

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA

O ESTADO DE DIREITO EM KANT E Kelsen
Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

APRESENTAÇÃO /RESENHA – 09.02.2018 – CCJ-Santa Rita

A Juan Bonaccini in memoriam

É uma honra e uma satisfação muito grande estar aqui hoje a convite do prof. Newton de Oliveira Lima para apresentar mais uma sua obra que tive a oportunidade de conhecer quando participei da banca de defesa da tese de Doutorado em Filosofia em 2015, sob a orientação do saudoso professor e amigo Juan Bonaccini, que apesar de já estar doente na época, continuou com grande esforço e dedicação o seu trabalho como professor titular do Programa Integrado de Doutorado em Filosofia da UFPB, UFPE, UFRN.

O tema escolhido é relevante tanto para a filosofia do direito como para a filosofia política e se refere a um confronto entre dois gigantes do pensamento: Kant e Kelsen sobre o tema clássico da fundamentação do Estado de Direito e, mais em geral, da relação entre Direito e Estado.

O autor demonstra uma erudição e um conhecimento profundo do tema nas obras dos dois autores e do debate interpretativo dialogando com Dworkin, Habermas, Rawls, Radbruch, Kersting, Guyer (eu teria acrescentaria Bobbio!), mostra também o domínio da linguagem técnica, a capacidade de articular e problematizar as questões, e uma maturidade acadêmica que lhe deriva de reflexões acumuladas no decorrer de anos de pesquisa científica e de ensino universitário.

O autor, de formação eminentemente jurídica, optou por fazer um doutorado em filosofia para abrir uma ponte entre duas “disciplinas” que normalmente atuam de forma paralela, com autores, linguagens, questões diferentes.

Com relação à tese, me parece que o texto está mais enxuto e claro. Continuo, porém, com a frustração porque sinto falta de um comentador que acredito teria ajudado na tua pesquisa inclusive porque é um autor que transita da filosofia do direito à filosofia política e que publicou um livro intitulado *Direito e Estado no pensamento de Kant* que teria lhe dado o roteiro e o esquema da sua tese, pelo menos da parte relativa a Kant, mas não só este livro....; um autor que é, ao mesmo tempo, neo-kantiano e kelseniano.... vc sabe de quem estou falando!!! (BOBBIO). Talvez vc o considere um texto excessivamente didático, não adapto para uma tese de doutorado, não sei. mas será a partir desse texto que vou fazer minha arguição.

Em relação à tese, me parece que o livro ficou mais claro e definido em 3 capítulos, um dedicado à Kelsen, o outro a Kant e o terceiro ao confronto entre os dois autores e às conclusões. Me parece que vc acatou algumas das sugestões para tornar o texto mais legível; continuam certos anacronismos, como quando vc afirma a “crítica de Kant ao monismo de Kelsen”, ou quando apresenta um Kant muito mais “atualizado” em sentido democrático e participativo, de quanto o fosse historicamente...

E vamos ao que interessa: o conteúdo, a sua tese

Vc tem uma tese, este é o primeiro ponto importante, porque há teses que não tem uma tese. Se bem entendi a sua tese, é a defesa ou a justificação do “liberalismo crítico” de Kant em relação ao “monismo normativo puro” de Kelsen (mas há um convidado de pedra, que está sempre presente o decisionismo de Carl Schmitt...). Numa nota na pag. 114 vc está consciente dessas 3 posições diferentes: Kant é normativista crítico, Kelsen normativista “puro” ou estadista, e Schmitt decisionista político: Schmitt aparece em notas e em algumas partes, mas de maneira discreta...

A sua opção é claramente filo-kantiana, na medida em que Kant, apesar da sua separação entre moral e direito, fundamenta toda a justificativa da sua concepção do Estado de Direito, na salvaguarda da liberdade; não mais a liberdade “selvagem do Estado de natureza, como não impedimento”, mas a liberdade política como autonomia do sujeito. Este é o elemento jusnaturalista da filosofia do direito de Kant que vc continuamente ressalta; por isso, de certa forma, só pode haver um Estado de direito se esta liberdade for resguardada, pois conforme a famosa frase de Kant que está no *incipit* do seu trabalho:

“O Direito é, pois, o conjunto das condições sob as quais o livre arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal de liberdade”; portanto, sem a garantia da liberdade não haveria Direito.

Kelsen, ao contrário, se bem entendi o seu pensamento porque é um autor que pouco conheço, no seu positivismo puro e na sua crítica ao jusnaturalismo defende uma concepção de direito que tende a identificar o Direito com o Estado, uma concepção relativista e avalorativa, (*wertfrei* como dizia Weber), que se pretende científica e não ideológica, não fundamentada sobre valores... Kelsen, como vc frisa já em 1929 e depois em 1952 num discurso em Harvard havia declarado abertamente sua opção e preferência pela democracia liberal, mas esta justificativa não fazia parte da sua doutrina pura do direito... por isso chega à surpreendente conclusão que vc cita na página 71: ...

“Para Kelsen a ordem política autoritária, emanada de uma vontade inicialmente livre dos cidadãos, mas depois convolada em uma vontade dominada, ainda assim é Direito.... Para Kant um regime totalitário ou despótico (como era segundo ele a democracia) não poderia reivindicar o nome de ser um Direito... etc... citar “

Bobbio tem vários ensaios sobre Kelsen, em seus escritos jurídicos, mas também em outras obras mais políticas, como por exemplo o ensaio *Do poder ao direito e vice-versa* (Teoria geral da política, p. 238-252), em que se lê esta frase:

“Uma vez reduzido o direito não mais a um conjunto de normas derivadas de princípios éticos, mas produto de um poder capaz de impor regras de conduta a um grupo social, como é possível ainda evitar a redução do direito ao poder, o poder jurídico a poder de fato, o direito do Estado e direito do mais forte?”...

Desta maneira, apesar da sua oposição ao totalitarismo, devido ao seu positivismo rígido, Kelsen não tinha ferramentas jurídicas para condená-lo... justamente pela sua identificação entre direito e Estado... vc me corrija se estou sendo muito simplista com relação à Kelsen que é um pensador complexo e de grande relevância...

Recentemente ao escrever um ensaio sobre política e religião me defrontei com um trecho de Kelsen na sua obra sobre a Democracia, no qual comenta o famoso diálogo entre Jesus e Pilatos e defende a tese de que Pilatos agiu seguindo uma concepção procedimentalista da democracia, tentando encontrar uma brecha para salvar Jesus Cristo que ele considerava inocente, sem desrespeitar as regras do jogo. Diante do impasse acabou recorrendo a um último recurso “democrático”, um plebiscito popular que deu o veredito final: *crucifige!*

O que interessa a Kelsen é que o episódio se tornou o

“trágico símbolo do antagonismo entre absolutismo [Jesus] e relativismo [Pilatos]: “Pilatos, porque era um cético relativista, e não sabia o que era a verdade, a verdade absoluta na qual acreditava esse homem [Jesus] optou – de modo muito coerente – por um procedimento democrático, submetendo a decisão do caso ao voto popular” (KELSEN, 2000, p. 203).

E conclui que nós, cientistas da política que defendemos a democracia, podemos fazê-la na condição “de estar tão convencidos de nossa verdade política ao ponto de impô-la, se necessário com sangue e lágrimas; que estejamos tão convencidos da nossa verdade quanto estava, da sua verdade, o Filho de Deus” (IDEM, p. 203-204).

Pilatos é o democrático-relativista, Jesus é o fanático-absolutista! Uma leitura bastante paradoxal... Se a democracia é relativista, deve ser também em relação aos seus pressupostos, nada é absolutamente verdadeiro, não pode haver um fundamento absoluto, mas então a democracia não ficaria desguarnecida e à mercê dos que querem destruí-la? Com efeito foram e são ainda hoje os antidemocráticos que usam a democracia para chegar ao poder e destruí-la... podemos ser tolerantes com os intolerantes?

Mas vamos voltar ao confronto entre os dois autores.

Quanto à **Kant** queria destacar alguns pontos:

1. Kant é certamente um filósofo **liberal**, na tradição de Locke, é o maior de todos os filósofos liberais jusnaturalistas: crítica do estado paternalista, defesa da liberdade do indivíduo, não cabe ao Estado promover a felicidade dos súditos, mas a justiça: “o princípio e a ideia da formação do Estado não é o princípio da felicidade universal, mas da liberdade segundo leis universais (Bobbio 139)”. Por isso concordo com a sua insistência neste aspecto que perpassa todo o livro.
2. Kant é também, como vc muitas vezes frisa, um **republicano**, porque procura conciliar ao mesmo tempo o princípio da **soberania popular** com a garantia das **liberdades civis**, a democracia de Rousseau com a divisão dos poderes de Locke/Montesquieu (Bobbio p. 129). A fórmula do contrato social de Kant lembra a de Rousseau: passagem da liberdade natural ou selvagem para a liberdade civil,

liberdade como autonomia e obediência à lei à qual cada um e todos puderam dar o seu consenso. Mas também em Kant este princípio democrático é contrabalançado pelo seu republicanismo: além da distinção aristotélica clássica entre monarquia, aristocracia e democracia, Kant introduz a divisão entre República e Despotismo. Mas “República” não significa para Kant “democracia”: que é o governo de todos, mas o governo no qual vigor ao princípio da divisão ou separação dos poderes, com a supremacia do poder legislativo etc. algo que vc definiu muito bem em vários lugares do livro.

3. Nesta ótica Kant é “antidemocrático” porque identifica a democracia com o despotismo da maioria, neste sentido república e democracia são opostos em Kant: Pg. 59 / pg. 63 /

“Das três formas de Estado, a democracia é, no sentido próprio da palavra, necessariamente um despotismo, porque funda um poder executivo em que todos decidem sobre e, em todo caso, também contra um (que, por conseguinte, não dá o seu consentimento), portanto todos, sem, no entanto, serem todos, decidem – o que é uma contradição da vontade geral consigo mesma e com a liberdade.” (A Paz Perpétua. Segunda secção).

Kant não é “democrático” porque:

- tem uma concepção **restrita de cidadania** e é contrário ao sufrágio universal como vc evidenciou nas p. 152/p. 151:
- tem uma concepção de cidadania eleitoral **qualificada** e não numérico-universal: um homem jamais significa um voto;
- por conseguinte, o modelo de **espaço público** kantiano é 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; aliás o espaço reservado aos filósofos e não ao povo, embora vc afirme que Kant espera que a difusão das luzes atinja a “todos”, mas é uma esperança um pouco vaga e longínqua...

Sobre isto vc insiste citando, por exemplo, Isahia Berlin que este espaço público seria um “uso público da razão contra todas as tiranias”: p. 99... , pp. 109 (Nozick), Habermas espaço público de razão comunicativa p. .112 e 127 e a partir de 128 o subcapítulo 2.4... etc...

Mas parece mais convincente pensar que Kant, como outros grandes pensadores conservadores-liberais (Tocqueville e Stuart-Mill) , teme a democracia de massa, a tirania ou o **despotismo da maioria**: p. 96 ver nota 249 a interpretação de Berten com a qual concordo plenamente... como também a de Kersting da qual concordo com a qual vc discorda: p. 94...

4. Kant é um jusnaturalista, com certeza, mas é também um positivista na medida em que, uma vez estabelecidas, as leis devem “sempre” ser obedecidas: p. 54 nota 132, p. 117, embora defenda o direito de crítica como vc bem enfatiza em várias passagens.... Kant não só não admite a revolução, mas também não

admite o direito de resistência que estava presente, por exemplo, em Locke (p. 92. , p. 125). Mas vc acentua as leituras divergentes de Bourgeoise na pag. 126...e de Kersting. P. 161 e Busanello p. 179: resistência legal, direito de resistência implícito.... não sei até que ponto convincentes....

5. Daqui a sua ambiguidade em relação à Revolução francesa, que, como vc diz em vários lugares suscitava o terror, mas também a sua admiração: p. 92, p. 209, p. 97, 115, Bobbio no seu ensaio “Kant e a revolução francesa” (*A era dos direitos*) recorda que Kant considerava a RF um *signum prognosticum et rememorativum* de um progresso moral! da humanidade. É como se Kant dissesse, os franceses fizeram a revolução, que suscitou os horrores do terror e em particular o maior de todos os horrores que foi a execução do Rei, nós não precisamos repetir isto, mas retirar o “sumo” o ensinamento e fazer a reforma....só um intelectual , um professor poderia acreditar nisto!
6. Há, no pensamento de Kant, uma série de aspetos e ambiguidades que mostram como a definição de Salatini de “autocratismo republicano” não seja totalmente descabida: p. 125. Ao final Kant é um burguês reformista e iluminado do século XVIII, mas sempre um burguês! Por isso, apesar de que vc sabe disso, há uma certa ambiguidade e um certo anacronismo em apresentar um Kant republicano, democrático, que defende uma democracia participativa, uma cidadania ativa. Vc poderia defender essa postura “a partir” de Kant, atualizando e assumindo vc mesmo estas posições sem necessariamente uma fidelidade a Kant; assim vc ficaria mais livre e vc apareceria na pesquisa, que é o que se pede para um doutorado...,

Quanto à publicidade e à opinião pública vc defende uma ampliação desses espaços para que “todos os cidadãos possam exercer a função de fiscalizador da lei e da constituição”.. pag. 117...pag 123 liberalismo crítico de Kant e o liberalismo político de Rawls...

E pergunto se vc não é otimista demais, em relação a esta ampliação: Kant pensava a um debate “qualificado” entre os filósofos e os letrados, mas não aberto a todos, ao povo ignorante... pag. 126... e confiava na força da educação política e cívica dos cidadãos, que será uma das promessas não cumpridas pela democracia segundo Bobbio... foi justamente um dos povos mais “esclarecidos” o povo alemão que apoio entusiasticamente a ascensão de Hitler ao poder...

Mas o que diria hoje Kant diante das redes sociais em que literalmente cada cidadão pode se expressar publicamente? Acredito que ficaria horrorizado! Será que este debate é minimamente “qualificado” e contribui para o controle do poder democrático ou é uma ameaça à democracia? Kant era um iluminista e um racionalista, e inevitavelmente confiava excessivamente na racionalidade ou razoabilidade humana...

7. Quanto a **Kelsen** eu não vou falar muito porque não conheço diretamente a obra; limito-me a algumas observações, concordando fundamentalmente com vc a respeito de algumas questões

- a. da impossibilidade de uma “teoria pura do direito”, meramente “formal” e avalorativa “Kelsen sob influência da Escola de Marburg pensou uma Ciência Jurídica afastada da sociologia e da metafísica do Direito Natural” pag. 23
- b. A definição do direito meramente como ordem coercitiva...p. 24
- c. Impossibilidade de uma separação entre política como ideologia e o direito como “ciência”, p. 193, 198, 199
- d. As consequências do monismo que identifica Direito e Estado, o que mostra um positivismo jurídico radical; p. 39 nota 80, 209,
- e. A dificuldade em justificação a norma hipotética fundamental ou a Norma fundamental *Grundnorm* no seu sistema, que a partir desta norma deveria funcionar quase que autonomamente, de forma autopoietica,
- f. A estas críticas acrescentaria uma mais grave: o positivismo de Kelsen, justamente porque se pretende “científico”, avalorativo, puro não tem defesas diante do ataque totalitarista e isto lhe foi cobrado depois das experiências dos totalitarismos nazista e fascista.... Por isso, a afirmação que citamos antes “Um estado totalitário é um estado de direito”
- g. Este é também um dilema da obra de Bobbio que oscila entre uma concepção meramente procedimentalista da democracia como regras do jogo e uma concepção ético política, a partir de uma revisão da sua adesão a Kelsen e ao seu positivismo rígido ...
Na verdade, como aparece na sua apresentação, Kelsen se refere muitas vezes aos valores democráticos como fundamento do seu sistema: pg. 48.. e seg...que não é portanto tão avalorativo como aparentava...

Concluindo

O livro que estamos lançando agora demonstra erudição e conhecimento do tema e da literatura. Admiro o seu desafio de sair da ceara estritamente jurídica e de abordar a filosofia, mas vc foi para a filosofia com todas as suas bagagens, com as suas malas cheias e assim não cabia mais nada.... Um ponto positivo é que vc evitou o juridiquês, utilizando uma linguagem mais abrangente sem perder-se nas tecnicidades. Mas se percebe que vc não mergulhou mais profundamente na política, mantendo o legado da filosofia do direito.

Não sei se vc conseguiu fazer uma tese de filosofia política, apesar de todo o seu esforço e dedicação... e Bobbio teria ajudado muito nisso.... vc trabalha muito bem os conceitos de Direito e de Estado, mas pouco um outro conceito central da filosofia política, o de poder!

Apreendi muito com a leitura do seu livro! Parabéns por este estudo sério e cuidadoso que com certeza dará uma valiosa contribuição não somente aos estudos sobre o tema, mas também ao debate contemporâneo sobre a nossa frágil e cambaleante democracia brasileira em que vivemos...

Muito obrigado