

FENOMENOLOGIA DO ESTADO MODERNO: UMA PROPOSTA DE DEFESA DA LIBERDADE POLÍTICA EM KANT

Newton de Oliveira Lima¹

RESUMO:

A posição kelseniana desconsidera a liberdade política que funda o Estado como defendido por Locke, com base nos direitos naturais, para manter sua função autonomista concessora de legitimidade à ordem jurídica com base nela mesma e sua norma fundamental de natureza lógica (*Grundnorm*). O monismo do Direito estatal kelseniano ampliou a crise de legitimação do Estado moderno, pois enquanto baseado em uma ideia formal de Democracia não concede ao cidadão poderes críticos suficientes em relação à ordem política para debater sua legitimidade, descumprindo a promessa de suprimir o arbítrio do Estado com o “Império do Direito” (Ronald Dworkin) na Modernidade. Kant persegue a fundamentação liberal do Estado na ideia de uma liberdade política fundante do Estado. A definição do conceito de Estado em Kant (§45 da *Rechtlehre*) como reunião de um conjunto de pessoas sob princípios universais externos decorre do desenvolvimento racional da liberdade inata e se desdobra de modo fragmentário na proposta de fundamentação de um Estado de Direito constitucional (§62 da *RL*, *Teorie und Praxis* e *Zum Ewigen Frieden*). Vamos perseguir a linha seguida por Kant no §B, Introd. da *RL*, que coloca o conceito de Direito como conciliação de arbítrios segundo uma lei universal, a função do Estado é assegurar a liberdade civil (jurídico-política) mediante a coerção (§52 da *RL*). Nesse sentido, o objeto é a análise da natureza do Estado em sua vinculação racional e, ao mesmo tempo, sua diferenciação das liberdades inata e política em Kant. Da fundamentação kantiana se obtém um normativismo crítico ao publicismo kelseniano em sua unificação entre Direito e Estado. O que legitima o Estado kantiano, que é

¹ Professor de Filosofia do Direito na UFPB. Doutor em Filosofia pela UFPB. Este artigo foi exposto na forma de COMUNICAÇÃO ORAL no “Congresso Regional el Estado de la Ciencia del Derecho en América Latina” sob o título “Fenomenologia do Estado: uma defesa da liberdade política em Kant”. 2014. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.

formado por princípios que ultrapassam o âmbito teórico e se dirigem a uma função prática, conforme o Preâmbulo da RL, *é sua proteção à liberdade inata, fonte do Direito e anterior ao Estado*. Assim, contra Kelsen, a liberdade inata antecede o Estado e a liberdade política constantemente preservada é sua função prática.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO DE DIREITO; LIBERDADE POLÍTICA; RAZÃO

RESUMEN:

La posición kelseniana no tiene en cuenta la libertad política que establece el Estado como defendida por Locke, basado en los derechos naturales, para mantener autónoma la legitimidad al orden jurídico basado en ella y su norma fundamental de naturaleza lógica (*Grundnorm*). El monismo kelseniano amplió la crisis de legitimación del Estado moderno, en base a una idea formal de la democracia no dar a los ciudadanos poderes críticos suficientes en relación con la política para discutir su legitimidad, violando así su promesa de suprimir la voluntad del Estado con el "Imperio de la Ley" (Ronald Dworkin) en la Modernidad. Kant persigue una base liberal del Estado en la idea de fundar en la libertad política el Estado. La definición de Estado en Kant (§45 de *Rechtlehre*) como reunión de un grupo de personas bajo los principios universales externos surge del desarrollo racional de la libertad innata y se desarrolla de una manera fragmentaria en una propuesta por parte de un derecho constitucional del Estado (§ 62 de RL, *Teorie und Praxis y Zum Ewigen Frieden*). Perseguimos la línea adoptada por Kant en §B, Introd. RL, que pone el concepto de derecho como voluntades en conciliación según una ley universal, el papel del Estado es garantizar las libertades civiles (legales y políticas) por la coerción (§52 RL). El objeto es la análisis de la naturaleza del Estado en su vinculación racional y, al mismo tiempo, la diferenciación de las libertades innatas y políticas en Kant. Del razonamiento kantiano se obtiene el normativismo crítico al sistema kelseniano en su unificación del Derecho y del Estado. Lo que legitima el Estado kantiano, que consiste en principios que van más allá del marco teórico y se dirigen a una función práctica, ya que el Preámbulo de la RL, es su protección a la libertad innata, la fuente antes de la estatal. Así que contra Kelsen, la libertad innata precede a la política estatal y la libertad constantemente conservada es su función práctica.

PALABRAS-CLAVE: ESTADO DE DERECHO; LIBERDAD POLÍTICA; RAZÓN.

1. MODERNIDADE E LIBERDADE

O princípio da autonomia da vontade incide na Modernidade como exigência de proteção ao indivíduo e sua deliberação, e o Direito enquanto mecanismo de regulação de conflitos impõe sua força a fim de pacificar contendas entre os sujeitos, garantindo a manifestação da individualidade.

Com o cartesianismo, através do princípio da razão subjetiva e auto-certificante (*cogito ergo sum*), o sujeito passa a ser o centro do processo gnosiológico no sentido de analisar a partir de si os dados formadores do conhecimento, sejam empíricos ou racionais. A objetividade de uma análise da ideia de justiça natural como descoberta pela consciência da lei natural é invertida: a projeção das leis parte da finalidade estabelecida pela consciência de si, mesmo se não houvesse Deus para guiar a razão humana para os contratualistas do séc. XVII haveria o Direito Racional posto pela racionalidade subjetiva².

O princípio da subjetivação do Direito encerra, desse modo, uma dependência da filosofia do sujeito cartesiana e em Hobbes atinge a fundamentação em uma razão subjetiva calculante e capaz de experienciar.

Hobbes atacou a imagem católico-aristotélica de um universo unitário, vital e ordenado onde o ser humano exercia uma posição fixa e situada de *filius Dei*, súdito e crente eclesiasticamente submetido para uma posição de *homo juridicus* com poder de decisão contratual, o que só foi crescendo através do poder de desobediência civil com base nos direitos naturais de liberdade, propriedade e crença da tradição liberal que emana de Locke, até alcançar a força revolucionária constitutiva da cidadania contestatória da Revolução americana.

² HELLER, H. *Teoría del Estado*. Tradução Luis Tobío. Cidade do México: FCE, 1998, p.36.

Ao mesmo tempo Maquiavel desvinculava a submissão do cidadão à *Ecclesia* católica com a autonomização da Política enquanto ação virtuosa do *princeps* em prol do bem comum, sem qualquer referência ao sistema ético católico.

A promessa jurídica de um direito à felicidade como prevista na carta constitucional norte-americana no século XVIII e o ideal da autonomia iluminista da razão esclarecida impeliram o sujeito ao patamar de otimismo individual onde se poderia perfazer o conjunto de condições felizes para os cidadãos.

É o que Benjamin Constant denominou de “liberdade dos modernos”, a liberdade associada ao desejo e sentimentos individuais de autopromoção, que Hume também descreveu em sua filosofia moral como a base para toda a normatividade possível³.

O ideal de autonomia subjetiva implicou tradições de liberdade política, a liberal-individualista que inicia com Hobbes, que Philip Petit denomina de “não-intervencionista”, onde o Estado não interfere na vida privada, mas pode exigir limitações à autonomia pública do indivíduo, e a republicana que exige a “não-dominação” pelo soberano como marco do pensamento moderno sobre o Estado, portanto, defende a partir de Rousseau e contra Hobbes (que manteve o indivíduo sem condições de contestação ao Estado como Kant mostrou no II Ensaio de *TP*) no marco de uma autonomia pública como elemento prioritário do Estado de Direito.⁴

³ KORSGAARD, C. The sources of normativity. In: *Tanner Lectures*, Cambridge University, Clare Hall, nov. 16 a 17, 1992, p.75.

⁴ PETIT, P. *Teoria da Liberdade*. Tradução Renato Pubo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.191.

2. O QUE É O ESTADO DE DIREITO ?

A concepção alemã do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), analisado a partir de uma perspectiva racional de sua problematização e fundamentação encontra em Leibniz, Wolff, Vattel e Puffendorf precursores de Kant, está nessa linha de consideração individualista, onde a forma normativa do Direito é uma garantia do sujeito de que manterá sua liberdade individual. Para Kant, o indivíduo não deve formar um sistema de normas por suas inclinações, mas pela razão pura prática de enquanto ser autônomo (individual) colocar-se a si mesmo como legislador do “Reino dos Fins”⁵, o que significa que o poder de coerção do Estado sobre o indivíduo, a justificação do poder e a forma de sua atuação são o interesse central do estudo da função coativa do Estado no pensamento kantiano.

O problema da legitimação no sistema kantiano é saber como o Estado deve ser justificado, ou seja, para que serve o controle democrático de uma teoria do agir estatal e quais as consequências desse paradigma teórico sobre o Direito. Defendemos que o modelo de Estado de Direito kantiano é o mais racionalmente apropriado para salvaguardar a tradição de liberdade política como autonomia do cidadão republicano.

O Direito é a expressão da liberdade política a qual, enquanto garantia pública, protege o núcleo da liberdade moral do indivíduo em um Estado liberal, onde se limite o arbítrio de um indivíduo sobre o outro através da lei, daí a função do Estado enquanto ente legalizador das relações jurídico-políticas. Ele estabelece o limite da ação recíproca entre os indivíduos ao

⁵ KORSGAARD, C. The sources of normativity. In: *Tanner Lectures*, Cambridge University, Clare Hall, nov. 16 a 17, 1992, p.81-82.

mesmo tempo em que propicia novas manifestações de vontade nos espaços de liberdade dentro da lei.

Se delimitarmos tal necessidade de regulação no âmbito de uma construção Moderna do Estado, se observará que a estrutura normativa caracteriza a forma de operação da ação estatal na esfera pública – a identidade entre Direito e Estado fora pensada de diversos modos desde a justificação contratualista da soberania absoluta em Hobbes, até atingir a justificação normativista em Kelsen.

Para C. Schmitt⁶, o fundamento do Estado em Hobbes, e em geral em todo o Direito Moderno, é sua legitimação como *forma legal*, como exercício da soberania política através da lei. Já Kelsen para Schmitt, atacar o problema da soberania⁷, enfraquece-o com o parlamentarismo; contraditamos Schmitt nesse ponto, pois ainda há muito de soberania em Kelsen e sua coatividade estatal. Mais do que Schmitt pressupôs na sua *Politische Teologie*⁸, Kelsen não se apartou da defesa de uma fundamentação do poder estatal como irresistível, mesmo ao objetivar encobrir a força do poder estatal com o esquema de justificação normativa.

A nota distintiva da ação estatal moderna encontra no poder coercitivo seu meio de ação e sua organização nas leis. A fundamentação teórica do Estado que se baseou na perspectiva racionalista foi destrancendentalizada das esferas teológica e cosmológica, com a finalidade de buscar extirpar a indeterminação dos núcleos de poder em conflito – o político-teológico em suas pretensões de fundamentar um poder absoluto da Monarquia, o civil e suas aspirações de fundamentar um poder laico revolucionário da burguesia

⁶ SCHMITT, C. *El Leviathan en la teoria del Estado de Thomas Hobbes*. Tradução Francisco Javier Conde. Granada: Comares, 2004, p.65.

⁷ SCHMITT, C. *A crise da Democracia Parlamentar. Teologia Política*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 99.

⁸ SCHMITT, C. Op. Cit. p.74.

em ascensão política através da violência, como Kant temia, conforme expressou no §52 da *RL*.

3. O ESTADO DE DIREITO E A VIOLÊNCIA DA POLÍTICA

O afastamento da Metafísica Política do Estado Absoluto nem por isso desbastou a violência – o modelo do contrato como mecanismo racional de saída do estado de natureza – opondo-se a possibilidade da razão à realidade da irracionalidade na Política, tentou justificar racionalmente o Estado, mas ao invés disso o estatismo positivista do séc. XIX foi sociologicamente centralizador e violento, e o modelo de discurso político como debate de ideias proposto por Kant foi suplantado por uma concepção do conflito violento como forma aceitável de contestação política. O ente estatal positivista promoveu violência sem ofertar possibilidades de diálogo com a sociedade na tutela dos conflitos, a sociedade por sua vez viu emergir de seu seio respostas também violentas. E o pensamento filosófico marxista corroborou com essa violência.

A primazia da ação política com o tecnicismo do Estado positivista e, por outro lado, as pretensões das hostes marxistas de qualificar o *discurso político e a liberdade individual* como *ideologia de classe* encaminhou a luta pelo poder como reação recíproca de violências entre os defensores de um modelo sócio-econômico capitalista e os feitores do ‘socialismo real’, a violência como meio privilegiado da Política, tal como percebido por Sorel, até a crítica mordaz ao liberalismo parlamentar em Schmitt atingir o nível de doutrina política do amigo-inimigo e eleger como seu alvo privilegiado Kant, descartando a possibilidade de uma eficácia do discurso em função de uma ação política decisionista, onde o soberano que decidiria num “Estado de

Exceção” possuiria a legitimidade de suspender garantias fundamentais em um Estado de Direito⁹.

Exemplarmente, a falta de mecanismos de proteção do cidadão da ação do Estado encaminhou o positivismo alemão a soluções autoritárias como no ‘Estado nazista’, diante da ausência de uma liberdade crítica do cidadão ao manuseio político autoritário do Direito Positivo – sem uma concepção jusfilosófica de um núcleo moral como proteção à liberdade o Estado de Direito pode ficar à mercê de um eventual governo autoritário (no caso da tradição kantiana esse núcleo moral é a proteção à liberdade do cidadão).

Quem discute a repercussão da política nazista de manipulação do Estado Positivo é Yang, para o qual o positivismo foi impotente para resistir ao uso que o nazismo fez do Direito, Radbruch denunciou essa situação à época e defendeu os direitos humanos como instância pós-positivista necessária ao combate do arbítrio¹⁰.

Franz Neumann (2009) denunciou o caráter não estatal do nazismo. Ele negou que houve Estado no nazismo. Uma burocracia organizada pela violência e que só se sustentou enquanto pôde demonstrar força, ruindo quando da invasão russa. A desconstrução feita pelo nazismo do conceito de soberania estatal, criado por Hobbes e Bodin e afirmado por toda a Modernidade, a ideia de um Estado construído por lei e com garantias mínimas ao cidadão foi trucidada pelo caráter imprevisível da violência da burocracia nazista. Se o rei tinha emissários para representar seu poder isso deveria ser feito com base em ordens previsíveis e não arbitrárias, a cobrança de impostos e as ordens reais deveriam portar segurança jurídica, como

⁹ SCHMITT, C. *A crise da Democracia Parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p.68.

¹⁰ YANG, K. The rise of legal positivism in Germany: a prelude the nazi arbitrariness ? In: *The Western Australian Jurist*, vol.3, p. 245-257, 2012, “The Nazi’s cruelty, upon donning the vestures of statutes, rendered German justice helpless. Legal positivism not only offered no theoretical legal resource for the German legal profession to resist Nazi arbitrariness, it may have assisted in legitimizing Nazi rule.”

estudou Schmitt com base no pensamento de Jean Bodin. O próprio Parquet (órgão francês de proteção da lei editada pelo rei), que origina o Ministério Público, vinculava soberania e legalidade.

Radbruch negou o caráter jurídico do nazismo, por este desrespeitar normas supraestatais não escritas (direitos humanos). Neumann (2009) foi mais longe: negou que o nazismo tenha sido um Estado, ele foi apenas a centralização tirânica de atos sucessivos de força e de mistificação propagandística e ideológica. O nazismo foi Behemoth, alusão à obra de Hobbes onde o inglês defende que a guerra civil prolongada destrói o Estado. A defesa da unidade do Estado e da nação atinge aqui seu ponto mais elevado, pois se o Estado é uma necessidade, um corpo mecânico de normas e um homem artificial como defendido no “Leviathan” (2014), em “Behemoth” (2014) Hobbes o coloca no patamar de um ente histórico, concreto e cuja manutenção é ameaçada pela sedição da guerra civil. No Apocalipse bíblico Behemoth matará Leviathan no fim dos tempos, eis a origem da simbologia hobbesiana.

Para Ingeborg Maus¹¹ a não presença de um direito racional, como o kantiano, que propusesse garantias ao poder do Estado alemão levou ao enfraquecimento do positivismo e ocasionou o reforço da “jurisprudência nazista dos valores”, isso teria ocorrido porque na República de Weimar relutou a adotar a matriz racionalista e liberal de fundamentação kantiana dos direitos individuais e garantias processuais¹².

Depois do fortalecimento do poder dos juízes no nacional-socialismo é que a jurisprudência dos valores se fortificará, como deixa claro K. Larenz¹³,

¹¹ MAUS, I. O judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. In: *Novos Estudos do Cebrap*, n. 58, p.183-202, nov. 2000, p.39.

¹² MAUS, I. Op. Cit. p.40.

¹³ LARENZ, K. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Tradução E. Galán Gutierrez e A. Truyol Serra. Madrid: Reus, 1952, p. 49-50.

para quem o nacional-socialismo representou um patamar novo da vida jurídica alemã, outra concepção de mundo contra as acepções positivista e jusnaturalista. Essa posição não afasta, mas reforça o problema da legitimidade do Estado em sua relação com a liberdade política.

Sem ocultar o problema, G. Radbruch em sua reflexão *jusreligiosa* não aceitou o fato de uma legislação nazista amoral, taxando-a de *antijurídica* pois não havia uma concepção jusfilosófica de proteção à dignidade humana, e acusou o positivismo ainda em 1934 de propiciar uma interpretação do Direito vinculada ao poder do Estado como perigosa para a democracia e os ‘direitos morais’ fundamentados a partir das ideias transcendentais do Direito (justiça, finalidade e segurança).

A tese *jusreligiosa* e ‘moralista’ de Radbruch foi atacada por R. Alexy¹⁴ no sentido de uma defesa da separação entre Direito e Moral, mas sem implicar em um poder arbitrário do Estado, porém uma defesa do controle da ação estatal via argumentação justificada, principalmente no âmbito constitucional, que é onde Direito e Política se aproximam.

O modelo de Estado kantiano, na interpretação aqui adotada, ou seja, uma visão jusfilosófica que conceba a separação entre Direito e Estado, seria bem mais apto a julgar a ascensão do totalitarismo que foi o modelo kelseniano, partimos da hipótese de que a coerção estatal no pensamento kantiano se vincula ao fundamento moral do Estado de Direito. Alexy termina em uma virada kantiana ao reconhecer que não basta o apelo axiológico como finalidade do Direito como defendeu Radbruch, mas é necessário um esforço argumentativo para justificar razões públicas de limitação à violência do Estado. Para Kant, em *ZeF*, o objetivo de todo Estado deve ser o de se republicanizar, fortalecendo suas razões públicas, já que a forma pública é o princípio transcendental de todo o Direito.

¹⁴ ALEXY, R. *O conceito e a validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.78.

4. CONCLUSÃO

Kant dialogou com a tradição republicana assumindo o problema do bem comum como uma questão de cumprimento da legalidade e dos princípios constitucionais e dialoga com a tradição democrática de efetivação do espaço público como meio da autonomia pública¹⁵, sem isso o conceito de Estado de Direito torna-se como em Kelsen a possibilidade de uma coercibilidade sem **limite moral** e sem **garantias jurídicas do cidadão**; sem o núcleo moral o Direito torna-se abstrato, possivelmente presa do poder político eventualmente autoritário.

O conceito de Estado de Direito em Kant como um conjunto de leis externas a fim de resguardar a liberdade deve se associar ao liberalismo como ideário político defensor do âmago moral do Estado, isto é, a ideia de liberdade política concedendo sentido de moralidade democrática ao Estado de Direito. Para uma concepção política em função do pensamento de Kant, a acepção de liberdade “crítica” deve ser capaz de opor-se ao próprio Estado pela liberdade de participação e contestação do cidadão, isso é antídoto contra o poder, pois quem detém poder delegado pelo povo tende a abusar do mesmo (KANT, *ZeF*). Em qualquer governo existe a possibilidade concreta de que no jogo das forças inicialmente democráticas assome um governo autoritário.

Na Democracia parlamentar o uso público da razão de todos os indivíduos pode atuar para reformar constantemente o agir do Estado em prol da proteção ao Direito, cujo núcleo é a própria manutenção da liberdade

¹⁵ 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.

política com a preservação e ampliação do ‘uso público da razão’ enquanto meio instrumentalizador do “espírito de liberdade” no Estado kantiano, a própria manutenção (pelo povo) da função de submeter o Estado ao núcleo contratual que o formou, na expressão discursivo-principiológica vinculada ao contrato que é a Constituição e somente com base nela existem leis em uma República.

O modelo de Estado racional em Kant pretende ser uma garantia contra eventuais autoritarismos estatais e, no limite, contra toda forma de concentração autoritária de poder.

5. BIBLIOGRAFIA

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

GOYARD-FABRE, S. *Filosofia crítica e razão jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

HOBBS, T. *Behemoth*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KANT, I. *RL Metaphysische Anfangsgründe der Rechtlehre (AA 06)*. Cito tradução de José Lamego: *A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 2005.

_____. *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”. Estudio 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.

KORSGAARD, C. The sources of normativity. In: *Tanner Lectures*, Cambridge University, Clare Hall, nov. 16 a 17, 1992.

LARENZ, K. *La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*. Tradução E. Galán Gutierrez e A. Truyol Serra. Madrid: Reus, 1952.

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

NEUMANN F. *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*. Londres: Book Club, 2009.

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

SCHMITT, C. *A crise da Democracia Parlamentar. Teologia Política*. Tradução Inês Lohbauer, 1996.

_____. *El Leviathan en la teoria del Estado de Thomas Hobbes*. Tradução Francisco Javier Conde. Granada: Comares, 2004.

VOEGELIN, E. *Hitler e os Alemães*. Tradução Elpídio Fonseca. São Paulo: Érealizações, 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.

YANG, K. The rise of legal positivism in Germany: a prelude the nazi arbitraness ? In: *The Western Australian Jurist*, vol.3, p. 245-257, 2012.