar tal cosa; como, por el contrario, siempre queda la (297-298) posibilidad de que esa guerra sea inevitable y el impuesto imprescindible, este último habrá de pasar por legítimo a juicio del súbdito. Pero si, en tal guerra, ciertos propietarios fuesen abrumados con los suministros que se les exigen, mientras que a otros de la misma condición se les dispensara de ellos, resulta obvio que el conjunto de un pueblo podría no dar su conformidad a semejante ley y está autorizado, cuando menos, a

⁴²⁰ KANT, I. *TP*, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”. Estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 37-38.

protestar contra ella, porque no puede considerar justo esse desigual reparto de las cargas.

Kant admite (AA 08: 304)⁴²¹, contra Hobbes, que o soberano pode agir injustamente com os súditos, não existe um governo soberano infalível: *“Pues admitir que el soberano ni siquiera puede equivocarse o ignorar alguna cosa sería imaginarlo como um ser sobeumano dotado de inspiración celestial.”*

Se Kant mantém o cidadão com sua capacidade de usar a razão mesmo no Estado soberano, como visto na seção 2.4, a cidadania não se reduz a votar, ser representado pelo parlamentar e ser súdito do soberano, mas pode-se pensar que criticar o Estado é um dever de cidadania e uma faculdade jurídica decorrente da liberdade de expressão e do “espírito de liberdade” (*Geist der Freiheit*)⁴²² que deve reinar numa República, como uma faculdade subjetiva do cidadão deduzida do Direito Racional kantiano, a partir de *uma interpretação teleológica e sistemática da RL no sentido de defender a capacidade do cidadão de arrazoar publicamente contra o Estado.*

A “liberdade crítica” ao Estado é uma faculdade político-normativa que ao criticar o Estado realiza uma vinculação à capacidade de projetar uma normatização que provenha do próprio povo (o qual é soberano além do governante, KANT, AA 06: 340⁴²³), então, ela decorre da capacidade de ser livre pressupostamente ao Estado e, através da ampliação da capacidade de participação política através do manuseio dos princípios do Direito Racional, mantém a contratualidade política que funda o Estado através da capacidade crítica do cidadão a esse mesmo Estado, corrigindo-o, instrumentalizando a obrigação de todo Estado de se republicanizar e deixar o despotismo (RL Adendo A). Em um sentido amplo, a “liberdade crítica” visa democratizar,

⁴²¹ KANT, I. *TP*, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 46.

⁴²² KANT, I. (AA 08: 305). *TP*, Op. Cit. p.48.

⁴²³ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.223.

publicizar e justificar o Estado a um patamar republicano e constitucional. Kant deixa claro que “o Estado (civitas) tem a sua autonomia, quer dizer, se estrutura e conserva segundo as leis da liberdade” (AA 08:318)⁴²⁴. As leis da liberdade são leis que protegem a liberdade do cidadão, seu direito de receber um tratamento político adequado à manutenção da liberdade pública e privada ao mesmo tempo. A finalidade do Estado é a preservação da liberdade do cidadão.

O caráter ampliativo do uso público da razão kantiano (como exposto na seção 2.4) conecta o *direito subjetivo de liberdade política* (decorrente da liberdade inata como pressuposto racionalista à *institucionalização* de qualquer direito positivo estatal), à ideia de finalidade republicana do Estado através da radicalização democrático-normativa da função crítica da liberdade de expressão como direito fundamental em uma República. O uso crítico da liberdade política é um contributo essencial ao “espírito de liberdade” que deve reinar em uma República. A “liberdade crítica” do cidadão racional kantiano, nos moldes propostos ampliativos da capacidade de ação política que decorre da *irreduzibilidade da liberdade* em Kant, é uma liberdade para propor juízos políticos instrumentalizando a possibilidade de arrazoar crítico-normativamente contra o Estado e através do Estado, sem romper a unidade do mesmo, como exige o espírito de integração republicana kantiano. Ser independente para Kant é não ser dominado pelo governante ou por qualquer outro indivíduo. O cidadão ativo em Kant é independente do governo, ele cria sua própria autonomia política e não pode ser coagido fora dos limites da lei. Kant diz que todo cidadão deve poder coagir todos os demais a respeitar sua liberdade inata, visto que a igualdade política é proteção à liberdade e garantia da independência : *“ningún hombre que viva em el estado jurídico de uma comunidade puede declinar esta igualdad, a no ser por su próprio delito, pero*

⁴²⁴ KANT, I. RL, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.186.

nunca por contrato o por la fuerza de las armas (ocupatio bellica)” (KANT, AA 08:293)⁴²⁵.

Por outro lado, segundo Kersting⁴²⁶ a independência política do cidadão em Kant, embora institucionalizada prioritariamente no parlamento como instituição de legitimação política, a ela não se reduz. O conceito de independência cidadã de Kant deve ser redimensionado, não pode se reduzir à expressão de um súdito prussiano acossado. Kant transcende as querelas políticas entre conservadores monarquistas religiosos (Burke, De Maistre, De Bonald) e radicais democratas (Rousseau) de sua época com seu Direito Racional. ‘Liberdade crítica’ como *uso independente* (RL Introd.)⁴²⁷ da liberdade política com o fim de *proponer normatividade* perante o Estado significa uma interpretação sistemática e teleológica do poder soberano do cidadão, que não pode ser cerceado mas deve ser mantido como um poder subjetivo, racional e crítico exercitável no âmbito do Estado de Direito. Uma discussão sobre a função da liberdade política em Kant se faz necessário para propor a hipótese da superação da teoria de unificação entre Direito e Estado de Kelsen. Isso porque enquanto modelo jurídico-estatal que herda a fundamentação política kantiana, *o Estado de Kelsen suprimiu a capacidade crítica do cidadão face ao Estado por não resguardar qualquer espaço à liberdade cidadã de crítica através do Direito (princípios racionais) ao Estado*⁴²⁸. Assim, não se

⁴²⁵ KANT, I. *TP*, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.31.

⁴²⁶ KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.360.

⁴²⁷ Para Kant o uso equânime da razão entre os indivíduos deve levá-los a uma limitação recíproca dos arbítrios com base em uma ação juridicamente sustentável, para Kant a equidade não é uma norma ética, mas um poder de agir sobre uma situação com base em uma faculdade jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico positivo. Cf. KANT, I. (AA 06: 234), *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.48.

⁴²⁸ Uma leitura de Kelsen como defensor da autonomia político-democrática na linha de Kant ao conceber um “Estado aberto de normas” e como ideal de uma ciência neutra, capaz de gerar legitimação pela escolha livre de membros do parlamento, como apregoa Olivier Jouanjan em seu Prefácio a *Hans Kelsen. Forme du Droit et politique de l'autonomie*. Paris: Ed. da PUF, 2010, p.40, deve ser questionada na linha de nossa investigação porque ao diminuir a importância da liberdade no contexto da fundamentação do Estado Kelsen simplesmente deixa

pode reduzir o Direito ao Estado porque o Direito é a própria auto-organização da liberdade e o Estado é o instrumento instituinte da positividade dessa liberdade, que assim passa de inata a direito político. O conceito de Estado em Kant pode ser lido, assim, como um *Estado constitucional aberto*, de acordo com a autonomia do cidadão de se conceder leis; nele a legitimação política pode ser reproposta e instituída a partir da ação do cidadão, numa “radicalização” de sua função soberana perante o Estado, não apenas votando, mas também propondo reformas. Kant é republicano na matriz de Rousseau, que defende a autonomia política do cidadão. É ainda construtivista, na linha de Rawls, para quem bens morais coletivos são justificados e construídos pelo discurso público e não intuídos ou impostos pelo poder virtuoso ou impessoal.

sem garantias o espaço de contestação em que se pretende realizar conquistas democráticas, a concepção de sujeito de Kelsen ao fazer com o mesmo dependa da ciência o coloca também na dependência da regência positivista do Estado, uma “menoridade” contrária à própria noção de autonomia moral e política.

O conceito de Estado como reunião coletiva de pessoas sob leis civis não significa ainda que se possui, somente por isso, um Estado de Direito. Existe uma diferença entre Direito e Estado⁴²⁹, este último enquanto exercido pelo soberano pode alterar o Direito, mas deve fazê-lo de acordo com a Constituição que expressa o pacto originário⁴³⁰:

Deve, no entanto, ser possível ao soberano modificar a Constituição política existente quando não seja de todo em todo compatível com a ideia de contrato originário, deixando, pois, de pé a forma que é na sua essência necessária para que o povo constitua um Estado (...)

Kant (AA 06: 340⁴³¹) diz que o soberano pode modificar a Constituição, mas deve perseguir o fim do Estado que é sua republicanização :

Mas o espírito do contrato originário (*anima pacti originarii*) comporta a obrigação de ir modificando paulatina e continuamente até que esteja de acordo, quanto aos seus efeitos, com a única Constituição conforme ao Direito, quer dizer, a Constituição de uma República pura, e que aquelas antigas formas empíricas (estatutárias), que só serviam para efectuar a submissão do povo, se resolvam na forma originária (racional), que só tem como princípio a liberdade, e que a converte mesmo em condição de toda a coerção, e que é necessária para a organização jurídica, em sentido autêntico, do Estado (...)

⁴²⁹ Direito em Kant, para nós, é a norma pela qual se exerce a liberdade de acordo com o pacto jurídico-contratual estabelecido; Estado não é uma instituição que decorre do exercício da liberdade pelo cidadão, é o poder público que pela possibilidade do uso da força assegura a liberdade de acordo com a Constituição, ele se coloca como soberano pela capacidade de exercer poder e deverá segundo Kant se constituir como Estado de Direito nos moldes de uma República da Razão. A definição do Estado por Kant é clara: é o conjunto de leis jurídico-positivas, é a ordem jurídica com poder coativo. Governo é o exercício dessa ordem por um soberano executivo legitimado pelo povo, o governo não é o Estado e a existência do Estado, sob qualquer governo, implicará a possibilidade do exercício da força para cumprir o Direito. Defendemos que a interpretação da Constituição de um Estado kantiano decorre da ação participativa do cidadão e não apenas da votação das leis e dos debates interpretativos das leis pelos parlamentares.

⁴³⁰ KANT, I. (AA 06: 340). *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.223.

⁴³¹ KANT, I. *RL, Op. Cit.* p.225.

A forma racional do Estado é sua destinação a uma finalidade republicana, que em um Estado de leis respeite a igual liberdade de todos, não existe substância ética nesse Estado além da proteção da própria liberdade do cidadão. É um Estado procedimental de construção de direitos e, sob o princípio transcendental de um Direito Público coativo protege⁴³², conforme a lei, o exercício de direitos subjetivos de todos. Nenhuma pretensão de direitos pode subsistir no ordenamento jurídico contrariamente ao princípio da publicidade. Esse é o sentido do pacto originário de um Estado republicano e seus mecanismos constitucionais de proteção. Diz Kant (AA 06: 341)⁴³³:

Esta é a única Constituição política estável, em que a lei ordena por si própria e não está na dependência de nenhuma pessoa em particular; este é o fim último de todo o Direito público, aquele estado em que cada um pode atribuir-se o que é seu peremptoriamente.

⁴³² KANT, I. (AA 08:381). *ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 46: “Toda a pretensão jurídica deve ter a possibilidade de ser publicada; por isso, a publicidade, já que é muito fácil julgar se ela ocorre num caso concreto, isto é, se lhe é possível, ou não, harmonizar-se com os princípios do agente, pode subministrar a priori na razão um critério oportuno e de fácil utilização, para conhecer imediatamente no último caso, por assim dizer mediante um experimento da razão pura, a falsidade (ilegalidade) da pretensão suposta (*praetensio juris*). Após semelhante abstracção de todo o empírico, que contém o conceito do direito político e do direito das gentes (como é, por exemplo, a maldade da natureza humana, que toma necessária a coacção), pode chamar-se à seguinte proposição a fórmula transcendental do direito público: “São injustas todas as acções que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade.”

⁴³³ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.224.

Propomos que **o cidadão possa participar desse processo de republicanização do Estado**, na medida em que Kant proclama acima que “cada cidadão pode atribuir-se o que é seu” mediante um poder de agir em conformidade à lei jurídica de um Estado Republicano, isto é um argumento da legitimação democrática do Estado, com a abertura às críticas cidadãs como liberdade política exercida perante o Estado, nos limites da lei estatal (Kant aceita a obrigação hobbesiana de se respeitar o soberano). Embora Kant vá dizer que num Estado republicano o poder legislativo resuma as funções de representação política, ele não nega explicitamente que o cidadão possa participar do Estado como cidadão ativo e contestador dos atos deste, porque o povo “é ele próprio o soberano.” (KANT 06: 341)⁴³⁴.

Entedemos, assim, que se o povo é o soberano ele não pode ser cerceado na sua busca por direitos. O uso público da razão enquanto efeito político indica a possibilidade de uma liberdade racional que perdura na sociedade política de fazer cumprir a lei natural por qualquer homem (obrigação lockeana de fazer cumprir a lei natural). O povo não deve abdicar de criticar o Estado e o parlamento; a “liberdade crítica” pode ser complementar à liberdade parlamentar de legislar. Pelo contrário, além da função crítica como arrazoado de juízos políticos aos atos estatais, a ‘liberdade crítica’ serviria complementarmente ao parlamento na construção da lei e na interpretação da Constituição. O “espírito de liberdade” que deve presidir o espírito público de um Estado para que a liberdade de expressão se torne o fim primordial da República, como diz Guyer⁴³⁵ interpretando Kant. Um mecanismo norteador da construção jurídica kantiana é a aliança entre Direito e Política (KANT, *ZeF* 08: 370)⁴³⁶.

⁴³⁴ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 224.

⁴³⁵ GUYER, P. Autonomia e responsabilidade na filosofia política de Kant. In: BORGES, M. de L. e HECK, J. (Orgs.). *Kant: Liberdade e Natureza*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005, p.29.

⁴³⁶ KANT, I. *ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 34.

A Política deve se guiar pelo Direito, mas Kant também apregoa que o Direito deve instrumentalizar os interesses e a malícia humanas típicas da ação política, que deve se desenvolver dentro da lei. Diz Kant (AA 08: 429) ⁴³⁷: “O direito nunca deve ser adaptado à política, mas a política é que sempre deve ajustar-se ao Direito.”⁴³⁸ Em ⁴³⁹‘Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade’ Kant (AA 08:429) diz que a relação de uma metafísica do Direito (conjunto de princípios racionais que formam o Direito) com a Política do Direito deve passar do axioma da liberdade do Direito, do pensamento justificador da igualdade de todos perante a lei, para um mecanismo justo de regulação concreta da liberdade política. O Direito deve ser guiado na atividade processual de sua formação, o Direito não é estático, mas dinâmico através da legitimação que a atividade política lhe concede no processo de votação das leis e de outros processos jurídico-políticos de legitimação. O conceito de Estado de Kant somente atingirá o patamar de Estado Democrático de Direito se se constituir como abertura constitucional à participação cidadã através de uma interpretação radical do conceito de poder democrático supremo do povo associada ao conceito de liberdade política de arrazoar contra o Estado. Kant não vedou tal abertura. É preciso, para democratizar o modelo de Estado liberal em Kant, pensá-lo como Estado democrático-normativista republicano e como ampliador da participação democrático-institucional. Se Kant superou o Estado Policial (que usava a violência arbitrária) e o Estado de Bem-Estar (que

⁴³⁷ KANT. I. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. *In: Textos Seletos*. Tradução Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2008, p.77.

⁴³⁸ Subtenda-se o exercício do poder não a fundamentação do Direito, que para Kant é produto do parlamento, portanto, do processo político que legitimou um dado plantel de representantes do povo, que foram eleitos por cidadãos livres, iguais e independentes a fim de assegurar a liberdade deles mesmos.

⁴³⁹ KANT. I. Op. Cit. p.76.

usava de paternalismo proselitista para tutelar o povo e legitimar o príncipe)⁴⁴⁰, é preciso salvaguardar seu modelo de Estado liberal em uma interpretação democrática e não estática de razão pública, daí a função da “liberdade crítica” aqui empreendida. Ao associar a ‘liberdade crítica’ ao sistema de direitos previstos na *RL* e na aproximação entre Direito e Política pretendida em *ZeF*, abre-se uma fundamentação democrática do conceito de Estado em Kant, que amplia sua função de recepção da liberdade e deixa de ser formal em uma acepção meramente liberal para uma implementação mais radical de sua função democrática de legitimação racional da soberania popular (republicana), mas sempre nos limites constitucionais, jamais como revolução. A ‘liberdade crítica’ se constrói em detrimento da cidadania política radical de Rousseau⁴⁴¹, Essa forma preconizada de liberdade política em Kant exige esclarecimento racional, uso da razão e debate público para ser exercitável em uma República

⁴⁴⁰ KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.78-79: a independência do cidadão republicano deve ser expressa no aspecto político como resistência a arbítrios estatais (KANT, AA 08: 289ss, *TP*, II ensaio, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p.51), que não pode ultrapassar os limites do Direito (respeito à soberania), mas ser exercida no âmbito do Direito – acrescentamos à interpretação de Kersting que essa independência também pode ser uma função discursivo-normativa que parte da reflexão do cidadão ativo politicamente. Diz Jean-François Kervégan em *O Estado de Direito no idealismo alemão: Kant, Fichte, Hegel. In: Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, vol. 4, n.1, abr. 2007, p.117: Kant adota o conceito do Abade de Sièyes de cidadania ativa, a qual engloba todos os cidadãos (*bürger*) livres da escravidão, da servidão e de qualquer *capitis deminutio*, homens, maiores de idade, ‘sãos de espírito’ e com independência econômica (certo nível de rendimento), os quais buscam a igualdade perante a lei e lutam pelo Estado de Direito. Claro que tal conceito de cidadão ativo “clássico” kantiano merece uma interpretação ampliada para se independentizar através de instrumentos de cidadania participativa amplos setores do povo, dado que a evolução do princípio da participação política haver se estendido às mulheres e às pessoas com maioria civil conforme a lei de cada nação em amplas partes do globo terrestre.

⁴⁴¹ HECK, J. N. *Contratualismo e sumo bem político em Kant*. Kant-prints. Vol. 2, n.6, 2003.

constitucional. Ela opera nos limites apontados por Kersting⁴⁴² para a existência da liberdade política em Kant⁴⁴³:

A luta pelo direito correto somente pode ser argumentativamente conduzida; é uma luta pela emancipação da tutela do domínio proveniente da força, por um estado que se determina mesmo e que se conserva mesmo segundo leis da liberdade, pelo estado republicano de liberdade bem-ordenada, porque a capacidade para autoconservação o estado obtém somente como república, na qual o povo, em forma de seus representantes, salvaguarda o direito de domínio e de dação de leis e o direito, no jogo funcional de legislativo democrático e executivo estatal-jurídico e justiça, organiza sua própria realização.

A soberania legislativa continuaria com o parlamento, como vontade do povo unida. Essa justificação certamente não é institucionalista, em que se pensasse a colocação do poder anterior ao sujeito ou que se concebesse a ontologia do Direito com base em normas lógicas sem considerações racionais-práticas sobre a liberdade, como em Kelsen. O pensamento de Kant exige a remissão ao contrato político original e ao discurso público para manter a legitimação do Estado na liberdade e através da razão⁴⁴⁴: a norma é um modo de autoconhecimento da liberdade e não um formalismo abstrato e engessador como em Kelsen ou uma tirania da soberania, como quis Schmitt. O pensamento jusnaturalista moderno é capaz de crítica e de aprendizagem, Kant o funda sobre convicções e intuições racionais, na verdade de sua crítica

⁴⁴² KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.468.

⁴⁴³ Para Schmitt em *A crise da Democracia Parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p.130, o Direito decidido “moralmente” (e sob um direcionamento político) é mais importante que o direito correto, mas isso é a perspectiva oposta à de Kant, para quem sem razão não se pode decidir. Para Kant não se trata de quem decide, mas como se decide, se racionalmente ou não, se no âmbito do Direito ou contra o Direito; a decisão justa, kantianamente, é argumentativa racional. Kant é normativista crítico, Kelsen normativista “puro” ou estatista, e Schmitt decisionista político.

⁴⁴⁴ MAREY, M. Las críticas de Kant ao modelo teórico del estado westfaliano. *In: Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, vol. XVIII, p. 1-18, jul.-dez. de 2011.

à razão, segundo Höffe⁴⁴⁵. O jusracionalismo de Kant visa assegurar o Direito contra o arbítrio.

O que caracteriza a ideia de um “jusnaturalismo crítico”, como apontou Höffe, é exatamente a previsão de Kant de que a publicidade é a nota distintiva em uma República. Sem publicidade não existe o controle público sobre o Estado. A publicidade é o critério de veracidade do Direito. Sem ela não existe república e por isso ela não pode deixar de existir em um Estado republicano. Mas como pensar que a publicidade não possa agir sobre a lei, esclarecendo mesmo aquilo que for produzido pelo parlamento? O parlamento é movido por uma função de legislar, mas não está além da publicidade. Isso implicaria no cerceamento da razão em uma República, o que seria inconsistente no Direito racional de Kant. Segundo Werle, Habermas e Rawls ao interpretarem Kant legitimam a ideia de publicidade racional:

O princípio de legitimidade reside na razão pública, que é entendida tanto por Rawls como por Habermas como sendo a expressão política do conceito kantiano de autonomia interpretado intersubjetivamente : os cidadãos atuam de modo autônomo quando se submetem aquela leis que poderiam ser aceitas, com boas razões, por todos os atingidos sobre a base de um uso público de sua razão.⁴⁴⁶

Habermas⁴⁴⁷ expôs a tensão entre faticidade e validade do Direito no âmbito de sua teoria política que visa equilibrar na esfera da argumentação (verdade como consenso e ética do discurso) uma posição dialética entre republicanismo e liberalismo como fundamentos políticos do Direito democrático em sociedades complexas pós-metafísicas e pós-tradicionais. Habermas associou Direito, ética e política em torno de um Estado democrático

⁴⁴⁵ HÖFFE, O. *Justiça Política*. Tradução Ernildo Stein. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.77.

⁴⁴⁶ WERLE, D. L. *Justiça e Democracia. Ensaio sobre Jürgen Habermas e John Rawls*. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008, p.11.

⁴⁴⁷ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p.33.

com fundamento na proteção a direitos humanos como direitos morais, construídos e reconstruídos com base na utilização prática do discurso. A ideia do espaço público habermasiano foi soerguida sobre uma concepção de base kantiana, até porque o sistema de Kant pode ser pensado a partir da noção aberta de uma perspectiva discursiva racional.

O problema da legitimidade institucional do Direito passa pela questão de como se interpreta o Direito. Novamente, a posição do anti-kantiano e anti-kelseniano Schmitt, para quem o que garante a objetividade do Estado de Direito é o fato dele se constituir com base em decisões tomadas como referentes a leis formais que são interpretadas por decisões, as quais se confirmam em decisões anteriores⁴⁴⁸. Para Schmitt, a pergunta pelo guardião da Constituição é a pergunta pelo guardião da norma mais forte - o sistema formalista do direito constitucional não se preocupa com isso, ele apenas afere a coerência lógica da normatividade, não a proteção à norma mais forte⁴⁴⁹. Em toda interpretação normativa existe um grau de decisão irreduzível que é revelado como dependente somente do arbítrio do decisor. Esse é o fundamento do que se denomina de decisionismo em último grau⁴⁵⁰.

Schmitt, em *O führer protege o Direito*⁴⁵¹, quis construir um Direito soberanista na linha de Hobbes, a pergunta fundamental dele, quem protege a Constituição e, por conseguinte, legitima o Estado e sua resposta : o soberano político portador dos valores e suficientemente forte para dominar o Estado, remete a outra pergunta ainda mais fundamental, como colocou o constitucionalista Werner Kagi: quem controla o protetor da Constituição ? A solução de Kant é que o princípio da publicidade do Direito e sua abertura à crítica pública, aliado ao princípio da liberdade de expressão em uma

⁴⁴⁸ SCHMITT, C. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.56.

⁴⁴⁹ SCHMITT, C. Op. Cit. p.61.

⁴⁵⁰ SCHMITT, C. Op. Cit. p.67.

⁴⁵¹ Cf. MACÊDO JÚNIOR, R. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. Seguido dos textos: Sobre os três tipos de pensamento jurídico e O führer protege o Direito de Carl Schmitt. Tradução Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2001.

República (KANT, AA 08: 305)⁴⁵², faz que todos os cidadãos possam exercer a função de fiscalizadores da lei e da Constituição. Kant não pensa em uma justiça especial protetora da constitucionalidade (veja-se seção 1.3). Em nossa proposta, o fortalecimento da cidadania é o caminho de fiscalização do povo ao Estado pela proposta de normatização direta de cada cidadão. Para Howard Williams, Kant restringiu o número de cidadãos aptos a legislar e serem co-autores da legislação, expressando qualificadamente a vontade geral⁴⁵³. Kant afirma o poder do Estado através do conceito de vontade geral (KANT, AA 06:326)⁴⁵⁴:

A vontade universal do povo uniu-se, assim, com vista a uma sociedade que há-de conservar-se perpetuamente e submeteu-se ao poder estadual interno com o fim de prover á subsistência dos membros da sociedade incapazes de o fazer por si próprios.

Nosso ponto de inversão consiste em que a vontade geral não excluiria uma vontade particular de participar da política, mas apenas a referenda. Kant não estabelece um marco final para o exercício da liberdade. A institucionalização da mesma como liberdade pública de votar não significa o esgotamento da liberdade política do cidadão. A liberdade de expressão como cidadania ampliada (contestatória) é a função crítica em prol da republicanização do Estado. Isso implica a nosso ver a possibilidade de emitir um *juízo racional-prático* sobre a política exercido por cada cidadão. Diz Williams⁴⁵⁵:

⁴⁵² KANT, I. *TP*, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 48.

⁴⁵³ WILLIAMS, H. Liberty, Equality, and Independence: Core Concepts in Kant’s Political Philosophy. BIRD, G. (Org.). *In: A Companion to Kant*. Oxford University Press, p.364-383, 2006.

⁴⁵⁴ KANT, I. *RL*, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.199.

⁴⁵⁵ WILLIAMS, H. Op. Cit.p.371.

This is achieved by regarding the independent individual as the co-author of the law and, as such, a unifying factor in world politics. Admittedly Kant severely restricts the number of independent individuals he is prepared to accept within a civil society, and disappointingly offers no role for women as active citizens, but he considerably democratizes the realist vision of politics. He also persuasively extends the boundaries of citizenship, seeing independent individuals as connected to each other in a worldwide civil society.

Uma teoria da cidadania em Kant implica a retomada de pressupostos contratualistas: a cidadania inicia com a concepção de que no estado natural o ser humano em liberdade, como base em uma identidade pré-política comum (cultura, valores e etnia) já possui direitos subjetivos e os leva ao âmbito civil quando da fundação do pacto político, no qual serão protegidos e desenvolvidos. Para Medina⁴⁵⁶ Kant se situa como adepto da tradição liberal de defesa de um universalismo de direitos em oposição à posição hegeliana de circunscrição da cidadania em uma ordem ética estatal ou na *polis* aristotélica. Para Medina existem três modelos básicos de cidadania vinculados à ideia de defesa de direitos no âmbito de um pertencimento a uma comunidade, a autonomia de direitos e à participação institucional⁴⁵⁷:

El desarrollo de los elementos de la ciudadanía – pertenencia, derechos, participación – permite la construcción de tres modelos de ciudadanía que forman parte del debate contemporáneo sobre la misma : el modelo liberal, el modelo comunitarista y el modelo republicano. El modelo liberal de ciudadanía afirma el predominio de los derechos individuales, su distribución igualitaria, la neutralidad del Estado y la separación del espacio público e del espacio privado, frente a cualquier consideración de carácter identitario o colectivo. El modelo

⁴⁵⁶ MEDINA, J. G. La ciudadanía em Kant. In: *Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J. G. (Orgs.). Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007, p.47.

⁴⁵⁷ MEDINA, J. G. Op. Cit.p.49.

comunitarista, por su parte, realza la vida comunitaria como precondition em la que el individuo puede asumir valores colectivos y el conseguiente compromiso con el bien común, generándose la cohesion y solidariedad necesaria para el mantenimiento de la sociedade (...) El modelo republicano se puede colocar em médio de ambos, pues comparte elementos con uno y outro pero los articula de modo proprio. Así, frente al individualismo liberal el republicanism exigiria un compromisso con la comunidade. Ahora bien, y aqui se separa del comunitarismo, no entendiendo que la comunidad tenga sustantividad por sí misma y previa a los próprios individuos, sino que la construcción de la vida social se basa em la participación en las diversas instituciones que dan sentido a la comunidad.

Nos modelos de Estado liberal e de bem-estar exercita-se uma cidadania passiva, no primeiro reduz-se o cidadão a um titular de direitos individuais e no segundo reduz-se o cidadão a um receptor de serviços públicos⁴⁵⁸.

Kant unifica a pretensão da autonomia liberal de uma defesa universalista de direitos da individualidade (segurança, propriedade, liberdade de voto, de expressão e de crença, que são prestações do Estado ao indivíduo que tem direitos assegurados como cidadão passivo) com a ideia de participação na esfera pública como voto no parlamento (cidadania ativa) e como “liberdade crítica” contra o Estado⁴⁵⁹.

Os esforços de patriotismo e a pretensão à proteção de todos os indivíduos por um Direito Cosmopolita é efetivamente para Garcia Medina a promoção de um aperfeiçoamento da República como instituição⁴⁶⁰. Patriotismo para Kant seria um dever para com o Estado. Todo cidadão ativo deveria votar e participar da discussão pública, mas exerceria a atividade

⁴⁵⁸ MEDINA, J. G. La ciudadanía em Kant. *In: Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J.G. (Orgs.). Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007, p.50.

⁴⁵⁹ MEDINA, J. G. Op. Cit. p.64.

⁴⁶⁰ MEDINA, J. G. Op. Cit. p.60.

legislativa através dos representantes⁴⁶¹. Kant defenderia um patriotismo cívico e não nacionalista, porque não implicaria um sentimento subjetivo de consanguinidade ou familiar, sentir-se 'filho da pátria', mas um dever racional ser patriota, como ele defende na Doutrina do Direito⁴⁶². O que Kant, por fim, preconiza é uma educação para a cidadania onde se pudesse refletir acerca dos deveres para com o Estado, esperando um aperfeiçoamento da proteção às condições de ser autônomo de cada cidadão⁴⁶³.

Concordando com Medina, a cidadania em Kant é um processo de participação e defesa de deveres, racionalidade política e não nacionalismo. Kant (AA 06: 313)⁴⁶⁴ diz que somente o parlamento é o titular do poder legislativo. Assim, o que se coloca é a possibilidade de no âmbito do conceito de independência relativizar o enunciado restritivo do §46 da *RL* (KANT, AA 06: 313), a saber que se possa exercer uma cidadania ativa como modelo de ação corretiva por parte do cidadão em relação às normas promulgadas pelo Estado. Afinal, não é o Estado que simplesmente exerce uma autoprodução de normas, como diz Maus⁴⁶⁵:

Não é o Estado idêntico a si mesmo que produz o Direito a partir do qual ele mesmo se constrói, ou que se legitima no Direito que ele mesmo cria. Ao contrário, segundo essa ideia, cada processo decisório isolado remete a premissas processuais a partir de processos a ele precedentes, e as decisões materiais não podem ser legitimadas no próprio processo, e sim, sempre somente a partir das condições do processo diferenciado precedente.

⁴⁶¹ MEDINA, J. G. La ciudadanía em Kant. In: *Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J.G. (Orgs.). Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2007, p.60.

⁴⁶² MEDINA, J. G. Op. Cit. p.63.

⁴⁶³ MEDINA, J. G. Op. Cit. p.64.

⁴⁶⁴ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.179.

⁴⁶⁵ MAUS, I. *Teoria da Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.273.

Para Kant, o ponto de aproximação entre autonomia e civismo é o dever racional geral de cada cidadão como membro da República. Assim, a defesa da legitimidade do Estado como problema do cidadão, a nosso ver, somente poderia ser compreendida coerentemente por Kant se o cidadão utilizando sua autonomia e manuseando os princípios constitucionais (núcleo do contrato político) pudesse ter a liberdade crítica perante o Estado. É o que se propõe aqui como meio de ampliação da “cidadania kantiana”. Uma crítica em relação à própria soberania legislativa. Para nossa proposta, o cidadão não pode ficar na espera somente das decisões do legislativo ou à mercê dos atos do executivo (ambos são Estado), mas ainda pode propor normas perante o parlamento a fim de se possa reformular os próprios destinos do Estado. Isso enquanto apelo ao entendimento de cada qual é ao mesmo tempo um dever de aperfeiçoamento das instituições republicanas, sobre o qual pensa Medina, e a expressão de defesa dos cidadãos dos direitos fundamentais abrigados nos princípios jurídicos do ‘Direito da Razão’.

A função política de uma liberdade de propor normas diretamente concedida ao cidadão é prevista no Direito atual, tal figura seria o projeto de lei de iniciativa popular, tutelado constitucionalmente; um processo público, exigindo uma quantidade de eleitores em toda a nação, que assinariam um manifesto com pretensões normativas ao parlamento. O que frisamos a partir de Kant é que essa proposta se apresenta como adequada à necessidade de uma ampliação democrática da participação do *cidadão individual dentro de procedimentos autorizados legalmente*, Kelsen não pensou nisso nem em sua “A Essência e o Valor da Democracia” em 1929 nem na “Teoria Pura do Direito” em 1934; apenas descreveu o que é democracia direta como plebiscito, que de qualquer forma não é o que defendemos com a proposta de uma liberdade de crítica ao Estado.

O exercício de ampliação das faculdades de cidadania previstas no “Direito da Razão” de Kant visa ampliar a ideia de publicidade crítica como

liberdade de expressão e a ideia de soberania democrática, conectando a ideia de liberdade inata à ideia de liberdade de pensamento.

Defender a liberdade crítica do cidadão em Kant é construir o possível elo entre as ideias de cidadania e liberdade inata. Tomadas separadamente, uma se isola na legitimidade representativa do parlamento, enquanto a outra espera a prestação estatal de direitos. Ora, por que não pensar que o cidadão possa ele próprio propor normas perante o parlamento e retomar sua soberania de modo racionalmente originário, sem rebelião, mas reformando o Estado, ainda que respeitando os procedimentos do Estado de Direito? Se a República kantiana é formada por um conjunto de procedimentos propostos racionalmente, como diz Cristine Korsgaard⁴⁶⁶, por que não propor uma radicalização da função da cidadania e dar ao cidadão o direito de refletir e propor normas.

Com isso acreditamos que a dicotomia que Kelsen estabeleceu entre legitimidade e legalidade seja criticada a partir do marco dos princípios kantianos da soberania estatal, da autonomia discursiva atribuída ao cidadão, da primazia do poder legislativo sobre o executivo, e do procedimentalismo. Retomaremos esse tema no item 3.3. onde concluiremos a análise da relação entre os modelos de fundamentação de Direito e de Estado de Kant e Kelsen, mas por hora devemos discutir qual o papel de uma esfera pública de uso livre da razão e sua relação a proposta de uma cidadania participativa em Kant.

Assim, o aqui defendido *liberalismo crítico* de Kant, cujo modelo mais próximo atualmente é o *liberalismo político* de Rawls⁴⁶⁷, exige uma concepção

⁴⁶⁶ KORSGAARD, C. Tomando a lei em nossas próprias mãos. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009, p. 559.

⁴⁶⁷ Entendemos que a concepção do “véu da ignorância” de Rawls concede ao sujeito político uma não visualidade sobre seus valores quando expostos no campo da política, na verdade o que se faz é um artifício de objetivação do sujeito dentro de uma consideração puramente racional e livre sobre sua existência política, evitando que seja tomado como pessoa concreta, mas apenas como pessoa política capaz de pressupostamente ser livre e racional na possibilidade de estabelecer um contrato político ideal e racional com os demais- entendemos que esse artifício é próprio de uma inspiração contratualista de tradição kantiana. Já o mecanismo da razoabilidade que caracteriza o direito à equidade em Rawls é de inspiração aristotélica.

de espaço público que admita a razão prática exercida em um foro público recepcionador de juízos políticos; a *liberdade crítica* normativa perante o Estado nos moldes aqui defendidos parte de um modelo de espaço público kantiano (composto não por uma democracia de massas ou multitudinária, mas por agentes qualificados e capazes de votar e aptos a participar da Política de seus Estados (KANT, AA 06:313-314)⁴⁶⁸ para construir juízos racionais-práticos com fins políticos de avaliar a ação estatal, facultando ao cidadão a capacidade direta e individual de propor normas perante o parlamento. O parlamento deveria receber e processar tal pedido e buscar dar uma resposta ao cidadão, tratando-o como co-legislador.

Existe uma diferença entre Direito e Estado provada pela capacidade normatizadora direta do cidadão ao Estado a partir do seu direito de expressão, independência e liberdade inata. A *liberdade crítica* é construída (proposta) a partir dos princípios do “Direito da Razão”, sendo por eles limitada em suas consequências e procedimento de consecução. E poderia ser aplicada a qualquer Estado de Direito racional compatível com os princípios kantianos, como o kelseniano. Ela visa legitimar democraticamente o Estado e torná-lo apto a funcionar como soberano pela participação do povo e não pela imposição da lei. Uma lei que não pode ser discutida amplamente não é democrática (republicana) na acepção de Kant. Isso pressupõe a ideia de uma legitimidade cidadã de propor leis e críticas às leis existentes. A “liberdade crítica” possibilita acossar a igualdade kelseniana entre Direito e Estado como interpretação erguida com base em Kant, instrumentalizando a liberdade inata de Kant como *liberdade crítica* com função política, como capacidade de propor normas pelo cidadão, o que é possível pelo fato de que a liberdade racional prática não poder ser impedida de exercer sua função crítica sobre a política, em um ato de ampla liberdade de expressão e capacidade participativa conferida ao cidadão.

⁴⁶⁸ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.179-180.

Tal direito subjetivo de participação concedido ao cidadão kantiano de uma liberdade crítica ao Estado é uma tendência liberal e, ao mesmo tempo, republicana do pensamento de Kant, pois a ideia liberal seria apenas a neutralidade do Estado em relação ao cidadão, ofertando a prestação do Direito e sendo controlado por um núcleo de direitos. Já o republicano “tende a defender com prioridade um ativo controle dos cidadãos sobre as normas que devem organizar sua sociedade”, como ensina Gargarella⁴⁶⁹.

O cidadão ativo busca uma participação através do controle das normas. É exatamente esse o sentido da construção filosófica defendida a partir de Kant que denominamos de liberdade crítica ao Estado, presumindo que Kant queria uma participação ativa do cidadão em relação ao Estado, mas não o dotou de uma *facultas agendi* para isso, embora sua filosofia exija isso, pois o governo não pode restringir a liberdade de pensamento dos sábios (KANT, AA 07:35)⁴⁷⁰, que são livres para fazer uso público de seu conhecimento (KANT, AA 07: 18)⁴⁷¹, e porque poderia restringir a liberdade de pensamento do povo, o qual deve educar-se e esclarecer-se também pela autonomia (KANT, AA 08:35)⁴⁷² ?

Sabe-se que o povo se acomoda na ignorância, por preguiça e covardia (KANT, AA 08:35)⁴⁷³ e que prefere ser guiado por demagogos do que pelos sábios, cujo saber considera inatingível (KANT, AA 07: 31)⁴⁷⁴, mas não por isso pode a busca da verdade e da ciência ser tuteladas pelo Estado ao seu favor (KANT, AA 07:34)⁴⁷⁵, pois o exercício da crítica acadêmica como um dos principais meios de expressão é livre. E na política, a razão que é o exercício

⁴⁶⁹ GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls*. São Paulo: Martins Fontes, 2008 p. 216.

⁴⁷⁰ KANT, I. *SF, O conflito das faculdades em tres partes*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 87.

⁴⁷¹ KANT, I. *SF, Op. Cit.* p.63.

⁴⁷² KANT, I. *WA, Resposta à pergunta: o que é esclarecimento? In: Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p.64

⁴⁷³ KANT, I. *WA, Op.Cit.*p.64.

⁴⁷⁴ KANT, I. *SF, Op.Cit.* p.81.

⁴⁷⁵ KANT, I. *SF, Op.Cit.* p.85.

da autonomia intelectual (KANT, AA 07: 27)⁴⁷⁶, também não deve possuir livre uso por todos dentro de certos limites do Estado de Direito, sem portanto atacá-lo na soberania? Admitir o uso da razão ao público é algo que também contribui para a liberdade e da verdade, evitando tutelas e possibilitando que o povo se esclareça.

Kant (AA 08:144) proclama que “À liberdade de pensar opõe-se em primeiro lugar à coação civil”⁴⁷⁷, pois não se pode impedir aos seres humanos de pensar, e a possibilidade de comunicar nossos pensamentos aos outros nos faz livres (politicamente).⁴⁷⁸ Estados despóticos não querem a liberdade de pensamento, logo, tentar limitar a de escrita e a de fala⁴⁷⁹. A liberdade se opõe à coação de toda consciência moral e é a base de toda autonomia moral.⁴⁸⁰

Urena⁴⁸¹ diz que Kant não concebeu uma ordem de inserção do homem em uma comunidade, mas uma ordem racional de autonomia através da fundamentação racional da subjetividade moderna com sua reflexão sobre a moral. Não há nenhuma autoridade que o homem reconheça que possa atacar essa subjetividade moral, e as disposições morais dos homens vivendo em sociedade contribuirão para erigir o Direito como ordem objetiva⁴⁸². Assim, por que pensar que mesmo em um Estado de Direito esse impulso ao

⁴⁷⁶ KANT, I. *SF, O conflito das faculdades em tres partes*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p.76: ‘a la capacidad de juzgar com autonomía, esto es, libremente (conforme a los principios del pensar en general), se le llama razón.’ Entendemos que os filósofos exercem *ex cathedra* a capacidade de julgar de acordo com a razão, mas o uso público da razão no sentido de um uso livre e público de argumentar, deve ser facultado a todos e principalmente na esfera política. O conceito de autonomia de Kant que é fazer uso do próprio entendimento em todas as questões (AA 08:36, *WA*, Resposta à pergunta: o que é esclarecimento? *In: Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p.65), exige isso para o esclarecimento geral e não pode encontrar no Direito e na Política obstáculos, mas favorecimento e proteção a fim de assegurar a coerência do pensamento kantiano.

⁴⁷⁷ KANT, I. Que significa orientar-se no pensamento? *In: Textos Seletos*. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2008, p.59.

⁴⁷⁸ KANT, I. (AA 08: 144). Op. Cit. p.59.

⁴⁷⁹ KANT, I. (AA 08: 144). Op. Cit. p.59.

⁴⁸⁰ KANT, I. (AA 08: 144). Op. Cit. p.59.

⁴⁸¹ URENA, E.M. *La crítica kantiana de La sociedad y de La religion*. Kant, predecesor de Marx y Freud. Madrid: Tecnos, 1979, p.93.

⁴⁸² URENA, E.M. Op. Cit. p.105.

aperfeiçoamento que a natureza dispôs como intenção moral nos homens cessará pelo fato deles estarem em meio a instituições ? A natureza continuará a fazer sua obra e exigirá de cada qual sua operacionalidade em prol do próprio interesse e, ainda que indiretamente, do interesse de todos. O conflito de interesses contribuirá para a deflagração da “competição liberal”, mas também levará ao reconhecimento da necessária atividade em prol da liberdade pública, como a responsabilidade cidadã brotando da ação prática institucional, e que não cessará, pois o poder não é perfeito nem trará a paz sem luta para mantê-la, muito menos a justiça, o que será sempre responsabilidade de cada qual.

Claro que o perigo da violência está como fantasma a assolar o desejo republicano de estabelecer o bem comum; observa-se a inversão de valores da Revolução com o uso indiscriminado e excessivo de violência, como disse Kant ao refletir sobre o progresso humano em 1798⁴⁸³. Certamente, a falta de canais de defesa da cidadania como impulso de republicanização estatal leva a mais possibilidade de violência, isto porque o soberano encarna a soberania e o respeito por ela leva à proteção da estabilização social.

A desigualdade dos homens leva ao estabelecimento de duas classes distintas de cidadãos, os ativos e os passivos (mulheres, domésticos e baixo assalariados). Esses últimos, por não poderem se defender, são protegidos pelos outros. Philolenko diz que Kant elogia Rousseau quando este aposta que os homens, percebendo a desigualdade, serão levados à prática da virtude para a igualação de todos⁴⁸⁴. A observação da desigualdade levaria os cidadãos ativos a uma compensação virtuosa, em busca de justiça, a partir dessa situação de desigualdade entre os homens existe um *l'apelle*

⁴⁸³ PHILOLENKO, A. *La Oeuvre de Kant. La philosophie critique*. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1997, p.249.

⁴⁸⁴ PHILOLENKO, A. Op. Cit.p.263.

*republicain*⁴⁸⁵ (apelo republicano), e que na administração pública deveria levar a uma *sagesse dans l'administration d'État* no trato com a coisa pública⁴⁸⁶.

Esse impulso rousseauiano assumido por Kant de superação das desigualdades entre os homens leva ao estabelecimento de uma República e à confiança de que o princípio da publicidade possa dar conhecimento aos cidadãos dos atos do Estado. Isso vale para todos os Estados, daí a ideia deles se republicanizarem em prol da paz perpétua entre todos os homens.⁴⁸⁷ No mesmo sentido, Pauline Kleingeld⁴⁸⁸ defende que com o republicanismo a paz universal se fortalece, o que é de interesse moral universal, porque os homens sob um governo de leis tendem a se educar e evitar conflitos, diz a referida autora⁴⁸⁹:

Republicanism is important not only because it is the only constitution that is fully in accordance with external right, but also because it is the only constitution that by its nature leads to peace. Despots can easily burden their subjects with the costs of warfare without incurring direct costs to themselves. In republics, by contrast, the citizens consents is required for the decision to go to war, and citizens themselves shoulder the burdens of warfare (financial and otherwise). Therefore, Kant claims, citizens are naturally dis-inclined to vote for a war and a republic is naturally inclined to be peaceful (8: 352).

Robert Dahl asserta que existe um direito ao controle público sobre a Administração, a partir da ideia de que se constroem visões públicas sobre o Estado pela percepção dos cidadãos, o que indica a possibilidade de uma

⁴⁸⁵ PHILOLENKO, A. *La Oeuvre de Kant. La philosophie critique*. Paris: Livrarie Philosophique J. Vrin, 1997, p. 263.

⁴⁸⁶ PHILOLENKO, A. Op.Cit.p.264.

⁴⁸⁷ PHILOLENKO, A Op.Cit.p.267ss.

⁴⁸⁸ KLEINGELD, P. Kant's theory of peace. In: GUYER, P. (Org.). *The Cambridge companion to Kant and modern philosophy*. New York: Cambridge University Press, p.477-504, 2006.

⁴⁸⁹ KLEINGELD, P. Op. Cit.p.483.

cidadania ativa da parte dos sujeitos de exigirem posturas eficazes do Estado e mesmo a própria participação do cidadão na gestão pública⁴⁹⁰. Deveria haver uma gestão pública com a participação dos administrados. Ora, mas qual o limite do *demos*, coloca Dahl⁴⁹¹, até onde vai esse direito de participação ? Essa pergunta talvez deva ser deixada em aberto. O problema da interpretação do pensamento republicano de Kant está exatamente aqui: até onde vai a cidadania participativa na 'República da Razão' ?

Respondê-la implica tentar definir limites ao processo público da própria construção da democracia. Para Habermas⁴⁹² esse processo não cessa, ele é exercido como uma utilização constante de pretensões de legitimidade e de normatividade democráticas, dentro de concepções republicanas sobre o Estado a fim de buscar o bem comum pela legalidade e a presença da defesa do interesse público em sua gestão, de idealizações de mecanismos de igualdade dos cidadãos e de proteção institucional a direitos fundamentais⁴⁹³.

A resposta kantiana pode ser, pois, sintetizada em duas linhas que se cruzam, a autonomia do cidadão e a cidadania autonomista. A liberdade e o respeito pelo sujeito se somam ao processo de afirmação desse sujeito junto ao público, sua participação e referência como intérprete da Constituição, o que Kant previu pela representação parlamentar, mas também pela função de esclarecimento público constante. O desafio da democracia consiste na possibilidade de retomar as linhas de construção pública de mecanismos que possam racionalizar a ação estatal, e para isso a doutrina da separação entre Direito e Estado é fundamental, pois se o Direito for aproximado da Política no debate e projeção racional de valores que enfrentem o problema do pluralismo de perspectivas, certamente o ganho de legitimação será bem mais amplo (seções 1.3 e 2.2), diminuindo inclusive a repressão do Estado e a necessidade

⁴⁹⁰ DAHL, R. *A Democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p.174.

⁴⁹¹ DAHL, R. Op. Cit. p.174.

⁴⁹² HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p.158.

⁴⁹³ HABERMAS, J. Op. Cit.p.159.

constante de judicialização de demandas, o que revela a fragilidade da lei, exatamente porque ou não é expressiva dos valores sociais, o que é um problema de legitimidade político-discursiva, ou é mal aplicada, revelando que falta principalmente controle público sobre a ação do Estado.

Se o direito natural atual pode ser formulado como direito racional crítico, como quer Höffe⁴⁹⁴ na perspectiva de adequação do pensamento kantiano à atualidade, é preciso pensar que essa crítica passa pelo controle de constitucionalidade e pela doutrina da separação dos poderes, na qual o funcionamento dos mesmos precisa de um núcleo crítico.

Kelsen pensou o Estado como produto de um normativismo lógico sem dotar o cidadão de instrumentos de autodefesa da própria liberdade, inclusive de negar o Estado e o Direito postos, que poderiam ser autoritários. Como

⁴⁹⁴ HÖFFE, O. *Justiça Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.131, talvez Kelsen não tenha observado detidamente a diferença entre uma teoria geral do Direito e uma teoria da legitimação do Direito, com medo de por em risco o direito positivo, ele rejeitou qualquer papel atribuído à justiça. Devemos concordar com Radbruch, quando a lei entra em flagrante contradição com os direitos humanos, deve ser afastada, diz HÖFFE (2010, p.132). O fato é que para Kant o Direito também possui uma validade em si, independente da moral, a solução de Radbruch seria na prática revolucionária, o que Kant almejou em sua teoria do Direito foi legitimá-lo na liberdade política, caso seja despótico possa ser reformado não descumprindo a lei, mas através da cidadania participativa. Essa para nós é a posição liberal-republicana sustentável em Kant. A questão é que Höffe é republicano, para ele o Estado está obrigado à justiça política que é uma medida crítico-normativa do Estado, pois o direito justo é a forma legítima de convivência humana (HÖFFE, 2010, p.13). Kersting coloca (numa posição liberal com a qual concordamos) que do próprio conceito de um Direito contratual decorre um Direito perspectivamente igualitário. Isto é, a igualdade como fim do Estado, que protege o Direito como liberdade, decorre da posição de igualdade a que os indivíduos são alçados pelo fato de aderirem pressupostamente ao pacto político, o princípio moderno do direito é a evitação da força e não o cumprimento da justiça (KERSTING, 2012, p.92). Liberdade e coerção podem coexistir na prática da fundação de um dado ordenamento, o que interessa é como elas vão se equilibrar em função do conceito de Direito, em que a coerção serve para coibir desrespeitos à liberdade legal. Cf. KERSTING, W. *Liberdade bem-ordenada. Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant*. Porto Alegre: Fabris, 2012, p.126. A questão é que o próprio Estado pode coagir os indivíduos injustamente, e aí a solução seria fazer com que o Estado seja compelido por reformas amplas de iniciativa normativa do próprio cidadão como perspectiva legitimadora exercitável através da liberdade crítica ao Estado aqui defendida.

disse Hermann Heller⁴⁹⁵, o Estado é função da sociedade e não o contrário, ele é parte de um processo público que o antecedeu e constitui e somente o público o legitima, mormente em um Estado que pretende ser democrático.

Democracia e cidadania se exigem reciprocamente, a função do republicanismo em Kant é assegurar o que o liberalismo não pode, que é o Alexis Philolenko observou, o combate kantiano à desigualdade material entre os indivíduos. O ideal de uma normatização de direitos passa por sua implementação como iniciativa legislativa do cidadão que poderia tomá-los como perspectiva de legitimação, deve pressupor o ideal de efetivação dos direitos humanos universais concebidos em um sentido particular como direitos fundamentais, como diz o jusnaturalista neoaristotélico Michel Villey⁴⁹⁶:

Os direitos humanos não são ‘direitos’ no sentido do positivismo jurídico, mas um ideal: modos de realização da liberdade individual (para Kant o valor jurídico supremo) e de igualdade. Optativos, projetos de ação política, de reforma da sociedade, de boas intenções, de *purposes* (assim os definiriam os analistas ingleses).

O programa de uma cidadania ativa implica na efetivação dos direitos fundamentais constitucionalizados. Assim, a luta prática por direitos é uma ampliação da capacidade de interpretar a Constituição. O trabalho

⁴⁹⁵ HELLER, H. *Teoría del Estado*. Tradução Luis Tobío. Cidade do México: FCE, 1998, p.235-236: “*la opinión pública, tal como nosotros la entendemos, es opinión de voluntad política en forma racional, por la cual no se agota nunca en la mera imitación y el contagio psicológico colectivo (asi, Ratzenhofer, Wesen und Zweck d. Politik, 1893, I, pp. 188s.; Jellinek, Staatsl., pp.102s (...)) La opinión pública arraigada en principios y doutrinas constituye uno de los más substanciales vínculos de la unidad estatal. Especialmente em Estados regidos democráticamente, la situación actual de poder se convierte en una situación de poder relativamente segura, en un status político, gracias al hecho de haberse creado entre la autoridad y los súbditos una opinión pública común, en forma de una comunidad de voluntad y valores (...)) La opinión pública, en lo concierne a la unidad estadual, cumple ante todo una función de legitimación de la autoridad política y del orden por ella garantizado.*” O pensamento kantiano sintetiza esse pressuposto social de Heller na ideia de uma liberdade co-limitada por um acordo pressuposto e na possibilidade da liberdade de expressão intangível de qualquer cidadão no Estado.

⁴⁹⁶ VILLEY, M. *O Direito e os direitos humanos*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.6.

concretizador de direitos em uma linha kantiana de interpretação constitucional seria argumentativo sobre o que significa o direito de normatizar do Estado, porém este deveria acatar a liberdade do cidadão como direito fundamental. Já para Habermas⁴⁹⁷ o processo de produção democrática do Direito não encontra limites internos ao próprio sistema, a não ser a vontade do cidadão. Mas, o que ocorreria se essa vontade escolhesse um tirano que suprimisse a liberdade, agindo contra a própria constitucionalidade vigente?⁴⁹⁸

A solução kantiana seria uma espécie de *resistência legal*. Daí o mecanismo da cidadania ativa proposto nesta tese, com a luta constitucional em prol de uma interpretação favorável à liberdade política como a maior garantia possível de ser pensada para o cidadão kantiano em uma República. Buzanello⁴⁹⁹ diz que é possível pensar um direito de resistência é um problema de Direito Constitucional que se relaciona: “a garantia de autodefesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais e no controle dos atos públicos, bem como na manutenção do contrato constitucional por parte do governante”. O que defendemos como *liberdade crítica* ao Estado no âmbito da estrutura racional kantiana não implica direito a revolução, a desobediência civil ou a rebelião ou greve política. Ele poderia se aproximar de uma objeção de consciência que se expressasse como proposição de uma norma

⁴⁹⁷ HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vols.1, p.158, a autonomia deve ser entendida numa democracia como ligação entre discurso e forma jurídica visando atingir metas éticas (direitos humanos e fundamentais a serem atingidos por construção jurídica). O limite ético-racional kantiano a um poder constituinte originário é a proteção à liberdade de todos, assim, Habermas seria um procedimentalista autonomista radical-democrático, Kant um procedimentalista liberal racional.

⁴⁹⁸ De Locke e Rawls a vontade do povo de proteger sua própria liberdade se mantém como critério de legitimação do pacto. Em casos extremos de violações de direitos naturais Locke previu a não tolerância com soberanos tirânicos e o rompimento do próprio pacto político em decorrência dessa intolerabilidade. Rawls, reinterpreta a vontade do povo em aceitar ou não uma interpretação decisória sobre um princípio sensível da Constituição que agrida fundamentalmente a existência de uma minoria em um Estado, pressupondo assim um direito de resistência dessa minoria a uma injustia prática inaceitável, uma desobediência civil justificada como ‘tribunal constitucional final’.

⁴⁹⁹ BUZANELLO, J. C. *Direito de Resistência*. In: Seqüência, Florianópolis, v. 22, n.42, 2001, p.11.

constestatória a alguma omissão ou ação estatal⁵⁰⁰. Mas a “liberdade crítica” é uma espécie de Direito de Resistência porque questiona se o Estado continua a ser legítimo e seguir seu fim, que é a legalidade que reflete o pacto constitucional. Buzanello observa que nunca um Estado admite que é injusto, o direito de resistência não pode se basear na força coativa estatal.⁵⁰¹

Para Buzanello o direito de resistência ao Estado está implícito em qualquer ordem constitucional, ele não precisa figurar como norma explícita⁵⁰². Entendemos que o sistema republicano kantiano comporta tal interpretação sistemática e teleológica do que significa o direito de resistência não explícito ao texto de uma Constituição, mas que figura como direito do cidadão à dignidade humana e a um regime democrático na tradição liberal-constitucional⁵⁰³.

Outro ponto é que a “liberdade crítica” ao Estado nos moldes aqui propostos não quebraria a separação dos poderes kantiana porque levaria a uma posição de justiça política aberta, que necessita da figura do parlamento, mas acrescenta à sua função a própria normatividade proposta na perspectiva direta do cidadão. No contexto de um Estado de Direito essa iniciativa possível representaria a forma de uma ação estruturada em uma argumentação livre dentro do Estado. O caráter apriórico do Direito como “ordem de normas” enquanto pura forma permite a discussão de quaisquer valores sem que se afete qualquer conteúdo moral que fosse tomado como fundamento do Direito. Esse é o aspecto positivo da teoria do Direito kelseniana que Höffe⁵⁰⁴ não percebeu ao criticar a legislação a partir da decisão sobre o que é ou não Direito e admitir qualquer conteúdo como Direito desde que seja decidido pelos tribunais ou votado legalmente.

⁵⁰⁰ BUZANELLO, J. C. *Direito de Resistência*. In: Seqüência, Florianópolis, v. 22, n.42, 2001, p.17.

⁵⁰¹ BUZANELLO, J. C. Op. Cit. p.14.

⁵⁰² BUZANELLO, J. C. Op. Cit. p.11.

⁵⁰³ BUZANELLO, J. C. Op. Cit. p.22.

⁵⁰⁴ HÖFFE, O. *Justiça Política*. Tradução Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.100.

O que Höffe não percebe é que Kant, assim como Kelsen, poderia concordar com essa interpretação como um ponto de partida que pressupõe a liberdade inata ao Direito, mas protegida a partir de uma ideia de neutralidade formal do Estado perante as posições de valores em conflito. Isto significa que, num sentido prático, o sistema de Kant concorda com o de Kelsen, desde que não se queira cercear a liberdade política, o que remete à ideia de legitimação, tanto pela ontologia das normas assegurada pelo poder soberano (Kelsen), quanto pelo acordo de vontades com vistas a um direito neutro garantido por um soberano que proteja a liberdade individual como valor político (Kant).⁵⁰⁵

Assim, percebemos que o liberalismo contratualista é condição de possibilidade do Estado e do republicanismo em Kant. Só pode existir a discussão sobre valores e sobre moralização política e, conseqüentemente, sobre a institucionalização de valores políticos se primeiro se partir de um ideal de neutralidade e formalidade puramente coativa como proteção da liberdade. Kant (AA 06:258ss⁵⁰⁶) defende a institucionalização no Estado de Direito no Estado é uma proteção jurídica da liberdade de todos através de um princípio jurídico que justifique a possibilidade de convivência, fora dessa segurança jurídica ter-se-ia a regressão a um estado de natureza anterior ao pacto, onde imperaria a insegurança sobre o que é o “meu” e o “teu”⁵⁰⁷, retorno que Kant

⁵⁰⁵ O critério de pureza do Direito e sua capacidade de organização neutra de normas jurídicas. A proximidade entre os sistemas é estrutural na projeção normativista, mas a tendência não-politizadora do Direito Kelsen retira da “escola técnica” do Direito (Gerber, Laband e Albrecht). Cf. DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.155. (Veja-se a seção 1.1).

⁵⁰⁶ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.88.

⁵⁰⁷ No parágrafo 10 (KANT, Op. Cit.p.88) em diante quando Kant trata da aquisição exterior da propriedade observa-se a ideia de uma segurança jurídica que pode ser representada na ideia da proteção à aquisição da propriedade pré-jurídica de bem sem proprietário, que somente no estado civil se estabiliza (KANT, AA 06:251, Op. Cit.p.79). O Estado como ordem de coerção garante a força da relação jurídica contra terceiros e adota o princípio de uma posse inteligível (KANT, AA 06: 254,Op. Cit.p.82) como marco de ligação do sujeito com o objeto como meio de garantir o direito de propriedade.

vedaria como irracional porque implicaria de novo num estado social inseguro (KANT, AA 06: 251)⁵⁰⁸.

A cidadania kantiana deve ser circunscrita ao âmbito do Estado enquanto esfera de competência da legalidade (ainda que o critique, mas não rompa a integridade do pacto nem da soberania estatal que o assegura). Um dos desafios da cidadania kantiana em vistas de democratização do Estado, é alargar a extensão do conceito de cidadão. Kant, como defendemos, buscava uma cidadania esclarecida e não numérica. Mas esse argumento, frente aos princípios democrático-liberais que avançaram no séc. XIX (a partir do republicanismo francês e do liberalismo igualitário a partir de Stuart Mill *one man, one vote*) foram considerados como óbices aos direitos civis de todos. Os limites da cidadania são os limites da ação política, diz Walzer, remetendo à ideia de um processo de politização como direito de todos, não apenas dos portadores de “mérito”⁵⁰⁹, ou na democratização igualitária e inclusive a partir de critérios legais⁵¹⁰.

A fronteira política do Estado kantiano está aí, na questão da igualdade, que atualmente se mostra no problema da inclusão social em uma linha social-democrata ou liberal igualitária⁵¹¹. Kant não tomou esse problema como virtude básica do Estado, mas como um fim concretizável – esse problema foge da alçada de uma teoria da cidadania, ele é a tomada de posição política por um dado governo. O Estado kantiano, como liberal, garante a lei e a liberdade, como republicano, a constituição e a participação.

⁵⁰⁸ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.79.

⁵⁰⁹ WALZER, M. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 194-195.

⁵¹⁰ WALZER, M. *Op. Cit.*, p.196ss.

⁵¹¹ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 267, diz que a teoria kantiana visa estatuir deveres para o Estado, dentre eles o da igualdade, mas ele tem consciência da fixação kantiana na autonomia privada como prioritária, e assim se coloca como pensador clássico liberal e não social. Mas isso não o impede de pensar no modelo de Kant como pressupositor de direitos naturais como base racional de um programa de gestão construído com o fito da igualdade e submetido a um texto de experiência e coerência (DWORKIN, *Op. Cit.*p.274).

O Estado kantiano é fundamentalmente jurídico, e só isso pode exigir-se dele: a ideia de cidadania participativa radicalizada na proposta de uma liberdade crítica ataca juridicamente o problema da igualdade quando se pensa na questão das minorias. O acesso de todos a um poder de normatização inclui juridicamente aqueles menos representados no parlamento, os indivíduos que se sentem não representados ou as minorias mal representadas. Isso implicaria num reforço da ideia de democracia constitucional como acesso a todos não a bens, mas ao próprio processo constitucional⁵¹².

A expressão mais importante dessa tese no século XX foi a interpretação procedimentalista de jurisdição constitucional do alemão Peter Häberle⁵¹³, para quem todo cidadão é interprete da Constituição, entendendo esta como carta aberta de princípios e sujeita a razões invocadas por qualquer cidadão como hermeneuta do texto constitucional, assim, pluralmente utilizada por todos para defesa de direitos e sem conter quaisquer virtudes ou valores essenciais, mas sempre reconstruídos pelo processo público de discussão⁵¹⁴.

Entedemos, assim, que o conceito de uma cidadania crítica e normatizadora dirigida ao legislativo é análogo ao conceito de Häberle de uma cidadania construída como interpretação constitucional por todos. O que se quer é trazer o conceito de interpretação livre da lei para o campo legislativo, com um elemento normatizador de perspectivas de legitimação. Habermas previu a normatização como discurso intersubjetivo e falível com base na ideia

⁵¹² Cf. MARTOS, J.A.M. *Minoria Política & Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002, p.145, tomando como ponto de partida a reflexão de Martos de que pluralismo e procedimentalismo são referentes um ao outro, o processo constitucional em Kant equivale ao procedimentalismo, com a iniciativa individual como busca pela defesa de direitos pelo cidadão.

⁵¹³ HÄBERLE, P. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p.34.

⁵¹⁴ HÄBERLE, P. Op. Cit.p.64.

de uma verdade consensual entre os participantes do diálogo⁵¹⁵ – para Kant, o processo objetivo de racionalização se dá pela qualificação dos debatedores.

A fim de reformar o Estado, o que se requer é esclarecimento; a participação ampliada através da cidadania munida de instrumentalização para a ação jurídica, o que envida o meio de uma discussão da verdade do próprio Estado; a resposta de se é um Estado igualitário ou não é conseqüência da própria abertura discursiva que os cidadãos promovem por sua ação jurídico-normatizadora individual enquanto exercício institucional da liberdade política, o que é o próprio fundamento de existência do Estado kantiano em uma acepção liberal-republicana, porque sem ele não há contrato.

Dentro da participação do cidadão no processo legislativo é que Kant assegura sua independência, como mostra Sven Arntzen. Não se trata apenas da liberdade negativa de não interferência do Estado, mas de uma liberdade positiva como atuação do cidadão na defesa de suas próprias liberdades perante o Estado. Arntzen chega bem próximo de nossa posição ao frisar a *participação direta do cidadão no processo legislativo*. Os limites legislativos e

⁵¹⁵ HABERMAS, J. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 34, defende uma interpretação pragmática do conceito de fundamentação kantiano como justificação pelos sujeitos de uma dada comunidade. Já em *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.45, Habermas busca mostrar como a justificação de um *princípio U* de universalização de premissas é um processo público que interfere em todos os membros de uma comunidade, inclusive em questões éticas e jurídicas complexas, que são problematizadas por uma intenção de entendimento intersubjetivo e não estratégica (interesse egoísta), como Habermas defende em *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-a, p.160. O modelo de Habermas de democracia é procedimentalista, ele somente age pela ideia de pressuposição de discursos de legitimação constantemente exercidos, e não na perspectiva de uma resolução de tensões pela burocracia com um plano de valores pré-estabelecidos. Nesse sentido, está próximo do antipaternalismo estatal de Kant, que critica a tutela do Estado em relação às pretensões públicas dos cidadãos. Cf. MAREY, M. "Las críticas de Kant ao modelo teórico del estado westfaliano." In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, vol. XVIII, p.1-18, jul.-dez. 2011. Nossa proposta de inovação em relação à Habermas é no sentido de que o próprio cidadão possa normatizar em conjunto com o legislativo. Assim, garantir-se-ia ação efetivadora da normatividade sem ferir o direito a uma autonomia pública de eleger o parlamento pela vontade geral, e a eficácia prática do discurso seria maior que a discursividade intersubjetiva habermasiana, indefinidamente reconstrutiva de posições nem sempre conciliáveis na prática ou dependente ainda da jurisdição constitucional como protetor de direitos (análogo a John Rawls e Ronald Dworkin), o que novamente coloca a cidadania na dependência de uma instituição tuteladora.

judiciais processuais do exercício da cidadania jurídica são frisados por Kant bem como a leitura jurídica dos motivos políticos que chegam até ao legislativo. Diz Arntzen⁵¹⁶:

Since freedom is held to be the sole innate right, Kant's philosophy of law cannot be indifferent to the political and legal organization of those who possess this right. This right entails, ideally, every citizen's direct participation in the legislative process.

Sintetizando, é preciso observar que a *liberdade crítica* assumiria os seguintes contornos processuais legislativos no Direito Racional de base kantiana: 1) Seria dirigida pelo cidadão ao legislativo, como discurso livre sobre uma posição política ou jurídica de interesse público que o cidadão quisesse que se tornasse norma, proposta perante o legislativo e devidamente processada. Independentemente de manifestação dos representantes políticos sobre a questão como juízo preliminar de admissibilidade. Se o cidadão quisesse, porém, poderia requerer a um parlamentar que assumisse seu intento de legislar. Mas seria uma faculdade do proponente fazê-lo. Não sendo provida a pretensão de normatização do cidadão, isto é, não se tornando lei, o legislativo transformaria essa petição em uma resposta formal ao cidadão, negando formalmente e por escrito. Mas sempre dando uma resposta após processar o pedido que deveria ser colocado em votação para que todos os representantes do povo se manifestassem sobre ele. A negativa de provimento pelo legislativo não obstaría que *a posteriori* fosse demandada judicialmente a referida pretensão de legislar. 2) A proposta de um provimento legislativo como

⁵¹⁶ ARNTZEN, S. Freedom in Kant's Philosophy of Law. In: *Kant und die Berliner Aufklärung*. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses hrsg. im. Kant- Gesellschaft e V. von Volker Gerhardt et al. Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, 2001, p.61. Tradução livre: "Como a liberdade é tida como o único direito inato, a Filosofia do Direito de Kant não pode ser indiferente à organização política e jurídica daqueles que possuem esse direito. Esse direito implica, idealmente, a participação direta de todos os cidadãos no processo legislativo."

dever geral do cidadão para a República representa o exercício de uma faculdade jurídica que deve ser vinculada aos procedimentos legais de validade de produção normativa de uma dada ordem jurídica como observa Kelsen. O modelo de “liberdade crítica” é uma proposta constituída no modelo do “Direito da Razão” kantiano que admite a ideia da validade, da hierarquia normativa e da separação de poderes como central dentro do procedimento de produção de leis em um Estado de Direito como previsto por Kelsen, o que compatibiliza o modelo de uma cidadania participativa kantiana com as exigências procedimentais de fundo kelseniano. 3) A teoria da separação dos poderes não estaria afetada pela presente proposta de cunho interpretativo ao modelo de Estado de Direito de Kant porque a capacidade de normatizar do cidadão estaria em consonância com a ideia de um procedimento legislativo capaz de sustentar tanto a liberdade do cidadão em normatizar como a capacidade do Estado em receber tal inovação legislativa e se constituir em um Estado aberto a novas perspectivas legislativas, legitimadas pela posição ativa (propositiva) do cidadão. O executivo seria demandado pelo cidadão dentro da legalidade e o judiciário controlaria a eventual ilegalidade na proposta de normatização pelo cidadão, como já apontado em 2).

3.3 A LIBERDADE POLÍTICA PARTICIPATIVA EM KANT E A CRÍTICA AO MONISMO DE KELSEN

Kelsen coloca o problema dos valores na ideia de sua relatividade de per si, encontra no positivismo científico o marco de legitimação do Direito na sua autoconstituição enquanto um sistema de normas e ataca a ideia de uma legitimação política e axiológica em si. Assim, para Kelsen a função da política é fornecer o conteúdo para o debate no parlamento e tão somente isso. A Política se reduz ao problema dos valores dos grupos de interesse e sua estabilidade racional em um governo soberano⁵¹⁷. Quando a legitimação de um governo soberano entra em crise retorna o problema axiológico da legitimação política. O problema dos valores se dá quando a Política reivindica mais espaço do que o Estado jurídico estabelecido concede a ela. Diz Kelsen⁵¹⁸: “A democracia sem controle é, a longo prazo, impossível. De fato, sem a autolimitação representada pelo princípio da legalidade, ela se destrói.” Ao atacar a fundamentação da Política em valores metafísicos por Erich Voegelin, Kelsen deixa clara a delimitação subjetiva do campo axiológico sendo este concebido como crença e a necessidade de uma circunscrição racional da Política ao Direito⁵¹⁹.

⁵¹⁷ KELSEN, H. *¿Una nueva ciencia política ? Réplica a Erich Voegelin*. Tradução Isolda Rodrigues Villegas. Buenos Aires: Katz, 2006, p.16, significa positivismo pensar explicações para fenômenos sociais a partir da experiência e não recorrendo a explicações metafísicas ou teológicas.

⁵¹⁸ KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.84.

⁵¹⁹ KELSEN, H. *¿Una nueva ciencia política ? Réplica a Erich Voegelin*. Tradução Isolda Rodrigues Villegas. Buenos Aires: Katz, 2006, p.18ss, quando o sistema de valores de uma sociedade entra em crise e ocorrem disputas políticas sobre os fundamentos da ordem social, assomam sistemas como o de Erich Voegelin, que tanta recorrer a uma defesa de valores absolutos com base em Platão e S.Tomás para criticar a ordem vigente e denunciar o positivismo como uma ciência sem valores. Ataca o relativismo axiológico positivista por apelar para uma ordem superior de valores.

Kant e sua visão de uma política como ciência dos interesses expressa na *ZeF* não reduz o campo dos valores a uma instância de mero controle pelo Direito. Kant mantém viva a atividade política como meio de conflito e de discussão sobre valores. Sua perspectiva sobre a estabilidade constitucional exige a ideia de um uso público da razão e sua utilidade discursiva para a legitimação do Estado, para eleger representantes políticos e fazer com que o cidadão possa agir politicamente. Nossa tese de que a participação cidadã na República kantiana pode ser ampliada até um uso mais específico da liberdade crítica pelo cidadão ao ponto de propor ele mesmo normas e não apenas aguardar pela ação de seus representantes representa um ponto de ampliação ao ideal kelseniano de controle dos valores e da Política pelo Direito estatal. O ponto é que se o Direito é o próprio Estado em Kelsen, a Política já se fez Estado quando do reconhecimento da soberania deste, logo, esperar algo da política no Estado kelseniano é contar apenas com uma vã esperança de canais de participação insuficientes para criticar o Estado⁵²⁰. A nosso ver nem a soberania é um ideal estático como Kelsen admite⁵²¹, nem a possibilidade da

⁵²⁰ A ideia de participação cidadã no sistema democrático-parlamentar defendido por Kelsen remete ao “direito de participar na eleição dos membros do corpo legislativo e de outros funcionários do Estado, tais como o chefe de Estado e os juizes. Em uma democracia direta, o direito político supremo é o de participar da assembleia popular. Como a vontade do Estado se expressa apenas na criação e execução de normas jurídicas, a característica essencial de um direito político é a de que ele proporciona ao indivíduo a possibilidade jurídica de participar da criação e execução das normas jurídicas.” Cf. KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 337-338. Isso estaria próximo de nossa tese, não fosse a ausência de autonomia crítica que a possui o conceito de cidadania de Kelsen – ao contrário de Kant ele não concebe a cidadania como expressão de um liberdade inata anterior ao Estado, mas dependente desse. Kelsen restringe os direitos políticos ao direito ao voto em *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.43: ‘Os direitos políticos – isto é, a liberdade –reduzem-se a um simples direito de voto. De todos os elementos até agora considerados que limitam a idéia de liberdade e, com ela, a de democracia, o parlamentarismo é talvez o mais importante.’

⁵²¹ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 364-365: “O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo. O ‘poder’ do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos.” Assim, para Kelsen, uma vez estabelecido o poder soberano de um

representação parlamentar e do exercício das funções de poder estatais esgotam a função da cidadania. Pensar coerentemente o sistema político de Kant implica na possibilidade dele ser um adepto do uso racional da Política como uso público da razão e a reivindicação da uma cidadania participativa é um momento decisivo na retomada da função crítica do jusnaturalismo em relação ao positivismo. Kelsen faz decorrer da ordem posta os princípios do Direito. Não existem princípios de Direitos anteriores ao Estado em Kelsen, a liberdade jurídica como reflexo de um direito à liberdade política anterior ao Estado e fundante deste não poderia ser pensada em si mas somente em vinculação a uma ordem estatal vigente.

A pretensa coerência do positivismo kelseniano é que ele é adepto do isolamento metodológico e lógico do Direito em relação à Moral e a Política, sem essa perspectiva no entender de Kelsen o dualismo jusnaturalista retorna: Direito e Estado devem estar juntos e constituir a própria unidade do Direito como elemento de controle da liberdade e dos embates de valores, notadamente em sua expressão política. Assim, em Kelsen, a Política é a possibilidade do indivíduo em querer algo como bem geral, o Direito é a resposta racional a essa pretensão e a limitação de pretensões ilegais pelo uso da força. Para Kelsen⁵²² a liberdade natural possui um sentido psicológico, naturalista, mas não jusfilosoficamente significativo:

Estado, ele será estático e auto-referente na produção de suas normas e na eficácia de seus efeitos.

⁵²² KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 73-74.

A ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo enquanto lhe dirige prescrições mais ou menos numerosas. Fica sempre garantido, porém, um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência humana na qual não penetra qualquer comando ou proibição. Mesmo sob a ordem jurídica mais totalitária existe algo como uma liberdade inalienável – não enquanto direito inato do homem, enquanto direito natural, mas como uma consequência da limitação técnica que afecta a disciplina da conduta humana.

O que Kant frisa na *ZeF* é que a Política não deixa de subsistir frente ao Direito no âmbito do domínio estatal. Ela se mantém viva através do uso da razão prática no ideal do iluminismo de que cada cidadão faça uso da própria razão. Limitar essa perspectiva é negar à liberdade uma função prática e, assim, desvirtuar o sistema de Kant na sua significação política.

O ideal da representação parlamentar não esgota o ideal da liberdade política. Kant quis constituir uma República da razão e não um reducionismo da liberdade política ao domínio do Estado soberano. Os princípios racionais do Direito atuam como cerne da Constituição mesmo no Estado estabilizado, cuja soberania já não se discute, e quem os movimenta, além das instituições legítimas comandadas pelos agentes públicos, é a liberdade política dos cidadãos, que é a fonte primária da legitimidade política.

A trajetória do Estado Moderno e seu ideal de soberania parecem fortalecer mais a ideia de regulação do que a ideia de participação. Isso se revelou perigoso, até mesmo em modelos proto-liberais como o de Hobbes (vide a seção 2.1). A perspectiva da participação e do uso crítico da liberdade política dentro dos limites da Constituição são compromissos republicanos e liberais de Kant, que foi o que Kelsen defendeu em um plano apenas institucional: liberdade de votar, ordem pública para assegurar a liberdade, mas a unificação por ele promovida entre Direito e Estado faz do Estado o novo ente poderoso frente ao próprio Direito que ele deve proteger e se submeter, através do ideal monista ⁵²³.

Kelsen e seu ideal normativo são formadores de uma nova perspectiva: o positivismo dominante em relação ao Direito, em Kant o jusnaturalismo possuía uma função crítica ao Estado através da ideia da liberdade inata e sua função de base ao sistema de direitos subjetivos, isso pode ser identificado na ideia de reformismo do Estado. Kelsen constrói um modelo em que a petição de direitos pelo cidadão se dá como conquista judicial, como algo ao talante da decisão do juiz, que é um agente do Estado ⁵²⁴.

⁵²³ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984, p. 265: “A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objeção validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito a função do todo jurídico. Nesse sentido é uma acepção verdadeiramente orgânica do Direito. Mas, se concebe o Direito como organismo, não entende por tal qualquer entidade supra-individual, supra-empírica-metafísica – concepção esta detrás da qual se escondem quase sempre postulados ético-políticos -, mas única e exclusivamente: que é Direito é uma ordem e que, por isso, todos os problemas jurídicos devem ser postos e resolvidos como problemas de ordem. A teoria jurídica torna-se, assim, numa análise estrutural do Direito positivo o mais exacta possível, liberta de todo o juízo de valor ético-político.”

⁵²⁴ KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.186: “Uma vez que a democracia tem por exigências a segurança jurídica, a legalidade e o caráter calculável das funções do Estado, criam-se instituições que têm por finalidade controlar essas funções, de modo que sua legitimidade seja assegurada.”

A ideia de participação em Kant é a reflexão do indivíduo que a partir de si e através das garantias de trâmites legais que o Estado lhe dá pode recobrar parte da existência viva do Direito como exercício de liberdade política de criticar o próprio Estado ao poder propor leis, através do uso da razão e não em uma decisão que parta unilateralmente do Estado, como no caso da processualização da demanda judicial (vide o conceito de uso público da razão em Kant na seção 2.4). Quando o cidadão participa politicamente propondo normas como defendemos com a ideia da ‘liberdade crítica’ ao Estado não se está realizando a cotidiana reprodução dos processos de poder, o paradigma de legitimação recomeça no uso individual da liberdade crítica no âmbito da razão pública. O fundamento da representação parlamentar é a renovação do pacto político, mas através da força do Estado mediante seus agentes, que mesmo eleitos pelo voto dos cidadãos, agem em nome do Estado e indiretamente em nome de quem neles votou. Kelsen⁵²⁵ defende que o voto no parlamentar e o acompanhamento pelo povo da eficácia da representação suprem o problema da legitimação dessa representação. A solução de Kelsen

⁵²⁵ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 417-418: “(...) na realidade, a função do povo – ou, formulando corretamente, do eleitorado, limita-se à criação do órgão legislativo. A resposta à questão de saber se, *de lege ferenda*, o membro eleito de um corpo legislativo deveria estar juridicamente obrigado a executar a vontade dos seus eleitores e, portanto, a ser responsável para com o eleitorado depende da opinião sobre a amplitude em que é desejável que se concretize a idéia de democracia. Se é democrático a legislação ser exercida pelo povo, e se, por motivos técnicos, é impossível estabelecer uma democracia direta e se torna necessário conferir a função legislativa a um parlamento eleito pelo povo, então é democrático garantir, tanto quanto possível, que a atividade de cada membro do parlamento reflita a vontade dos seus eleitores. O chamado *mandat imperatif* e a cassação de mandato de funcionários eleitos são instituições democráticas, desde que o eleitorado seja democraticamente organizado. A independência jurídica do parlamento diante do eleitorado pode ser justificada apenas pela opinião de que o poder legislativo é melhor organizado se o princípio democrático, segundo o qual o povo deve ser o legislador, não for levado a extremos. A independência jurídica do parlamento em relação ao povo significa que o princípio de democracia é, até certo ponto, substituído pelo de divisão de trabalho. A fim de dissimular essa mudança de um princípio para outro, usa-se a ficção de que o parlamento “representa” o povo.”

seria, pois, encontrar mecanismo de controle institucional do parlamento, com a monitoração da qualidade da representação parlamentar. Acreditamos, a partir do pensamento de Kant, que apelando para a consciência do próprio cidadão como dever jurídico geral de pertencimento a uma República constitucional, o indivíduo político no sistema de Kant não pode aceitar a submissão ao Estado como ente coercitivo sem que haja uma razão para a limitação da sua liberdade. Qualquer restrição à liberdade política deve ser justificada. Não se pode dizer que o âmbito da liberdade que é a própria instância de fundamentação do Direito dentro de sua assimilação como liberdade política possa ser identificado completamente a uma função do Estado. A liberdade inata e sua perspectiva de ser direito à liberdade política não serão uma faculdade passiva concedida pelo Estado como no sistema de Kelsen. Esse não é o ideal kantiano de utilização da razão, se o Direito em Kant advém da razão como ele pode se esgotar no ente que é o conjunto de leis externas que asseguram a liberdade, que é o Estado ? Por esse raciocínio é injustificado o pensamento de Kelsen de que Direito e Estado se equivalem. Mais que isso: admitir a união completa entre Direito e Estado significa suprimir a possibilidade teórica da própria Política, já que apenas, como diz Kelsen, teria a função ideológica de manter um interesse por valores⁵²⁶. Ao reduzir

⁵²⁶ KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.187: 'A luta na qual a democracia sobrepuja a autocracia é, em grande parte, conduzida em nome da razão crítica contra as ideologias que apelam às forças irracionais da alma humana. Contudo, uma vez que nenhum governo parece capaz de agir sem o auxílio de certas ideologias justificadoras, os governos democráticos também fazem uso delas. Via de regra, porém, as ideologias democráticas são mais racionalistas, mais próximas da realidade e, portanto, menos eficientes do que as usadas pelos governos autocráticos. Uma vez que o domínio sobre os governados é mais intenso nos regimes autocráticos, estes precisam de um véu mais denso para ocultar sua verdadeira natureza. Sem dúvida, há ocasiões em uma democracia em que se utilizam as mesmas ideologias religiosas e metafísicas às quais os governos autocráticos devem, ou imaginam-se que devam, seu sucesso, como, por exemplo, a idéia de que o governo popular realiza a vontade de Deus.' A política externa para Kelsen também é ideológica, na oposição de um Estado soberano a outro, oscilando entre ideologias belicosas e ideologias pacifistas e racionalistas (KELSEN, 2000,p.191). O problema da ideologia é que ela marca a história da Política no Ocidente desde o embate na Grécia antiga entre metafísicos absolutistas representados principalmente por Platão contra o relativismo sofista de Protágoras (KELSEN, 2000, p.195). A democracia tende a ser menos ideológica que

cientificamente a Política à ideologia, a exemplo de sua crítica ao caráter ideológico do direito soviético⁵²⁷, Kelsen abre margem para todas as críticas sistêmicas à própria democracia, por parte de ideologias não democráticas como o marxismo. Embora admita que o ideal da democracia é a liberdade, Kelsen transforma a luta ideológica como a ponta de lança de sua teoria política e apela ao objetivismo da teoria pura para barrar as influências ideológicas que considerada anti-democráticas: ‘O problema da democracia não é o problema do governo mais eficiente; outros regimes podem ser mais eficientes. É o problema de um governo que garanta a máxima liberdade individual possível.’⁵²⁸ Já para Kant, a política não é ‘essencialmente ideológica’, como visto na seção 2.2 é intrinsecamente realista e conflituosa como luta objetivas de interesses e conquista do poder estatal, não se trata simplesmente de opor absolutismo metafísico político a relativismo democrático, mas de pensar condições de um Direito da Razão que assegure igualdade e liberdade aos cidadãos dotando esses de uma capacidade de uso crítico da razão como seu maior mecanismo de proteção contra o arbítrio. Novamente, trata-se de opor a confiança de Kelsen no positivismo à utilização política do racionalismo kantiano. Nossa proposta de uma cidadania participativa enquanto *liberdade crítica* ao Estado institucionalizado mostra que a partir de Kant e em adição à teoria política do Direito Racional, pode-se sustentar a ideia de uma legitimação adicional ao Estado ao admitir que não apenas o próprio Estado normatiza através do parlamento, mas que o cidadão

o autocratismo porque admite a liberdade de pesquisa sobre a sociedade e a segurança de procedimentos jurídicos que sustentam essa liberdade (KELSEN, 2000, p.194).

⁵²⁷ Em *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*. Tradução Alfredo J.Weiss. Buenos Aires:Emercé, 1957, p.267, Kelsen proclama: “*El carácter ideológico de la teoría soviética del derecho es consecuencia inevitable del principio marxista – contrario al postulado antiideológico- de que la ciencia social em geral y la ciencia del Estado y del derecho em particular tienen que ser políticas, es decir, tienen que traducirse en fórmulas que pueden ser usadas em la lucha política de um grupo contra outro. El deplorable status de la teoría soviética, degradada a la condición de sirvienta del gobierno soviético, debe ser una sombría advertencia, para quienes se dedican a las ciencias sociales, de que la verdadera ciencia social es posible a condición de que sea independiente de la política.*”

⁵²⁸ KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.191.

poderia normatizar ao exercer a *liberdade crítica*. Essa perspectiva, acreditamos, é francamente jusnaturalista contra o positivismo de Kelsen⁵²⁹, embora ele próprio admita que:

é da maior importância observar que a transformação da idéia de liberdade natural, enquanto ausência de governo, na idéia de liberdade, enquanto participação no governo, não implica um completo abandono da primeira. O que permanece é o princípio de uma certa restrição do poder do governo, o princípio fundamental do liberalismo político.

Todavia, a liberdade natural de Kelsen tem um cunho psilogista e voluntarista, não se submetendo aos ditames da razão prática pura kantiana. O que importa extrair de Kelsen, portanto, é que ele defende a liberdade política como liberdade que pode ser dotada de uma capacidade crítica, porém, uma volta a Kant se faz necessária, porque em Kant é que se contra o princípio fundamental de um uso crítico e público da razão. Kant prevê a ideia de positividade jurídica (o Direito Estatal) como fundamental, porque através dele se coloca a proteção e a segurança jurídicas que o cidadão necessita para sua vida civil que é o meio de exercício da liberdade política. Jamais a perspectiva da revolução poderia ser admitida como meio kantiano de reivindicação de direitos. Não é o que se defende aqui, mas ao contrário, dentro do melhor “espírito de liberdade” que deve reinar em uma República, a ampliação dos poderes do cidadão para interpretar a Constituição e estabilizar a República com um instrumento participativo.

Kelsen mesmo admite que a crise de valores que acossou a sociedade no século XX era uma crise de caráter legitimador, uma desconfiança nos valores sociais estabilizados e uma perda da fé nas próprias forças dos

⁵²⁹ KELSEN, H. *A Democracia*. Tradução Jefferson Camargo et al. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.183.

indivíduos⁵³⁰. O Direito não é um dado lógico que possa ser descrito, mas é um processo constante de produção e reprodução do sistema de normas jurídicas.

A linha de justificação decisionista do poder do soberano em Hobbes e Schmitt implica numa visão onde a legitimação do Direito se dá pela soberania estatal, não pela estrutura de normatividade jurídica produzida democrática e racionalmente como desdobramento do poder público. Em Hobbes encontra-se um fundamento de legitimidade no qual o relevante está em se identificar quem seja o soberano, Kelsen prefere o fundamento da autoridade que decide, antes que a discussão racional de como se exerce a dominação⁵³¹. Para Kelsen⁵³² “o Direito Positivo não pode ser derivado da norma fundamental, mas apenas ser compreendido por meio dela.” O positivismo kelseniano emerge como um fato do poder e se constrói voluntaristicamente através de decisões das autoridades legitimadas pelo próprio poder. Não há uma vinculação com o ideal de autonomia enquanto exercício de liberdade de uso da razão pelos cidadãos como em Kant. O carácter dualista do pensamento transcendental kantiano é rejeitado porque para Kelsen fica mais próximo de um subjetivismo metafísico

⁵³⁰ KELSEN, H. *¿Una nueva ciencia política ? Réplica a Erich Voegelin*. Tradução Isolda Rodrigues Villegas. Buenos Aires: Katz, 2006, p.16-17: “Cuando las guerras y los movimientos revolucionarios sacuden los cimientos del orden social establecido y se vuelve imperiosa la necesidad de una justificación absoluta y no meramente relativa de esse orden, la religion, y com ella la teologia y otras especulaciones metafísicas, se ubica al frente de la vida intelectual y se transforma em instrumento ideológico da política. En vista de la gran importancia que reviste la ciencia en la sociedade moderna, aumenta la tendencia – siempre existente pero reprimida em períodos de equilibrio social – a emplear la ciencia social com el mismo propósito. Y esta tendencia se manifiesta como una oposición apasionada al positivismo relativista y como un intento de que la ciencia vuelva a estar dominada por la teologia y otras especulaciones metafísicas.”

⁵³¹ Matthias Jestaedt em *A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen*. Tradução Carlos Eduardo de Abreu Boucault. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 106, pp. 13-67, jan./jun. 2013, p.51, afirma que para Kelsen “a Democracia é uma forma de dominação, um método de justificação da dominação pelo procedimento.” Ela se justifica na forma como os conflitos são trabalhados e no procedimento de sua resolução. Daí a função capital que o Direito possui de proceduralizar as demandas buscando estabilizar os conflitos por soluções formais e legalistas.

⁵³² KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 623.

do que do ideal científico positivista que seria mais coerente com a objetividade da Ciência do Direito. Diz Kelsen⁵³³ :

A teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina do Direito natural em conformidade com a lógica transcendental de Kant. Ainda permanece a enorme diferença que separa, e deve sempre separar, as condições transcendentais do conhecimento de todo o conhecimento empírico e, conseqüentemente, das leis vigentes na natureza, por um lado, e da metafísica transcendente além de toda experiência, por outro. Existe uma diferença semelhante entre a norma fundamental, que apenas torna possível a cognição do Direito positivo com uma ordem significativa, e uma doutrina de Direito natural que propõe estabelecer uma ordem justa além e independente de todo o Direito positivo. É a diferença entre filosofia crítica e especulação subjetiva. Portanto, é preferível chamar essa teoria do Direito positivo, que tem consciência dos seus pressupostos e limitações, de positivismo crítico.

Para Kelsen⁵³⁴, Kant ficou preso ao dualismo metafísico de base cristã e não desenvolveu a lógica transcendental:

O papel que a coisa em si desempenha no seu sistema revela muito de transcendência metafísica. Uma emancipação completa da metafísica era provavelmente impossível para uma personalidade ainda profundamente enraizada no cristianismo como a de Kant. Isso se torna mais evidente na sua filosofia prática. É exatamente aqui, onde repousa a ênfase na doutrina cristã, que o dualismo metafísico deste invadiu completamente seu sistema, o mesmo dualismo que Kant combateu com tanta persistência na sua filosofia teórica. Nesse ponto,

⁵³³ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005,,p. 625-626.

⁵³⁴ KELSEN, H. Op. Cit.p.635-636.

Kant abandonou o seu método de lógica transcendental. Essa contradição dentro do sistema do idealismo crítico já foi observada com frequência suficiente. Assim acontece que Kant, cuja filosofia de lógica transcendental estava destinada a fornecer o fundamento para uma doutrina jurídica e política positivista, permaneceu, como filósofo jurídico, na doutrina do Direito natural. Na verdade, os seus Princípios da metafísica da ética podem ser considerados como a mais perfeita expressão da doutrina clássica do Direito natural, tal como desenvolvida nos séculos XVII e XVIII como base no cristianismo protestante (...)

A oposição monista (Direito=Estado) de Kelsen ao dualismo (Direito ≠ Estado) de Kant, bem como sua pretensão de ler Kant como um metafísico que teria contribuído à não cientificidade por causa de um comprometimento metafísico-religioso residual são contestáveis diante do fato do projeto de esclarecimento do pensamento de Kant, sabe-se que o combate à superstição e a limitação das construções teóricas da razão à experiência foram o legado específico da filosofia crítica. Kelsen confunde momentos históricos de supostas reafirmações de uma metafísica religiosa do Direito no século XX com Gustav Radbruch e a influência do neokantismo, por exemplo, com a herança de Kant no pertinente a uma ideia de Direito racional, cujo fundamento é a liberdade e a busca de igualdade de um ponto de vista laico e republicano quanto à relação com a religião. Kelsen não justifica sua proposição de que Kant falhou em seu projeto crítico, ele não pode colocar a lógica a reboque do positivismo e esquecer o papel fundamental da crítica kantiana que objetivou limitar os projetos da razão humana à experiência possível. A orientação do conhecimento que Kant colocou ao definir a diferença entre ser (plano dos fatos naturais) e dever-ser (plano puramente lógico das normas) serviu ao próprio Kelsen para construir sua teoria (veja-se seção 1.1.). O que Kelsen faz é propor uma solução estatista e normativista onde o papel do indivíduo e sua capacidade racional crítica desaparecem frente ao mecanicismo do Estado soberano expresso como poder técnico, distante do debate político e da

batalha pela legitimação via valores absolutos em confronto. Se, para ele, a Ciência do Direito deve se aferrar ao relativismo axiológico contrário à metafísica e se constituir como ciência de normas, o valor básico que ele mesmo defendeu que era o indivíduo, fica afastado do cenário constitutivo do Direito ao propor um normativismo sem fundacionismo político ou moral na liberdade política individual como Kant fez a partir de seu conceito de *liberdade inata anterior ao Estado*. Diz Kelsen prosseguindo sua argumentação anti-kantiana⁵³⁵:

Essencialmente, o positivismo se revela apenas ao descartar a ideologia particular que a teoria do Direito usa na sua justificação do Direito positivo. Contudo, eliminar uma ideologia legitimadora é extramamente difícil, não apenas por motivos epistemológicos, mas também por motivos políticos; o anseio por uma fundamentação absoluta da ordem social conhecida é tão poderoso que mesmo a chamada teoria jurídica e política positivista dos séculos XIX e XX nunca renunciou completamente a ela, estando, portanto, às vezes completamente impregnada, embora de maneira não confessada, com elementos jusnaturalistas. Na época em que se pensava que o positivismo havia definitivamente derrotado a especulação jusnaturalista, na segunda década do século XX, foi deliberadamente inaugurado um movimento jusnaturalista. Ele concidiu com um desvio da filosofia natural, da crítica kantiana para uma nova metafísica e um renascimento do sentimento religioso. O eterno movimento ondulatório do espírito humano, que o leva da auto-exaltação à eliminação do eu, do pessimismo ou otimismo ao ideal de objetividade, da metafísica à crítica do conhecimento e de volta, parece ter sido acelerado pela experiência avassaladora da Grande Guerra. Uma filosofia antimetafísica, científico-crítica, que tem objetividade como ideal, como

⁵³⁵ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.636-637.

é o caso do positivismo jurídico, parece prosperar apenas em tempos relativamente calmos, em períodos de equilíbrio social.

Para Kelsen a liberdade inata da qual Kant faz emanar o Direito (ordem legal de limitações recíprocas do arbítrio conforme a lei) e o Estado (conjunto de pessoas vivendo sob leis jurídicas) é meramente jusnaturalista e ideológica, uma metafísica residual do cristianismo protestante que funciona como uma “ideologia legitimadora”. Acreditamos que Kant defendeu a ideia de um Estado de Direito para fugir do absolutismo e no melhor espírito iluminista concentrou seu modelo de Estado na ideia de uma defesa da liberdade política por acreditar que os valores liberais fossem os sustentadores de uma ordem jurídico-positiva, e não de um jusnaturalismo abstrato, em que o papel da liberdade civil seria central frente aos desmandos do despositismo e das supertições irracionais. Se o equilíbrio entre legalidade e legitimidade é o que se pretende em um modelo de Estado de Direito que signifique algo com sustentação política válida, isso só pode ser executado na ideia de que a força da legitimidade tem que ser tão presente quanto a força da legalidade em uma estrutura formal de normas, como Kelsen propôs. Pensamos que no contratualismo de Kant essa fórmula está mais presente que em Kelsen. Ela indica a possibilidade de que todo o Direito não é algo em si, um conjunto abstrato e lógico de normas, mas um instrumento de proteção e garantia da liberdade individual. Por esse prisma podemos até inverter o raciocínio e dizer que Kelsen estava preso a uma Metafísica conceitual do que seria o Direito e que Kant já se libertara de tal esquema de justificação do Direito pelo formalismo ao se proclamar um filósofo crítico contra o estatismo dominante e o republicanismo revolucionário dos jacobinos que assolaram a ordem soberana francesa a propósito de fazer “justiça”. O modelo de cidadania política de Kant foi defensor da autonomia do campo “jurídico” e propagador da liberdade ao prevê a ideia de uma crítica ao Estado pelo súdito no II ensaio de

TP contra Hobbes (KANT, AA08:289ss)⁵³⁶. Um republicanismo nos limites da legalidade era o que Kant apregoava e sem a intervenção do Estado na esfera da propriedade crucialmente a fim de assegurar a cidadania através da garantia de direitos civis, a lição da garantia antipatrimonialista era crucial nesse aspecto, como pensado na *ZeF*, no segundo artigo preliminar (KANT, AA 06:344)⁵³⁷. O modelo estatista de Kelsen não admite uma barreira explícita contra a intervenção do Estado no domínio privado, porque não admite direitos civis como decorrentes da liberdade jusnatural e suas garantias jurídicas como ocorre no sistema de Kant.

Assim, a ideia de um conceito de Estado como ordem coercitiva em Kelsen deve ser corrigida pelo conceito kantiano do Estado como conjunto de pessoas que vivem sob leis. O problema é de legitimidade *versus* legalidade, pois o conceito de Estado de Kelsen se desenvolve como um conceito de que se legitima na pura violência contra o cidadão e não coloca sua liberdade como fundamento da realidade jurídica e política, mas as normas em uma posição lógica abstrata. Kelsen legitima o Direito em uma legalidade abstrata, uma validade pressuposta de leis em si mesmas. Já o conceito de Kant e a posição radicalizada aqui assumida, a de uma liberdade de propor normas a partir da cidadania participativa, reconduz o Estado a instrumento de proteção à liberdade política contratada pelos cidadãos. Reforça o argumento de que a soberania política é produto da liberdade política e não o contrário, que a soberania decorre do medo do cidadão expresso como obediência ao poder do Estado de agir coercitivamente e sustentar normas jurídicas com uma legitimação representativa parlamentar produtora de normas que nem sempre atendem à vontade geral. O normativismo de Kant decorre de seu contratualismo porque relaciona de modo específico e racional contrato político e racionalidade transcendental enquanto reveladora do sentido do que é a

⁵³⁶ KANT, I. *TP*, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 25ss.

⁵³⁷ KANT, I. *ZeF*, *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.5.

norma jurídica enquanto norma decorrente da autorização de coerção estatal pela vontade popular. Kant, assim, permite rediscutir os fundamentos do próprio Direito e do Estado na esfera do discurso exercitado racionalmente pelo cidadão da 'República da Razão'. Kant não perde de vista o fundamento do Direito que reside na liberdade política. Ele mantém ativa a função crítica do liberalismo com seu ideal de Esclarecimento. Kelsen ficou preso a um esquema logicista e voluntarista, pois para ele o Direito é construído logicamente e interpretado por um ato de vontade, mas não há caminho que conduza a uma liberdade racional primordial, logo, o poder assume a função determinante – perde-se o horizonte garantidor pelo próprio Direito do pressuposto que o deve conduzir: a proteção da liberdade dos indivíduos por eles mesmos e não uma proteção jurídica como simples tutela estatal, portanto, ainda sob o domínio do poderoso *Leviathan*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um Estado pode descumprir o Direito, e coagir além da autorização legal, sendo arbitrário ou tirânico. Um Estado, mediante o exercício do poder (governo), pode descumprir os princípios racionais que fundamentam a Constituição.

Na *Conclusão da Rechtlehre Kant* (AA 06: 355)⁵³⁸ concebe o reformismo como um recurso político que pode reconduzir um Estado ao seu princípio racional fundador, o republicano. Um recurso político que reconduzisse aos princípios do Direito Racional de um modo democrático, portanto, visando à igualdade. Em Kant, a aliança entre Direito e Política significa a possibilidade da participação cidadã na efetivação de direitos individuais votando no parlamento que faz as leis, possuindo liberdade de expressão, decorrentes não do Estado, mas do exercício da crítica reflexiva. Os direitos decorrem da institucionalização jurídica da liberdade. Deve haver, pois, o reconhecimento pelo Estado da função da liberdade, com a construção da “liberdade crítica” como ampliação hermenêutica da função política do cidadão no âmbito estatal, que se fundamenta na ideia de manutenção da liberdade, que é o fim do pacto político racional que funda a sociedade civil.

O que concluímos, assim, é que é possível uma “liberdade crítica” no interior do Estado, sem solapar a função soberana do parlamento. Uma faculdade político-normativa de criticar o Estado pela capacidade do próprio cidadão propor diretamente uma normatização, porque ao povo Kant só veda o direito à revolução (KANT, AA 06: 322)⁵³⁹, mas ele é o soberano (KANT, AA 06:317)⁵⁴⁰. Ela decorreria da capacidade de ser livre pressuposta ao Estado e, através da ampliação da capacidade de participação política no âmbito do Direito Racional, fortalece e mantém o contrato político que funda o Estado,

⁵³⁸ KANT, I. RL, *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 245.

⁵³⁹ KANT, I. RL, Op. Cit. p.192.

⁵⁴⁰ KANT, I. RL, Op. Cit. p.184.

através da capacidade crítica do cidadão a esse mesmo Estado, corrigindo-o em eventuais práticas de atos de gestão inconstitucionais, possibilitando a obrigação de todo Estado de se republicanizar. Em Kant a liberdade de contestar é explicitada positivamente contra o Executivo, mas a função legislativa racional do povo é deixada completamente ao parlamento. O cidadão kantiano seria então um mero observador do poder ? O direito de usar a própria razão cessaria com a obrigação de obediência ao Estado, mesmo ao legislativo como poder soberano em uma República ?

Acreditamos que pensar a liberdade crítica não agride a soberania da vontade coletiva expressa no parlamento, mas antes complementa o Direito da Razão de Kant tornando-o constitucionalmente democrático.

Essa contribuição instrumentalizaria a liberdade ampliada como meio da democracia estatal e evitaria os perigos da Democracia direta de Rousseau, com a tirania da vontade geral sobre o indivíduo; ou as interpretações de democracia social de Ingeborg Maus sobre Kant e seu apelo ao direito em sua relação social direta. Também evitaria a ideia de uma inércia do cidadão no sistema kantiano.

O pressuposto do positivismo e de Kelsen é que o Direito é um sistema de normas, mas para Kant o Direito é a exteriorização do livre arbítrio a fim de garantir a liberdade, que de direito inato passa a direito político no Estado civil. O Estado, assim, é uma universalidade normativa protegida pela possibilidade do uso da coação que exterioriza o próprio Direito, institucionalizando-o (seção 2.1).

A manutenção da liberdade crítica em um Estado é a garantia de sua republicanização, ou seja, a tomada de posição de Kant em relação ao conceito moderno de democracia (seção 2.1) ao obrigar o Estado a ser um *Rechtstaat* através do respeito à liberdade política; à igualdade assegurada pela lei e pela Constituição; e à independência, que é a condição de não dominação do soberano em relação ao súdito (veja-se a seção 2.3). Não dominação e liberdade são asseguradas através da cidadania ativa, para quem

pode exercê-la conforme a lei (KANT, AA 06: 313, *RL*, §46)⁵⁴¹, e não apenas no voto, que prossegue a soberania do povo elegendo quem o represente ao parlamento. Mas a ideia de uma liberdade política que promova o Direito no âmbito de um Estado ocorre especificamente em nossa leitura de Kant quando o cidadão pode reivindicar fora si mesmo a faculdade de legislar, utilizando seu próprio juízo reflexivo sobre a política no sentido de propor normas. Acreditamos que essa liberdade crítica ao Estado faculta a autonomia do cidadão e ao mesmo tempo sua participação efetivadora na legislação, sem derogar a capacidade legislativa do parlamento, mas a complementando-a em vista da republicanização constante (reformismo) do Estado (seção 3.2).

A liberdade crítica, como capacidade de propor normas comprova e executa a concepção de que as normas são a cognição do sujeito livre sobre o Direito, e não que o Direito é o que concebeu Kelsen, uma relação objetiva de normas que coloca o sujeito numa posição secundária frente ao sistema normativo. Assim, criticado pela liberdade cidadã, o Direito deverá ser concebido como diferenciado em relação ao Estado, porque esse é o exercício do poder e da coerção, e o Direito é a própria liberdade inata e suas conseqüências contratuais externas efetivadas no Estado de Direito para Kant.

Com isso interpreta-se em um sentido “liberal autonomista” e “republicano participativo” a ideia de democracia em Kant através do desenvolvimento desse direito-função da cidadania, que é a liberdade crítica reflexionante contra o Estado e com a finalidade de legislar por cada cidadão, que enquanto racionalidade política parte da distinção entre Direito e Estado para colocar no contratualismo político racionalista a base de construção do normativismo estatal. Desenvolvemos, assim, a hipótese da Introdução de criticar a junção entre Direito e Estado proposta por Kelsen, cujo sistema como descrição lógica (coerente de normas entre si, a partir da pressuposição de uma norma fundamental geradora de coerência, bem como sua descrição das

⁵⁴¹ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.179ss.

categorias fundamentais do Direito, coercibilidade, formalidade, legalidade, imperatividade e imputabilidade) é plenamente compatível com o sistema jurídico kantiano (seção 1.1). Essa é uma solução de legitimação da teoria kantiana que partindo do seu conceito de universalidade de Direito coativo, não o reduz apenas a ente coercitivo, nem destrói pela crítica autônoma e cidadã ao Estado sua soberania mediante sedição, mas serve para legitimar a função da liberdade em uma República concebida como Democracia, efetivando um Estado de Direito.

A promessa de liberdade ao cidadão e a busca de uma Política discursiva e, portanto, racional, são ideais que Kant que leva adiante em seu projeto jurídico. As promessas da Revolução e do Esclarecimento é de que todos seriam livres e iguais, mas o Estado Moderno não assegurou isso, apenas o proclamou. Constitucionalizou os direitos naturais, mas não os dotou de proteção. Assim, fortaleceu sua soberania como incontestável (Hobbes), mas não manteve protegido o núcleo do próprio Direito, a liberdade. Não é à toa que positivistas convencionalistas (na linguagem de Dworkin) como Kelsen não hesitaram em unificar teoricamente Direito e Estado para proteger valores mínimos de liberdade, ordem e segurança. A antiga tradição contratualista de defesa de direitos de Locke foi esquecida e acomodada nos quadros de um Estado neopaternalista e na expectativa de que o judiciário fortalecido possa defender o cidadão do arbítrio do executivo.

Se o sistema jurídico de Kant (AA 08: 355) visa ser, como ele proclama principalmente na *ZeF*⁵⁴² *um sistema defensor de direitos e não apenas uma consolação como em Grotius, Vattel e Puffendorf*, Kant só pode defender, como faz em *TP*, II ensaio (KANT, AA 08:289ss)⁵⁴³, que o cidadão pode criticar o Estado legislativo, não apenas o executivo, porque através da crítica cidadã o Estado se torna mais republicano. A iniciativa de legislar por parte do cidadão

⁵⁴² KANT, I. *ZeF*, *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004, p.17.

⁵⁴³ KANT, I. *TP*, En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 25ss.

não quebraria a soberania legislativa, mas a dinamizaria com o processamento da demanda legislativa pelo próprio cidadão e protegeria juridicamente a liberdade de expressão, tornando-a um poder jurídico efetivo e direto.

Acreditamos haver respondido com a fundamentação da liberdade crítica sobre o Estado os objetivos traçados na introdução :

- 1- *Direito e Estado são diferenciados*, porque a liberdade crítica da normatização direta e individual pelo próprio cidadão, e não apenas representativa, reforça o poder legislativo ao povo e ao mesmo tempo o circunscreve o parlamento para analisar a pretensão normativa. Tal como no Direito atual, o cidadão pode ter a iniciativa de lei popular, geralmente com ampla maioria e não como *facultas agendi subjectivae*. Isso mostra que o poder legislativo enquanto poder do Estado é titularizado pelo povo.
- 2- *Que a liberdade política é o fundamento do Estado*, na medida em que sua radicalização como liberdade crítica levaria a uma limitação do poder estatal por uma ação crítico-normativa (que remete a uma interpretação processual do Estado). A legitimidade do Direito é a discussão Política sobre como se constitui e se movimenta o Direito, buscando a estabilização da ordem jurídico-constitucional que o sustenta. A partir da seção 2.1 discute-se que o Estado em Kant é um Estado de Direito (*Rechtlehre*), passando pela discussão do que é a liberdade nesse Estado e quais os valores políticos que a fundamentam (seção 2.2), observa-se a discussão política liberal-republicana em Kant como abertura para a descoberta de novas dimensões no Direito kantiano (seção 2.3).
- 3- *Em Kant o Estado deve ser legitimado na liberdade política na releitura que propomos: uma liberdade política como liberdade crítica*. Assim, nem um ideal de justiça substancial nem o de normatividade pura podem ser o fundamento do Direito e a justificação da existência do Estado (seção 3.1). Todavia, a lógica das normas e a esfera de

integralidade do Direito pelo respeito ao pacto político são fundamentais. A solução radical que apela à liberdade deve ser desenvolvida como ideal de cidadania participativa (liberal-republicano), no qual mantendo a soberania se legitime o aumento da participação cidadã para a condução da *res publica*, que é a *liberdade crítica* (seção 3.2).

A faculdade jurídica do cidadão poder exercer a crítica ao Estado implica, todavia, que o cidadão possa propor um juízo normativo perante o parlamento, porque entendemos que a ideia de Kant de controle de constitucionalidade não se processa perante o judiciário, mas na esfera pública. Assim, é na esfera do debate político com o uso do juízo político que o cidadão da “República da Razão” deveria se dirigir não ao judiciário, mas ao parlamento como receptor de uma pretensão de norma. Na prática funcionaria como crítica eficaz contra a ação executiva insuficiente por parte do Estado que, em consequência do projeto de lei proposto pelo cidadão, poderia modificar sua inação ou corrigir seu erro, caso a demanda por legislação do cidadão viesse a se tornar norma jurídica válida após o devido processo legislativo⁵⁴⁴.

A função de cidadania ativa na *Rechtlehre* seria radicalizada, através da mudança de sentido do §46 da *RL*(KANT, AA 06:313-315)⁵⁴⁵ *para dotar a cidadania ativa de um poder de legislar concorrente à soberania legislativa do parlamento*. A acomodação lógica de uma unificação teórica entre Direito e

⁵⁴⁴ No moderno Direito Constitucional, na Espanha, por exemplo, essa ideia aqui desenvolvida no âmbito do Direito da Razão kantiano é próxima do *recurso de amparo*, que é uma ação constitucional especial e sumaríssima, que qualquer cidadão apto a votar pode promover perante o judiciário constitucional para defender direitos fundamentais que considere violados. Claro, distingo que a liberdade crítica seria dirigida ao legislativo e não ao judiciário. Nesse, o cidadão pode agir individualmente para defender pretensões particulares de tutelas normativas. Atualmente se possui a ação popular, que qualquer cidadão pode ajuizar demanda contra o executivo para discutir se há malversação de recursos público, improbidade ou dano ao patrimônio histórico-cultural, o que representa uma progressão na defesa de direitos subjetivos, ideal jurídico que Kant já prevê na *RL*.

⁵⁴⁵ KANT, I. *RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p.179-182.

Estado feita por Kelsen estaria abalada pela retomada jurídica da liberdade inata, que seria dotada de um poder direto de legislar e republicanizar o Estado como expressão da razão prática. A ordem pública seria movimentada por uma justificação racional de mudança legal por iniciativa do cidadão. A liberdade crítica por nós defendida está no caminho de um esforço de racionalização da Política, por uma cidadania que trabalha com a função argumentativa dos indivíduos a qual Wolfgang Kersting projeta como instrumento do aprimoramento da liberdade no Estado kantiano⁵⁴⁶.

A defesa da liberdade frente ao Estado sempre foi posta em perigo a partir de uma tendência absolutista e (depois) ditatorial existente desde os primórdios da contemporaneidade como mostra Irving Howe. O eu é frágil frente ao Estado, parece ilusório diante da força e do poder totalitários e da “Morte de Deus” proclamada por Nietzsche, diante da decadência dos valores e das virtudes parece soçobrar⁵⁴⁷ e perder as referências constitutivas e teleológicas. Mas Kant observou em sua Filosofia que o fortalecimento racional

⁵⁴⁶ Arthur Strum defende que a ligação política de Kant é aberta a uma cultura discursiva (e não ao caráter de comando dos jacobinos revolucionários franceses) a partir do seu interesse pela razão e do ideal de liberdade da vontade, ao agirem em prol de justificação de interesses os cidadãos kantianos podem pensar livremente. O pensamento kantiano do tribunal da razão, ao julgar as pretensões individuais de fundamentação na prática reverte-se na instigação à liberdade de pensamento sobre pretensões políticas através da construção de hipóteses no espaço público. Cf. STRUM, A. ‘Public Space, Language and Tone in Kant’s Philosophical Republic’. In: *Kant und die Berliner Aufklärung*. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses/hrsg. im. Kant- Gessellschaft e V. von Volker Gerhardt et al. Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, 2001, p.264-265. Consideramos interessante a crítica de Gaus à pretensão kantiana e rawlsiana de razão do entendimento como uma continuação do privatismo político em oposição a uma política que mesmo autonomista poderia versar sobre a ordem pública com prioridade. Cf. GAUS, G. *The order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a diverse and bounded world*. New York: Cambridge University Press, 2011, p.49ss. Isso, todavia, não afeta o ideal de publicidade de Kant, são os indivíduos livres em seus juízos políticos individuais que devem produzir o entendimento público sobre questões cruciais. Em Kant não se possui jurisdição constitucional, assim, cada cidadão seria intérprete da Constituição, num modelo público e procedimentalista que foi analogamente pensado por Peter Häberle em *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. (Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997).

⁵⁴⁷ HOWE, I. The Self and the State. In: *Tanner Lectures*. Stanford University, march 8 and 9, p.205-251, 1990.

desse eu gerar a sua autofundamentação moral, e que a garantia externa do dever de proteção consigo mesmo é a liberdade jurídica, como tal exercida em um Estado republicano, cujo dever ser é a República como garantia da independência, igualdade e liberdade cidadãs. O estarem de Kant frente aos acontecimentos da revolução francesa, que pela violência destruiu a soberania com a promessa de conceder ao povo o poder político, anteciparia a indignação de qualquer liberal frente ao poder avassalador positivista que tomou de assalto o Estado e se encastelou através do positivismo como tutor do indivíduo. A escola técnica jurídica e Kelsen esperaram que a doutrina do Estado e do Direito unidos (monismo jurídico) atingiria uma nova aurora de progresso científico do Direito, mas o que se viu foi o formalismo das normas estatais 'puras' sem o racionalismo e o contratualismo serem presas fáceis da ausência de legitimação política de seus atos, solapados pelo poder político dominante que eles acreditaram que ficaria apenas como guardião do poder jurídico. O que ocorreu foi a utilização do poder como violência contra o próprio cidadão, que impotente se tornou presa do automatismo de máquinas de violência estatal, que desenvolveram estruturas jurídicas nas quais o processo jurídico se perdeu na ausência de publicidade e controle público de seus atos, ausência de processo denunciada por Franz Kafka⁵⁴⁸. Quando Alexis de Tocqueville olhou para a América a fim de buscar uma nova sociedade liberal e democrática contra o Estado positivista que se construía na Europa, o pensamento liberal em sua matriz política viria a buscar soluções que levariam até Rawls, passando por Mises e Hayek, com a ausência de democracia que o positivismo puro incitou. A retomada do pensamento de Kant por Dworkin, Habermas, Rawls, Radbruch, Kersting, Guyer, entre outros, mostra a indignação filosófica contra a redução do debate político ao realismo do poder ou à pureza normativa sem discussão da base filosófica legitimadora do

⁵⁴⁸ COSTAS DOUZINAS. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradução Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.235, diz que o projeto de defesa do sujeito emerge no séc. XX quando Kafka buscou valorizar a ideia da personalidade e que tal defesa provém de uma inspiração em Kant.

Estado, pensando principalmente limites ao Estado, que só podem ser encontrados no Direito.

O racionalismo, o liberal-republicanismo e o contratualismo kantianos estão abertos a reconstruções que possam colocar o problema da legitimidade do Estado em relação à sua perspectiva fundamental, a proteção da liberdade inata que funda o Direito. A proposta liberal-crítica e normativa aqui desenvolvida indica uma nova dimensão da autonomia do cidadão republicano. Espera-se contribuir com o debate juspolítico-filosófico para fundamentar o legítimo poder do Estado quando ele concede e reconhece a devida liberdade política do cidadão, sua origem e destino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS DE IMMANUEL KANT

Citações das obras de Immanuel Kant segundo a *Akademie-Ausgabe* (AA).

GMS Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (AA 04)

(Cito tradução de Paulo Quintela: *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.)

KpV Kritik der Praktischen Vernunft (AA 05)

(Cito tradução de Valerio Rohden: *Crítica da Razão Prática*. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.)

MS Die Metaphysik der Sitten (AA 06)

RL Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (AA 06)

(Cito tradução de José Lamego: *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.)

TL Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (AA 06)

(Cito tradução de José Lamego: *Princípios metafísicos da doutrina da virtude*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.)

SF Der Streit der Fakultäten (AA 07)

(Cito tradução de Roberto Rodrigues Aramayo: *O conflito das faculdades em tres partes*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.)

Anth Anthropologie in pragmatischer Hinsicht (AA 07)

(Cito tradução de Clélia Aparecida Martins: *Antropologia de um ponto de vista pragmático*. São Paulo: Iluminuras, 2006.)

IaG Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (AA 08)

(Cito tradução de Rodrigo Naves; Ricardo Ribeiro Terra: *Ideia de uma História Universal de um ponto de vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.)

WA Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (AA 08)

(Cito tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Resposta à pergunta: o que é esclarecimento? *In: Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 2008.)

Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen (AA 08) (Cito tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Sobre um suposto direito de mentir por amor à humanidade. *In: Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 2008.)

Was heißt: Sich im Denken orientieren? (AA 08) (Cito tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Que significa orientar-se no pensamento? *In: Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 2008.)

TP Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (AA 08)

(Cito tradução de Roberto Rodriguez Aramayo; M. Francisco Perez Lopez: En torno al topico: “tal vez eso sea correcto en teoria, pero no sirve para la practica”. Estudo preliminar de Roberto Rodriguez Aramayo. 4.Ed. Madrid: Tecnos, 2006.)

ZeF Zum ewigen Frieden (AA 08) (Cito tradução de Artur Morão. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2004.)

OBRAS DE HANS KELSEN

KELSEN, H. *A Democracia*. Coletânea de textos: Vom Wesen und der Wert der Demokratie. Tübingen. J. C. Mohr. 1929; Das problems der Parlamentarismus. Vien-Leipzig. W. Braumüller. 1924; Foundations of Democracy. *In: Ethics*, LXVI (1955-1956), n.I, parte II; Der Begriff des Staats und die Sozialpsycologie. Mit Besonderer Berücksichtigung von Freuds. Theorie der Masse. *In: Imago*. 1922, VIII, 2, pp. 97-141; Absolutism and Relativism in Phylosophy and Politics. *In: The American Political Science Review*, XLII, n.5. Tradução Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla do inglês; Vera Barkow do alemão e Ivone Castilho Benedetti do italiano. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *A paz pelo Direito*. Orig. *Peace Through Law*, University of North Carolina Press, 1944. Tradução Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Contribuciones a la Teoria Pura del Derecho*. Orig. *In: Stanford Law Review*, jul. 1965, vol. 17, p.1128. Tradução R. Inés de Ortiz e Jorge Bacqué. Revisão da tradução Genaro Carrió. Buenos Aires, s/a.

_____. *Jurisdição Constitucional*. Coletânea de textos: *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom I: Der Drang zur Verfassungsreform ; Die Grundzüge der Verfassungsreform (I und II); Die Bundesexekution Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs – und der osterreichischen Bundes-Verfassung; La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle); Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?; Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and American Constitution*. 2. Ed. Nota de Carré de Malberg e o debate ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público. Introdução de Sérgio Sérulo da Cunha. Tradução do alemão Alexandre Krug, tradução do italiano Eduardo Brandão; tradução do francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O Estado como integração- um confronto de princípios*. Orig. *Der Staat als Integration, Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Verlag Julius Springer, 1930. Tradução Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O problema da justiça*. Orig. *Das Problem Der Gerechtigkeit*. Franz Deuticke, Hans Kelsen Institute, Vien, 1960. Prefácio e estudo introdutório de Mário Losano. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Orig. *What is Justice ?* University of California Press, Berkeley e Los Angeles, 1957. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Teoría Comunista del Derecho y del Estado*. Coletânea de textos: The Communist Theory of Law, New York, Frederick Praeger, 1955; The Political Theory of Bolchevism, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, Third Printing, 1955. Tradução Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emercé, 1957.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Orig. Allgemeine Theorie der Normen. Mansche Verlag und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Orig. General Theory of Law and State, Russell and Russell Inc., 1961. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Orig. Reine Rechtslehre. Verlag Franz Deuticke, Wien, 1960. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *¿Una nueva ciencia política ? Réplica a Erich Voegelin*. Tradução Isolda Rodrigues Villegas. Buenos Aires: Katz, 2006.

REFERÊNCIAS PRIMÁRIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução Teresinha Monteiro Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

FICHTE, J. G. *Foundations of Natural Right*. Tradução Michel Baur. New York: Cambridge University Press, 2006.

HABERMAS, J. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Comentários à Ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vols.1,2.

_____. *Direito e Moral*. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. *Mas Allá Del Estado Nacional*. Tradução Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Trotta, 2008.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEGEL, G.W.F. *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio*. Tradução de Paulo Meneses et al. São Paulo: Loyola-Unisinos-Unicap, 2010.

HOBBS, T. *Leviathan ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. Ed. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo civil*. Livro II. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARX, K. *A questão judaica*. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2002.

RAWLS, J. *História da Filosofia Moral*. Organização Bárbara Hermann. Tradução Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Justiça e Democracia*. Prefácio Catherine Audard. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O Direito dos povos*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *O liberalismo político*. Ed. Ampliada. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, J. J. *Do contrato social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Penguin, 2011.

SCHMITT, C. *A crise da Democracia Parlamentar. Teologia Política*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*. Tradução Francisco Javier Conde. Granada: Comares, 2004.

_____. *Legalidade e Legitimidade*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *O guardião da Constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STUART MILL, J. *A liberdade. Utilitarismo*. Tradução Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REFERÊNCIAS SECUNDÁRIAS

AFONSO, Elza M. M. Passos da Teoria de Kelsen rumo à construção da Teoria do Direito. In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.

ALEXY, R. *O conceito e a validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, G. A. de. Kant e o princípio do Direito. In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). *Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 449-486, 2009.

_____. Sobre o princípio e a lei universal do Direito em Kant. In: *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 47, n.114, p. 209-222, jul./dez. 2006.

ALVES, Pedro M. S. Moral e Política em Kant. In: *Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J. G. (Orgs.), Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, p. 173-181, 2007.

ARAMAYO, R. Kant y la ilustración. In: *Isegoría*, Madrid, n.25, p.293-309, 2001.

ARENDT, H. *Lições sobre a filosofia política de Kant*. Tradução André Duarte de Macêdo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

_____. *O sistema totalitário*. Tradução Roberto Raposo. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

ARNTZEN, S. Freedom in Kant's Philosophy of Law. *In: Kant und die Berliner Aufklärung*. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses/hrsg. im. Kant-Gesellschaft e V. von Volker Gerhardt et al., Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, p.55-62, 2001.

BARZOTTO, L. F. *O positivismo jurídico contemporâneo*. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 1999.

BAXLY, A.M. Kant's Account of Virtue and the Apparent Problems with Autocracy. *In: Kant und die Berliner Aufklärung*. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses/hrsg. im. Kant-Gesellschaft e V. von Volker Gerhardt et al., Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, p.63-71, 2001.

BERLIN, I. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília, 1981.

_____. *Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Henry Hardy (Org.). Tradução Thiago Araújo. Lisboa: Gradiva, 2005.

BERTEN, A. A compatibilidade do republicanismo kantiano com o modelo do contrato social. *In: SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J. G. (Orgs.). Filosofia Kantiana do Direito e da Política*. Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, p.13-41, 2007.

BIELEFELDT, H. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. Porto Alegre: Ed. da Unisinos, 2000.

_____. *Autonomy and Republicanism: Immanuel Kant's Philosophy of Freedom*. *In: Political Theory*, vol. 25, No. 4, (Aug., 1997), pp. 524-558. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/191892>. Acesso: 01 jan. 2015.

BÖCKENFORD, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Tradução Rafael Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONACCINI, J. A. Kant e o problema da analogia na avaliação das ações humanas. *In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 87-145, 2009.

BOURGEOIS, B. *Philosophie et droit d'homme. De Kant a Marx*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

- BUZANELLO, J. C. *Direito de Resistência*. In: Seqüência, Florianópolis, v. 22, n.42, p.1-26, 2001.
- CANARIS, C. W. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1996.
- CASSANI-TRAVERSO, E. *Liberté et droit naturel dans l'oeuvre de John Locke*. Fribourg : Editions Universitaires, 1993.
- CAVALLAR, G. A sistemática da parte jusfilosófica do projeto kantiano da Paz Perpétua. In: ROHDEN, V. (Coord.). *Kant e a instituição da Paz*. Porto Alegre, Ed. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Goethe Institut / ICBA, p.78-98, 1977.
- COSTAS DOUZINAS. *O Fim dos Direitos Humanos*. Tradução Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DAHL, R. *A Democracia e seus críticos*. Tradução Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- DIAS, G. N. *Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DUTRA, D. V. Propriedade e ajuda aos pobres na doutrina do direito de Kant. In: BORGES, M. de L.; HECK, J.N. (Orgs). *Kant: Liberdade e Natureza*, Florianópolis, Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, p. 71-97, 2005.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FRIED, C. Is possible liberty? In: *Tanner Lectures*. Stanford University, Clare Hall, mai. 14 a 18, 1981.
- GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GAUS, G. *The order of Public Reason. A Theory of Freedom and Morality in a diverse and bounded world*. New York: Cambridge University Press, 2011.

GIESEN, K.G. Habermas, a segunda modernidade e a sociedade civil internacional. *In: Novos Estudos do Cebrap*, São Paulo, n.60, p.87-97, jul. 2001.

GOYARD-FABRE, S. *Essai de critique phénoménologique de droit*. Paris: Klincksiek, 1972.

_____. *Filosofia crítica e razão jurídica*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *La philosophie du droit de Kant*. Paris: Vrin, 1996.

_____. *O que é Democracia ?* Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

_____. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GUYER, P. Autonomia e responsabilidade na filosofia política de Kant. *In: BORGES, M. de L.; HECK, J.N. (Orgs). Kant: Liberdade e Natureza*. Florianópolis, Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, p.9-30, 2005.

_____. *Kant*. London: Routledge, 2006.

HÄBERLE, P. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HART, H. *O Conceito de Direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1989.

HECK, J.N. *A liberdade em Kant*. Dois ensaios. Porto Alegre: Unisinos, 1993.

_____. Contratualismo e sumo bem político em Kant. *In: Kant-prints*, vol. 2, n.6, 2003.

_____. *Ensaio de Filosofia Política e do Direito: Habermas, Rousseau e Kant*. Goiânia: Ed. da Universidade Federal de Goiás, 2009.

HELLER, H. *Teoría del Estado*. Tradução Luis Tobío. Cidade do México: FCE, 1998.

HÖFFE, O. Estados nacionais e direitos humanos na era da globalização. *In: MERLE, J.; MOREIRA, L. (Orgs.). Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, p. 309-321, 2003.

_____. *Justiça Política.* Fundamentação de uma Filosofia crítica do Direito e do Estado. Tradução Ernildo Stein. 3.Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLTMAN, S. W. Justice, Welfare and the Kantian state. *In: Kant und die Berliner Aufklärung.* Akten des IX.Internationalen Kant-Kongresses/hrsg.im.Kant-Gessellschaft e V.von Volker Gerhardt et al., Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, p.152-160, 2001.

HOWE, I. The Self and the State. *In: Tanner Lectures.* Stanford University, Clare Hall, march 8 and 9, p.205-251, 1990.

HUMBOLDT, W.V. *Los limites de la acción del Estado.* Tradução, estudo preliminar e notas Joaquín Abellán.Madrid: Tecnos, 2002.

JESTAEDT, M. *A ciência como visão de mundo: ciência do direito e concepção de democracia em Hans Kelsen.* *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos,* Belo Horizonte, Tradução Carlos Eduardo de Abreu Boucault, n.106, p.13-67, jan./jun. 2013.

JOUANJAN, O. (Org.). Prefácio. *Hans Kelsen. Forme du Droit et politique de l'autonomie.* Paris: Ed. da PUF, 2010.

KERSTING, W. Kant's concept of State. *In: Williams, H. (Ed.). Essays on Kant's Political Philosophy,* Chicago, Chicago University Press, p.143-165, 1992.

_____. *Liberdade bem-ordenada.* Filosofia do Direito e do Estado de Immanuel Kant. Tradução Luís Afonso Heck. 3.Ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Fabris, 2012.

_____. O fundamento de validade da Moral e do Direito em Kant. *In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). Kant e o Direito,* Belo Horizonte, Mandamentos, p.147-182, 2009.

_____. *Política, liberdade e ordem.* A Filosofia Política de Kant. *In: GUYER, P.(Org.). Kant,* Aparecida, Ideias & Letras, p.409-439, 2009.

- _____. *Universalismo e direitos humanos*. Porto Alegre: Ed. Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, 2003.
- KERVÉGAN, J. F. *Hegel Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- _____. O Estado de Direito no idealismo alemão: Kant, Fichte, Hegel. *In: Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, vol. 4, n.1, p.107-135, abr. 2007.
- KLEINGELD, P. Kant's theory of peace. *In: GUYER, P. (Org.). The Cambridge companion to Kant and modern philosophy*. New York: Cambridge University Press, p. 477-504, 2006.
- KOLM, S.C. *Teorias Modernas da Justiça*. Tradução Jefferson Luis Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KORSGAARD, C. The sources of normativity. *In: Tanner Lectures*, Cambridge University, Clare Hall, nov. 16 a 17, 1992.
- _____. Tomando a lei em nossas próprias mãos. *In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 527-562, 2009.
- LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1989.
- LEBRUN, G. *Kant e o fim da Metafísica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LIMA, N. O. *Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.
- LUDWIG, B. Por que motivo o direito público? O papel dos raciocínios teórico e prático na Doutrina do Direito de Kant. *In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 449-486, 2009.
- LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

MACÊDO JÚNIOR, R. P. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. Seguido dos textos: Sobre os três tipos de pensamento jurídico e O führer protege o Direito de Carl Schmitt. Tradução Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACPHERSON, C. *La teoría política del individualismo posesivo de Hobbes a Locke*. Tradução Juan-Ramon Capella. Madrid: Trotta, 2005.

MAREY, M. Las críticas de Kant ao modelo teórico del estado westfaliano. *In: Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, Ed. da Universidade de São Paulo, vol. XVIII, p.1-18, jul.-dez. 2011.

MARTOS, J.A.M. *Minoría Política & Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta, 2002.

MAUS, I. *O Direito e a Política: Teoria da Democracia*. Tradução Elisete Antoniuk. Apresentação Manfredo Araújo de Oliveira. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *In: Novos Estudos do Cebrap*, Tradução Martônio Montalverne Barreto Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, n. 58, p.183-202, nov. 2000.

MEDINA, J. G. La ciudadanía em Kant. *In: Filosofía Kantiana do Direito e da Política*. SANTOS, L. R.; ANDRÉ, J. G. (Orgs.). Lisboa, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, p. 43-64, 2007.

MULHOLLAND, L. A. *Kant's System of Rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

NAGEL, T. Nozick: libertarismo sem fundamentos. *In: Otras Mentes. Ensayos críticos (1969-1994)*. Tradução Sandra Girón. Barcelona: Gedisa, 2000.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.

NOUR, S. *À Paz Perpétua de Kant*. Filosofia do Direito Internacional e das relações internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NOZICK, R. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, J. A. Conteúdo do Direito e normatividade justificada na teoria pura do Direito: uma crítica às teses de Joseph Raz. In: OLIVEIRA, J.A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013, p. 109-110.

O'NEILL, O. *Constructions of Reason: Explorations of Kant's Practical Philosophy*. New York: Cambridge University Press, 1989.

PAULSON, S. A ideia central do positivismo jurídico. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n.102, p.101-137, jan.- jun. 2011.

_____. *Reine Rechtlehre or Pure Theory of Law*. In: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/15450/15450_6.PDF. Acesso: 26 de Julho de 2014.

_____. Reflexões sobre a periodização da Teoria Pura de Hans Kelsen com pós-escrito inédito. In: OLIVEIRA, J. A.; TRIVISONNO, A.T.G. (Orgs.). *Hans Kelsen. Teoria Jurídica e Política*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 03-38, 2013.

PETIT, P. *Teoria da Liberdade*. Tradução Renato Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PHILOLENKO, A. *La Oeuvre de Kant. La philosophie critique*. Paris: Livrarie Philosophique J. Vrin, 1997.

PINZANI, A. Kant revolucionário? In: BORGES, M. de L.; HECK, J. (Orgs.). *Kant: Liberdade e Natureza*, Florianópolis, Ed. Universidade Federal de Santa Catarina, 2005, p. 37-49.

PIPPIN, R. *Mine and thine? The Kantian state*. In: GUYER, P. (Org.). *The Cambridge companion to Kant and modern philosophy*. New York: Cambridge University Press, p. 416-446, 2006.

POGGE, T. W. *Kant's Theory of Justice*. In: *Kant-Studien*, Berlim, New York, v. 79, p. 407-433, 1988.

- POPPER, K. R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução Milton Amado. São Paulo-Belo Horizonte: Itatiaia-Grijalbo, 1975, vol. 1.
- RADBRUCH, G. *Filosofia do Direito*. Tradução Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- RAUSCHER, F. Minando Ouro: utilizando o Nachlaß e as preleções de Kant como fonte para sua filosofia política. *In: Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, Ed. da USP, n. 14, p.11-30, jun.-dez., 2009.
- RAZ, J. *O conceito de sistema jurídico - uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Tradução Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ROSS, A. *Direito e Justiça*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- ROZENSWEIG, F. *Hegel e o Estado*. Tradução Ricardo Timm de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- SALATINI, R. *Kant, democracia e liberalismo*. *In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.7, p. 185-202, jan./jun. 2010.
- SALGADO, J.C. Revolução e reforma no caminho da Constituição. *In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). Kant e o Direito*, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 41-85, 2009.
- SKINNER, Q. *Hobbes e a liberdade republicana*. Tradução Modesto Florenzano. São Paulo: Unesp, 2010.
- _____. The paradoxes of Political Liberty. *In: Tanner Lectures*, Havard University, out. 24-25, 1984.
- SOROMENHO-MARQUES, V. *História e Política no pensamento de Kant*. Lisboa: Europa-América, 1994.
- STRUM, A. Public Space, Language and Tone in Kant's Philosophical Republic. *In: Kant und die Berliner Aufklärung*. Akten des IX. Internationalen Kant-Kongresses hrsg. im. Kant- Gessellschaft e V. von Volker Gerhardt et al., Berlin; New York; de Gruyter, Band IV, Sektionen XI-XIV, p.257-265, 2001.
- SUSTEIN, C.R. Routine and Revolution. *In: Northwestern University Law Review*, Chicago, n. 81, v. 869, p.1-24, 1987.
- TERRA, R. *A política tensa. Idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Fapesp, 1995.

- TOSEL, A. La fondation de la catégorie juridique chez Kant. *In: QUILLIEN, J.; KIRSCHER, G. (Orgs.). Cahiers Eric Weil. Interprétations de Kant.* Paris, p.128-148, 1990.
- TROPER, M. *A Filosofia do Direito.* Tradução Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- UČNÍK, L. Kant: sensus communis e razão pública. *In: Impulso, Piracicaba, Tradução Nuno Coimbra Mesquita, n.15 (38), p.105-117, 2004.*
- URENA, E.M. *La critica kantiana de La sociedad y de La religion. Kant, predecesor de Marx y Freud.* Madrid: Tecnos, 1979.
- VIANELLO, L. C. *Direito e Poder. Kelsen e Carl Schmitt frente a frente.* México: Ed. Universidade Nacional do México, 2009.
- VILLEY, M. *O Direito e os direitos humanos.* Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- VOEGELIN, E. *Hitler e os Alemães.* Tradução Elpídio Fonseca. São Paulo: Érealizações, 2008.
- WALZER, M. *Esferas da Justiça. Uma defesa do pluralismo e da igualdade.* Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WEIL, E. *Hegel e o Estado.* São Paulo: Érealizações, 2011.
- WERLE, D. L. *Justiça e Democracia. Ensaio sobre Jürgen Habermas e John Rawls.* São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.
- WESTPHAL, K. Republicanismo, despotismo e obediência ao Estado: a inadequação da divisão de poderes de Kant. *In: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). Kant e o Direito, Belo Horizonte, Mandamentos, p. 487-516, 2009.*
- WILLAMS, H. Liberty, Equality, and Independence: Core Concepts in Kant's Political Philosophy. BIRD, G. (Org.). *In: A Companion to Kant.* Malden, Oxford University Press, p. 364-383, 2006.