

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA

MANOEL DA NAVE PIRES

**Teoria democrática de Hans Kelsen:
uma democracia procedimental valorativa**

São Paulo
2016

MANOEL DA NAVE PIRES

**Teoria democrática de Hans Kelsen:
uma democracia procedimental valorativa**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo (USP) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof. Dr. Cícero Romão Resende de Araújo

São Paulo
2016

MANOEL DA NAVE PIRES

**Teoria democrática de Hans Kelsen:
uma democracia procedimental valorativa**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Política do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH) da Universidade de São Paulo (USP) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Prof. Dr. Cícero Romão Resende de Araújo

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Cícero Romão Resende de Araújo - Orientador
DCP-Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Fernando de Magalhães Papaterra Limongi
DCP-Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo
FD-Universidade de São Paulo

No plano acadêmico,
dedico esta dissertação ao
Departamento de Ciência Política,
pelos anos de ensino e convívio crítico
que me proporcionou nesta pós graduação.

No plano familiar,
dedico este trabalho aos meus pais,
pelo esforço em prol da minha criação;
e à Arianne, minha querida esposa,
pela compreensão, carinho, e incentivo;
e, ainda, à Nathalia, nossa filha.

AGRADECIMENTOS

Desejo expressar minha sincera gratidão àqueles que me ajudaram a concluir este árduo (mas prazeroso) trabalho, que agora se apresenta na forma de uma dissertação de mestrado.

À **agência de fomento CNPq** pelo apoio institucional, permitindo-me a dedicação à pesquisa.

Ao **Prof. Dr. Cícero Araújo** (DCP-USP), agradeço pela confiança depositada e gentileza no trato pessoal. No mais, pelos tantos comentários perspicazes sobre o tema pesquisado, especialmente por me ajudar a vislumbrar o pensamento de Hans Kelsen no universo das teorias democráticas contemporâneas. Espero, como orientando, que este meu esforço intelectual faça jus à magnitude de sua erudição acadêmica.

Ao **Prof. Dr. Fernando Limongi**, membro da banca de qualificação, por me alertar para passagens obscuras no texto submetido à banca de qualificação, e pelos comentários quanto à necessidade de se ultrapassar os limites de uma mera exposição teórica, ausente de crítica.

Ao **Prof. Dr. Celso Campilongo** (FD-USP), pela intermediação que me permitiu conhecer pessoalmente o mestre italiano Mario G. Losano, tradutor das obras de Hans Kelsen na Itália. E ainda, pelas sempre pertinentes colocações a respeito da obra de Kelsen em face de seus pares.

Ao **Prof. Dr. Ronaldo Porto Macedo** (FGV) pelo conhecimento compartilhado e pelo incentivo na área acadêmica; e também ao **Prof. Dr. Dimitri Dimoulis** (FGV), pelas lições sobre o pensamento kelseniano.

A **todo o corpo docente do Departamento de Ciência Política** da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (FFLCH - USP), bem como ao pessoal da secretaria (Vasne, Márcia, Leonardo, Rai), que sempre se dispuseram de forma muito gentil a me ajudar nas questões acadêmico-institucionais.

Finalmente, agradeço aos colegas de curso (mestrandos e doutorandos) Tiago Cerqueira Lazier, Hannah Maruci, Eduardo Seino e Ronaldo Tadeu de Souza (e também a David) pelos sempre generosos conselhos e pela paciência que tiveram com as leituras produzidas com o objetivo de realizar este projeto. Por fim, a Walter Hupsel e a Danilo Praxedes, que me incentivaram quando do ingresso no curso de Ciência Política da USP.

“Democracia é discussão”

Hans Kelsen

RESUMO

PIRES, Manoel da Nave. **Teoria democrática de Hans Kelsen: uma democracia procedimental valorativa**. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

A dissertação contesta a tese de que a visão de Hans Kelsen sobre a democracia é meramente procedimental e visa identificar e esclarecer o conteúdo axiológico presente na teoria. Como estratégia teórica, contextualiza a teoria kelseniana ao lado e em oposição à teoria democrática de Schumpeter, ao mesmo tempo em que delimita suas oposições à teoria clássica baseada em Rousseau. A pesquisa investiga o seu conceito de democracia; a adequação de seus ideais na prática concreta das instituições. Problematiza seus elementos abstratos como relativismo e liberdade, inclusive estendendo a problematização à teoria jurídica kelseniana. Esclarece ainda o conteúdo político expresso na norma jurídica democrática, conformada numa incerteza institucionalizada. Ao final, ao invés de uma teoria “formalista”, a pesquisa apresenta uma teoria procedimental “valorativa” derivada de um complexo modelo filosófico, político e jurídico-institucional, construída sob as bases do relativismo e sob os cânones tradicionais de ciência do século XX. Uma democracia caracterizada como “governo do povo” que ainda se mantém como base para teorias que trabalham com a ideia de um pluralismo político.

Palavras-Chave: Kelsen. Democracia. Método. Valor. Liberdade.

ABSTRACT

PIRES, Manoel da Nave. **Democratic theory of Hans Kelsen: a procedural value democracy**. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

The dissertation disputes the thesis that the vision of Hans Kelsen on democracy is purely procedural and aims to identify and clarify the axiological content present in theory. As theoretical strategy, contextualizes the kelsenian theory and in opposition to democratic theory of Schumpeter, while delimiting their oppositions to classical theory based on Rousseau. The research investigates their concept of democracy; the adequacy of his ideals in concrete practice of the institutions. Discusses its abstract elements like relativism and freedom, including extending the questioning legal theory kelsenian. Clarifies political content still expressed in democratic legal standard, formed in an institutionalized uncertainty. At the end, rather than a theory "formalist", the research presents a procedural "evaluative theory" derived from a complex philosophical, political and legal model-institutional, built under the foundations of relativism and under the traditional canons of 20TH century science. A democracy characterized as "government of the people" that still stands as the basis for theories that work with the idea of political pluralism.

Keywords: Kelsen. Democracy. Method. Value. Freedom.

**Teoria democrática de Hans Kelsen:
uma democracia procedimental valorativa**

APRESENTAÇÃO	11
INTRODUÇÃO	16
CAPÍTULO I – A CRÍTICA DE KELSEN À IDEOLOGIA DEMOCRÁTICA	19
Nota introdutória	19
1 Contexto histórico-político de Kelsen e Schumpeter	20
2 Kelsen e Schumpeter “contra” a teoria tradicional	25
3 Kelsen, “entre” Schumpeter e a teoria tradicional	33
CAPÍTULO II – DEMOCRACIA COMO MÉTODO E COMO VALOR: A CONSTRUÇÃO DA <i>VONTADE ESTATAL</i>	36
Nota introdutória	36
1 A democracia como método	36
2 A construção da <i>vontade estatal</i>	39
3 Um modelo institucional “jurídico” de democracia	61
CAPÍTULO III - A “DINÂMICA DE INTENSIDADES” DO “NÚCLEO DURO METODOLÓGICO-VALORATIVO” KELSENIANO	68
Nota introdutória	
1 Afinidades e tensões entre relativismo, liberdade, tolerância e democracia	68
2 Uma interpretação possível a afastar um suposto paradoxo	80
3 O relativismo na teoria política e na teoria jurídica	91
CAPÍTULO IV - O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DA NORMA JURÍDICA DEMOCRÁTICA	100
Nota introdutória	100
1 O problema social do conteúdo normativo	100
2 A incerteza democrática institucionalizada	106
CONCLUSÕES	110
REFERÊNCIAS	115
APÊNDICE	122

APRESENTAÇÃO

Hans Kelsen, a Ciência Política e o DCP-USP: um convite em forma de manifesto

Esta apresentação dirige-se especificamente ao Departamento de Ciência Política da USP – a quem também se dedica a dissertação.

Considerando que a temática trata-se de uma demanda não suficientemente atendida pelo Departamento, o objetivo da pesquisa é claro e objetivo: apresentar, esclarecer e propagar a teoria democrática de Hans Kelsen, com vistas a enriquecer o debate sobre democracia no âmbito da Teoria Política.

Embora a dissertação que segue a esta apresentação já reflita essa ambição acadêmica, é necessário explicitar os motivos pelos quais se julga relevante trazer a este Departamento ao menos um pouco da obra política desse autor.

Uma das razões é inevitavelmente a de se fazer justiça ao pensamento kelseniano. Nesse aspecto, a injustiça em relação à teoria de Kelsen é dupla: quando não completamente desconhecida pelos cientistas políticos brasileiros (o que impossibilita que suas ideias sejam difundidas) a teoria é (com raras exceções) equivocadamente classificada como uma teoria meramente procedimental, curiosamente colocada à sombra da teoria de Schumpeter (outro grave equívoco). Essas assertivas são todas fundamentadas e esclarecidas no Apêndice anexo a esta dissertação, que responde a perguntas acadêmicas pertinentes, como por exemplo: “Por que a teoria democrática de Kelsen não foi recepcionada pela Ciência Política brasileira?”. “E por que, ainda quando o foi (como uma teoria procedimental), não alcançou o *status* atribuído à teoria democrática de Schumpeter?”.

É evidente que este “convite” em prol do conhecimento da teoria de Kelsen exige um necessário grau de investimento anterior, portanto, de alguma identificação prévia com a teoria, o que levanta a suspeita de este texto não passar de mera expressão de “bajulação acadêmica” ao autor ou a expressão de um viés ideológico qualquer. Entretanto, propõe-se que a questão seja vista por outra ótica, muito mais útil e referente à própria teoria, e que se refere aos seus complexos argumentativos e arcabouço conceitual considerados únicos.

Nesse contexto, a preocupação não é exatamente “com Kelsen”, mas sim com a disseminação do conhecimento teórico em geral sobre a democracia e, particularmente, com o papel que é atribuído ao Departamento de Ciência Política

da USP nesse desiderato. Aliás, demonstrando que a preocupação não é somente autoral, indique-se outra demanda teórica não atendida pelo Departamento e que extrapola a Kelsen: a teoria democrática de Karl Popper (que, aliás, também como Kelsen, expressa conceitos valendo-se de um prisma filosófico para atender uma concepção “procedimental” de democracia). Colocada a questão nesses termos, volte-se a Kelsen.

Considerando que sua teoria tenha cumprido um papel importante em face das exigências teórico-conceituais da democracia no século XX – vide seu legado teórico sobreviver até os dias de hoje em teorias como a bobbiana –, inquietante saber que tal teoria não esteja incluída (nem mesmo mencionada como bibliografia secundária) nos cursos promovidos pelo Departamento. Afinal, tal teoria aborda tanto a democracia quanto seus principais temas adjacentes (eleições, parlamento, partidos políticos, sistemas eleitorais etc.).

Nesse sentido, questiona-se: se não nos bancos universitários informados por um Departamento de Ciência Política, que outro lugar haveria de se conhecer a obra democrática de Hans Kelsen? Aliás, levando-se em conta a relevância de estudos interdisciplinares entre política e direito na Teoria Política (vide, por exemplo, o trabalho de Jürgen Habermas e seu *Direito e democracia*) também é preocupante que a obra jurídica de Kelsen não seja minimamente abordada nos estudos afetos a essa Disciplina.

Em verdade, esta apresentação funciona como uma espécie de manifesto. Um manifesto porque chama a atenção para o esquecimento acerca da teoria kelseniana nos bancos acadêmicos da Ciência Política, convocando essa comunidade de estudiosos para enfrentar o problema.

Por outro lado, a apresentação funciona ainda como um convite. Um convite para uma leitura na qual se vislumbra ganhos substantivos para o cientista político que dela se apodere. E registre-se: um convite feito por um pesquisador orgulhosamente pertencente ao quadro de pesquisadores do Departamento. Aliás, dessa ótica, a inferência crítica acerca do próprio contexto acadêmico em que se produz conhecimento volta-se a seu autor como produto da reflexão e do aperfeiçoamento obtido por meio dessa instância do saber.

Em que pese às aludidas referências ao desconhecimento acerca da obra de Kelsen no Brasil, há diversos teóricos e politólogos de renome internacional – e ironicamente velhos conhecidos dos cientistas políticos brasileiros – que se referem a Kelsen em seus escritos, sempre lhe imputando relevância teórica.

Nesse contexto, Pierre Rosanvallon alude a Kelsen como sendo este “the father of the modern concept of constitutional oversight”, além de fazer-lhe outras referências em *La Democratie Inachevée*, por exemplo. Por sua vez, Bernard Manin, em *The Principles of Representative Government*, elogia a formulação da “democracia de partido” produzida por Kelsen. Domenico Losurdo, analisando o desenvolvimento do sufrágio universal afirma que “Talvez seja Kelsen o mais significativo teórico deste desenvolvimento da democracia”.

Adam Przeworski, ao escrever seu *Democracy and the Limits of Self-Government* chega a dizer que Kelsen é um de seus guias intelectuais. Guillermo O'Donnell, em depoimento ao professor Celso Campilongo (FD-USP), chega a afirmar que a teoria da democracia de Kelsen é uma das mais importantes do século XX. Por sua vez, Pasquali Pasquino considera Kelsen um dos maiores pensadores sobre regime democrático no século XX, dedicando-lhe estudo específico intitulado *Penser la démocratie: Kelsen à Weimar*. Também Leo Strauss alude a Kelsen em *Direito natural e história*, além de Juan Linz em *La quiebra de las democracias* e Giovanni Sartori, em *A teoria da democracia revisitada*.

A obra democrática de Kelsen também serve de objeto de estudo a cientistas políticos que comungam de seu pensamento, como Norberto Bobbio; e outros que dele se afastam ideologicamente, como Boaventura dos Santos e Leonardo Avritzer.

Citando apenas algumas curiosidades, Kelsen foi, além de amigo, padrinho de casamento de Joseph Schumpeter; foi um intelectual “vienense” (a rigor, nasceu em Praga, mas foi criado em Viena) participante de um círculo de estudiosos que incluía nomes como o de Sigmund Freud, Ludwig Von Mises, Ludwig Wittegestein e Max Weber – que chegou a comparecer a seus seminários; foi professor de teóricos como Friedrich Hayek e Hermman Heller, dentre outros. Hans Kelsen também foi personalidade indicada ao prêmio Nobel da Paz pela Sociedade Mexicana de Filosofia. Mais recentemente, até mesmo o Papa Bento XVI lhe fez referência (suposta conversão de Kelsen ao catolicismo-jusnaturalismo).

No que tange especificamente ao Brasil, Kelsen teceu parecer jurídico para o Governo Provisório de Getúlio Vargas; em seu “giro latino-americano”, em 1949, proferiu conferência na Fundação Getúlio Vargas (RJ) sobre “O pacto do Atlântico e a Carta das Nações Unidas” e foi agraciado, no mesmo ano, com o título de Professor Emérito pela Universidade do Rio de Janeiro.

Indicando o peso de suas reflexões, registre-se que no contexto histórico-político austríaco e alemão, autores de renome travaram com Kelsen verdadeiras batalhas teóricas, como ocorreu com Carl Schmitt (debate sobre quem deve ser o guardião da Constituição), Hermman Heller (discussão sobre Teoria do Estado) e Friedrich Hayek (controvérsia sobre o Estado de Direito), além de Rudolf Smend e Eugene Ehrlich (conflito metodológico no direito). Seus textos ainda debatem com marxistas de porte, como Max Adler, Otto Bauer, Paschukanis e Vyshisky (questões sobre o Estado, o direito e a democracia) e ainda, com fascistas como Arnaldo Volpicelli (parlamentarismo *versus* corporativismo).

Em 1921, Kelsen já era decano da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade de Viena, tendo recebido o título de Doutor *Honoris Causa* em Ciência Política pela mesma Universidade. Depois de um longo período na Europa, ao emigrar para os Estados Unidos, Kelsen tornou-se professor de Ciência Política da Universidade de Berkeley de 1943 até 1952, além de lecionar por dois anos em Harvard. Talvez estes breves dados já forneçam ao leitor uma ideia da importância da obra de Hans Kelsen para a Ciência Política.

Hans Kelsen é considerado por muitos o maior jurista de todos os tempos, além de ter sido o redator da primeira Constituição democrática austríaca, criador da Corte Constitucional (que tanto influenciou a criação de Tribunais superiores), além de juiz da Corte Austríaca e árbitro internacional. Em verdade, em meio aos estudos da política e do direito, além de outros dedicados à sociologia e à filosofia, pode-se muito bem dizer que Hans Kelsen foi um gigante do pensamento jurídico, político e social do século XX.

Por tudo, que não seja por desprezo, por oposições de princípio, ou por simples desconhecimento que a teoria kelseniana deixe de ser incluída no debate democrático em Teoria Política, pois de Kelsen é demasiadamente prestigioso para que sua teoria não seja levada em consideração pelos estudiosos que habitam o

Departamento. Obviamente, não se trata de justificar ou condenar a teoria; trata-se minimamente de conhecê-la.

Fica aqui então o convite ao leitor para que mergulhe sem preconceitos no universo kelseniano e reflita sobre suas conceituações, seus argumentos e suas teorizações sobre a democracia. A dissertação que segue visa oferecer uma pequena contribuição nesse sentido.

INTRODUÇÃO

Num cenário de acirrada luta político-ideológica, inclusive dentro do universo de estudos da Teoria democrática contemporânea, o debate sobre aquilo que deve ser considerado democracia ainda permanece acirrado. Assim, vários eixos temáticos continuam sendo constantemente reconsiderados e problematizados, tais como a questão da *qualidade* da democracia, os *limites* de um governo representativo etc.

Tais formulações culminam por fornecer à literatura pertinente um leque variável de nomenclaturas adjetivadas que retratam características do fenômeno democrático; daí a existência de uma gama diversa de rótulos, tais como democracia liberal, democracia social, democracia elitista, democracia pluralista, democracia participativa, democracia deliberativa, democracia assentida etc.

Dentre esse contexto classificatório é costumeiro contrapor dois grandes grupos de teorias democráticas: teorias “substantivas” – que predominantemente se concentram nos “ideais” da democracia (e que remetem à “teoria clássica”, cujo representante maior é Rousseau) e teorias “procedimentais” – que predominantemente se concentram na “forma” democrática (e que tem Schumpeter como ícone maior).

Pois bem. O que se pretende assinalar com essa narrativa é o contexto teórico-conceitual no qual esta dissertação insere uma das primeiras teorias democráticas do século XX: a teoria democrática de Hans Kelsen, conhecido jurista formulador da *Teoria Pura do Direito*¹.

Em sua teoria democrática, construída sob as bases de um relativismo filosófico e sob os cânones tradicionais de ciência do século XX, Hans Kelsen refuta conceitos fundamentais da teoria clássica da democracia como *bem comum* e *vontade geral* –, considerados por ele como ficções –, mas concomitantemente caracteriza a democracia como “governo do povo”, defendendo sua participação na criação da ordem jurídica e na construção de uma *vontade estatal*. Por outro lado, Kelsen inclui métodos competitivos e elementos procedimentais no conceito de

¹ Teoria que busca definir a ciência jurídica como o campo de estudo cujo objeto são as normas jurídicas positivas.

democracia ao mesmo tempo em que rejeita a teoria da liderança competitiva nos termos de um elitismo democrático.

Diante desse contexto teórico, nota-se que a teoria democrática de Kelsen não se enquadra em nenhuma das tradições democráticas outrora aludidas – ou se enquadra nas duas. Uma terceira possibilidade, adotada por esta pesquisa – e para além das classificações e rotulagens –, é vislumbrá-la na tensão existente “entre” as teorias representadas por Rousseau e Schumpeter, norteando-se pela seguinte questão: Em que medida pode-se afirmar que Kelsen construiu uma teoria procedimental “valorativa” da democracia?

Note-se ainda que a via interpretativa proposta implica uma hipótese geral: que a teoria de Kelsen contém uma peculiaridade que a faz única no universo das teorias democráticas. Em última instância, sugere-se que há nela uma quebra de paradigma entre forma e valor.

Delineado o cenário, esta pesquisa visa preencher uma omissão na Teoria Política brasileira, acreditando que uma análise da teoria democrática de Kelsen possa revelar um construto útil que venha a somar conhecimento às análises sobre o conceito da democracia.

Como estratégia metodológica, o capítulo I inicia-se apresentando o contexto histórico no qual Kelsen critica cânones da teoria democrática clássica. A abordagem se utiliza de aspectos do pensamento de Schumpeter como dado fixo de comparação. Ao final, permite-se apreender que o teor da crítica kelseniana revela a premissa da *autonomia* do sujeito.

Já o segundo capítulo inicia-se com o estudo da própria teoria de Kelsen (tendo como referência a teoria de Schumpeter), investigando-a em seus aspectos predominantemente procedimentais. Contudo, abordando principalmente a construção da categoria *vontade estatal*, ver-se-á como Kelsen busca adequar a ideologia democrática a uma efetiva realização na esfera jurídico-institucional, forjando-a num Estado de Direito.

No terceiro capítulo investiga-se a teoria kelseniana sob a ótica predominantemente axiológica. Numa interpretação particular da teoria, tensiona-se o vínculo inexorável entre democracia, relativismo e liberdade estabelecido por Kelsen, sugerindo-se a existência de uma “dinâmica de intensidades”, que opera nos

elementos abstratos da teoria. Utilizando-se da reflexão obtida, ato contínuo o capítulo tensiona esse vínculo na teoria “jurídico-política” do autor, investigando como uma teoria democrática *valorativa* pode se coadunar com uma teoria *formal* do direito.

O quarto e último capítulo tenta esclarecer efetivamente qual é o conteúdo axiológico da teoria kelseniana, lançando luzes sobre a incerteza institucionalizada promovida pela teoria.

A dissertação ainda conta com um Apêndice que traz uma reflexão paralela ao tema central da pesquisa, mas nem por isso desprezível. Trata-se de especular sobre os motivos do desconhecimento, por parte dos cientistas políticos brasileiros, da teoria democrática kelseniana e de sua relação com a teoria de Schumpeter.

CAPÍTULO I – A CRÍTICA DE KELSEN À IDEOLOGIA DEMOCRÁTICA

Nota introdutória

Consoante visto na Introdução, a hipótese levantada nessa pesquisa é a de que existe uma especificidade na teoria democrática de Hans Kelsen que a diferencia de outras teorias democráticas. Em suma, trata-se de um aspecto valorativo – e de carácter peculiar² – que implica vislumbrá-la para além de seu aspecto metodológico.

Entretanto, para confirmar essa hipótese é preciso antes apreender o contexto político em que Kelsen formula seu pensamento, verificando-se o conteúdo das críticas que ele desfere contra a chamada teoria democrática “clássica”³ – baseada em Rousseau⁴ – que inclusive lhe servem de substrato para a formulação de sua própria teoria democrática.⁵

Nesse propósito, como estratégia metodológica comparativa, incluem-se elementos do pensamento de Joseph Schumpeter, que assim como Hans Kelsen, rejeitou os fundamentos da teoria clássica, formulando também sua própria teoria.

Consideradas em um mesmo bloco teórico, as formulações de Kelsen e Schumpeter culminam por demarcar uma espécie de ruptura no seio da Teoria democrática, colocando os autores como representantes de uma teoria “moderna” em contraposição àquela tradição baseada em Rousseau.⁶

Ver-se-á, ao final, as implicações oriundas desse contexto comparativo que inicia unindo as teorias democráticas de Kelsen e de Schumpeter e que, curiosamente, termina por afastar uma da outra, reaproximando Kelsen da teoria democrática clássica, mas sem com ela se confundir.

² Este tema será apresentado e desenvolvido no Capítulo III da dissertação.

³ Para uma crítica da ideia de uma “teoria clássica da democracia”, consultar PATEMAN (1992).

⁴ Essa teoria pode ser compreendida fundamentalmente através dos princípios da *soberania popular*, da *deliberação direta* e da construção da “vontade geral”. A teoria de Rousseau influenciou o pensamento do século XIX, principalmente em relação à democracia e à constituição do Estado. Por intermédio desta teoria, o papel do legislador e a valorização do povo soberano se fixaram no pensamento político.

⁵ Temática que será abordada no capítulo II.

⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho considera que o referencial clássico atribuía à democracia a peculiaridade de alojar o supremo poder no povo – ou à maioria – o seu legítimo titular; já a democracia contemporânea (tida aqui como “moderna”) assumia contornos diferenciados para atenuar a imagem do povo como titular, produtor e executor do poder político. Conferir FERREIRA FILHO (2010). Entretanto, ver-se-á como a teoria de Kelsen (e mesmo a de Schumpeter) figuram nessa tradição teórica democrática.

1 Contexto histórico-político de Kelsen e Schumpeter

Hans Kelsen e Joseph Schumpeter viveram um mesmo contexto histórico, intelectual, político-ideológico e inclusive geopolítico. Originários do Império austro-húngaro⁷, foram contemporâneos (nasceram em 1881 e 1883, respectivamente) e compartilharam o mesmo ambiente intelectual – conhecido como o “Círculo de Viena”⁸. Kelsen e Schumpeter mantiveram um contato próximo também em âmbito pessoal, sendo Kelsen inclusive *best man* de Schumpeter em 1925 (MÉTALL, 1976, p. 32). Ainda na Áustria dos anos 1920, ambos fizeram parte, como atores sociais, do primeiro governo republicano da Áustria a convite de Karl Renner (líder socialdemocrata e chanceler federal): Kelsen como constituinte⁹; Schumpeter como ministro da fazenda¹⁰. Forçados a deixar a Europa em razão da ascensão do nazismo, ambos se transferiram para os Estados Unidos (Schumpeter em 1932; Kelsen em 1940).

A obra política de Kelsen

A teoria democrática de Hans Kelsen não foi formulada como uma produção sistemática do saber, como tradicionalmente ocorre; formou-se, em verdade, a partir da reunião de um conjunto de ensaios “de combate”, escritos e publicados ao longo das primeiras décadas do século XX.¹¹ Pelo grande lapso temporal decorrido entre o

⁷ Kelsen nasceu em Praga, que à época fazia parte do Império austro-húngaro. Mudou-se com a família para Viena quando tinha apenas dois anos. Schumpeter nasceu na Morávia, também à época, parte do Império austro-húngaro.

⁸ O “Círculo de Viena” foi o nome como ficou conhecido um grupo de filósofos que se juntou informalmente na Universidade de Viena de 1922 a 1936 (entre eles, Schlick, Carnap, Wittgenstein e Neurath). Procuravam, em suma, demonstrar as falsidades da metafísica. Foi deste contexto que tanto Kelsen quanto Schumpeter extraíram seus paradigmas de ciência.

⁹ Sobre a participação de Kelsen na Constituição, conta Carlos Miguel Herrera: “En el marco de dichas tareas, Kelsen fue sobre todo el redactor de la Constitución federal de la República. Se está de acuerdo en señalar que el rol del autor de la Teoría pura del derecho fue sobre todo el de un experto, que buscaba dar una forma jurídica coherente a los acuerdos políticos entre los dos partidos mayoritarios de la asamblea, es decir, socialdemócratas y socialcristianos. En una grabación para la radio austríaca, Kelsen recuerda su trabajo y las directivas políticas que le habían sido dadas por el canciller Renner, que se limitaban en realidad a dos puntos: el establecimiento de un sistema federal y un régimen democrático parlamentario, con la intención de acercarse al modelo de la Constitución de Weimar. El canciller federal le dejaba, en cambio, las manos libres para las cuestiones técnico-jurídicas. La constitución fue aprobada a fines de septiembre de 1920 y promulgada el 1º de octubre.” (HERRERA, 1997, p.79). Posteriormente, Kelsen ainda seria nomeado juiz da Corte Constitucional austríaca, onde permaneceria até 1929.

¹⁰ Schumpeter aceita o convite de Renner em março de 1919, mas permanece no cargo apenas dez meses.

¹¹ Vide *Teoria Geral do Direito e do Estado* (1945).

primeiro e o último ensaio, convém periodizar brevemente os principais textos kelsenianos sobre democracia.¹²

Essência e valor da democracia

Se as revoluções de 1789 e 1848 quase transformaram o ideal democrático em lugar-comum do pensamento político, a revolução social, consequência da Primeira Guerra Mundial, implicava a revisão desse valor político. Pois bem. É por intermédio desse contexto que Kelsen justifica a abordagem da democracia no seu primeiro ensaio sobre o tema, intitulado *Essência e valor da democracia*, publicado pela primeira vez ainda em 1920 (KELSEN, 2000a, p. 25-26).¹³

Do ponto de vista teórico, consoante se apreende do próprio título – *Essência e valor da democracia* –, a temática do ensaio é “dupla”, pois por um lado trata de expor a “essência” da democracia, ou seja, o que a democracia “é”; e por outro lado, de dizer qual é o seu “valor”, isto é, como ela *deve ser* (obviamente, sempre segundo Kelsen). Entre os subtemas, encontram-se teorizações sobre conceitos como os de *liberdade, povo, parlamento, princípio da maioria*, escolha dos *chefes*, além de outras reflexões sobre a democracia. Kelsen se ocupa em criticar concepções clássicas da democracia e promover uma ressignificação dos conceitos para tentar adaptá-la à realidade concreta.

Ideologicamente, a preocupação de Kelsen está em defender a democracia parlamentar contra aquilo que entende ser uma ditadura partidária de esquerda (bolchevismo russo) e uma de direita (fascismo italiano) – que, àquela época, se insurgiam contra a democracia. No particular, Kelsen demonstra certa preocupação com os rumos do Partido Socialista, que àquele tempo se cindia em duas vertentes: uma delas, com vistas a aplicar os princípios do socialismo e principalmente os da democracia (ideia simpática a Kelsen), e outra, que adotando a doutrina neocomunista – atualizada no plano prático do partido bolchevique russo –,

¹² Os ensaios sobre a democracia foram reunidos na coletânea intitulada *A democracia* (2000) – que inclusive é utilizada nesta dissertação. Publicada após a morte de Kelsen, conta com cinco ensaios escritos pelo autor: *Essência e valor da democracia* (edição de 1929); *O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud* (1922), *O problema do parlamentarismo* (1924), *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política* (1948) e *Fundamentos da democracia* (1955-56).

¹³ A segunda edição foi publicada em 1929 (a propósito, edição que se utiliza nesta dissertação). Segundo o prefaciador da obra, Giacomo Gavazzi – grande estudioso de Kelsen –, não houve grande alteração de cunho teórico da primeira para a segunda edição. (GAVAZZI, 2000, p. 4).

intentava aplicar a ditadura do proletariado. Kelsen repudia com veemência essa vertente, inclusive publicando no mesmo ano (1920) uma obra específica (*Socialismo y Estado*) para debater com socialistas acerca dessa (incoerente, segundo Kelsen) opção pelo marxismo.¹⁴

Em meio a esse contexto, mas do ponto de vista prático, Kelsen via-se envolvido diretamente com o novo aparato estatal instituído com o advento da República austríaca, trabalhando na Constituição republicana de inspiração austromarxista, promulgada em 1º de outubro de 1920.

O problema do parlamentarismo

O ensaio *O problema do parlamentarismo* viria a ser publicado logo em seguida, em 1922. Inserido na atmosfera cultural e política dos anos da República de Weimar (num contexto ideológico que envolve o liberalismo político e a socialdemocracia austro-húngara), Kelsen propõe uma reforma da democracia parlamentar para dar sustentação ao regime.

Kelsen assimilava a divisão de classes sociais que à época ocorria na sociedade austríaca e percebe como seu espelho a divisão no parlamento, o qual se converte no lugar mais adequado, segundo ele, para expressar verdadeiramente essa divisão real. Assim, o tom de Kelsen nesse ensaio é o de um democrata que reconhece os defeitos do sistema parlamentar, mas que também indica algumas correções em vistas de sua melhoria (VOLPICELLI, *apud* LOSANO, 2013, p. 304) – assim como outrora já fizera no ensaio de 1920.

Nesse aspecto, é preciso registrar mais uma vez que nos anos 1930 a visão democrática opunha-se frontalmente à visão nazista e fascista.

Em 1930, já no contexto de uma Áustria fascista, Kelsen é exonerado do cargo de juiz da Corte Constitucional, cargo este que exercia desde 1921. Em 1933, com a tomada do poder pelos nacional-socialistas, Kelsen é demitido de seu cargo de professor na Alemanha e obrigado a abandonar o país (Kelsen tinha origem judia), transferindo-se para Genebra, na Suíça. Depois, muda-se para Praga; por

¹⁴ Kelsen dispensou enorme atenção ao marxismo em críticas que se estenderam ao largo de quatro décadas, desde *Socialismo y Estado* até, pelo menos, *Teoría Comunista do Direito e do Estado* (1955). Apesar de sua simpatia pelo socialismo, Kelsen foi um crítico feroz do marxismo.

fim, toma rumo definitivo aos Estados Unidos, instalando-se nesse país a partir dos anos 1940 – inclusive obtendo a cidadania americana em 1945. (KELSEN, 2012).¹⁵

Fundamentos da democracia

Após publicar *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política* (1948), na qual traça analogias entre epistemologia, axiologia e política, Kelsen publica *Fundamentos da democracia* (1955-56)¹⁶, mesmo ano em que publica *Teoria Comunista do Direito e do Estado*.

Do ponto de vista teórico, Kelsen resgata temas que envolvem a relação entre Democracia e filosofia (como a ideia de liberdade natural e social, já tratada em 1920), o absolutismo e relativismo filosóficos (teorizado em ensaio específico de 1948), a doutrina da democracia de Rousseau, o princípio do voto majoritário, o tipo democrático de personalidade, o princípio de tolerância, o caráter racionalista da democracia, as relações entre Democracia e paz, a democracia e a teoria do Estado, a democracia na história das ideias políticas. Dedicar ainda um capítulo inteiro à relação entre a Democracia e religião, além da relação entre Democracia e economia.

A considerar o salto de trinta e cinco anos entre o primeiro ensaio, *Essência e valor da democracia*, e *Fundamentos da democracia*, nota-se que houve uma significativa mudança no mundo em termos temporais e geopolíticos.

Diferente do período do entre guerras que marcou a estadia de Kelsen na Europa e a publicação de *Essência e valor da democracia*, seu último ensaio situa-se no período pós-bélico, ou seja, depois da Segunda Guerra Mundial (com Kelsen já nos Estados Unidos), num período histórico em que o comunismo stalinista se encontra firmemente no poder na União Soviética e o movimento macarthista ronda os bastidores da Academia nos Estados Unidos.

¹⁵ Foi também nessa década (em 1922) que Kelsen escreve *O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud*. Nesse ensaio Kelsen busca se aproveitar da teoria de Freud para adaptar sua Teoria de Estado.

¹⁶ De acordo com informações fornecidas pelo próprio Kelsen, “este trabalho foi apresentado pela primeira vez em forma de conferências patrocinadas pela Charles R. Walgreen Foundation for the Study of American Institutions na Universidade de Chicago, em abril de 1954”. (KELSEN, 2000c, p. 378, nota 1).

Nesse período, o mundo já havia conhecido a Itália fascista, a Alemanha nazista e a URSS comunista, num contexto bem diferente da Viena do entre guerras. E isto se reflete nos embates kelsenianos: em contraposição àquele “primeiro momento” em que Kelsen discute com Schmitt, Heller e os austromarxistas Max Adler e Otto Bauer, Kelsen dialoga agora com os marxistas russos Pachukanis e Vyshinsky (vide *Teoria Comunista do Direito e do Estado*), e especificamente, sobre a doutrina soviética da democracia.

Contudo, embora esta fragmentação teórica possa provocar um certo mal-estar conceitual acerca da democracia kelseniana (em razão das profundas transformações políticas que ocorreram em todo o mundo nesse intervalo entre os ensaios), um exame cuidadoso concluirá que se trata de obra relativamente consistente em termos teórico-conceituais. Pode-se dizer que em *Fundamentos da democracia* Kelsen “aprimora” sua teoria democrática (GAVAZZI, 2000, p. 7) – iniciada com o ensaio *Essência e valor da democracia*.

Seja como for, o fator motivante que faz com que Kelsen continue a escrever sobre o tema permanece: por um lado, a crítica a uma ideologia democrática; por outro, a defesa da democracia parlamentar em face de formas autocráticas de governo. Especificamente quanto ao objetivo desta dissertação – demonstrar a peculiaridade da teoria democrática de Kelsen – não há prejuízo de uma fragmentação teórica: os elementos utilizados para justificar a hipótese estão contidos tanto no primeiro ensaio quanto no último, de modo que a temática escolhida é digna de ser considerada como elemento característico de sua teoria.

A obra política de Schumpeter

Apenas dois anos mais jovem que Kelsen, Schumpeter compartilhou o mesmo contexto vivido pelo amigo (e padrinho de casamento), inclusive o abandono da Europa e a mudança para a América do Norte. A contribuição de Schumpeter para a teoria democrática está registrada no livro *Capitalismo, Socialismo e Democracia* (publicado em 1942), mais propriamente na Parte IV: *Socialismo e Democracia*.¹⁷

¹⁷ Além de ser um dos maiores teóricos da democracia do século XX, Schumpeter se destacou por várias atividades. Nesse sentido, afirma Paul Samuelson: “Existiram muitos Schumpeters”, o

Schumpeter parte da crítica ao que chamou de “doutrina clássica da democracia” (SCHUMPETER, 1961, p. 299) para desenvolver sua própria teoria da democracia. Segundo ele, propondo uma análise que anuncia como mais próxima aos fatos e às instituições – e seu funcionamento –, é imperativo romper radicalmente com a teoria democrática clássica, negando suas principais fundações categoriais e suas perspectivas ético-normativas.

O modelo de democracia schumpeteriano é produzido no contexto dos países de capitalismo avançado, ou seja, um modelo formulado para as grandes nações industriais de tipo moderno e provém dos problemas enfrentados na construção da democracia na Europa no período de entre guerras.

Schumpeter considerava que o socialismo provavelmente triunfaria sobre o capitalismo e por isso – “oficialmente” –, preocupa-se em delinear de que maneira esse socialismo poderia se utilizar do método democrático, caso resolvesse adotá-lo. Especificamente quanto à “ideologia” da democracia, a atitude de Schumpeter é praticamente a de um cético, uma postura consideravelmente diversa da perspectiva de Hans Kelsen, como se constatará no decorrer da dissertação.¹⁸

2 Kelsen e Schumpeter “contra” a teoria tradicional

A inexistência de um *bem comum* determinável

Aquilo que Kelsen chama de “ideologia democrática” está ancorado no pensamento de Rousseau¹⁹. Nessa ideologia, elementos teóricos como a *soberania popular* e a *vontade geral* são suportados pela ideia da existência de um *bem*

brilhante *enfant terrible* da Escola Austríaca que, antes de completar trinta anos, havia escrito dois livros extraordinários; o jovem causídico que chegou a advogar no Cairo; (...) o Ministro da Fazenda na Áustria; o filósofo social e profeta do desenvolvimento capitalista; o historiador das doutrinas econômicas; o teórico de Economia que preconizava o uso de métodos e instrumentos mais exatos de raciocínio; o professor de Economia”. (SAMUELSON, 1965, p. 107).

¹⁸ Na biografia sobre Kelsen, Métall classifica Schumpeter como a direita do partido socialdemocrata. Entende que Schumpeter, ao contrário de Mosca e Pareto, não era um autor antiliberal, mas era, claramente, um pessimista, que via a democracia como mero método de escolha dos governantes (MÉTALL, 1976). Outros autores entendem que, embora Schumpeter realmente acreditasse na “vitória” do socialismo, era, ideologicamente, antissocialista e pró-capitalista. O próprio Kelsen afirma que Schumpeter define a democracia “Para mostrar, não que a democracia é incompatível com o socialismo, mas que, por sua própria natureza, o capitalismo tem mais afinidades com a democracia do que o socialismo” (KELSEN, 2000c, p. 279).

¹⁹ Kelsen afirma que Rousseau, embora talvez seja o mais importante teórico da democracia, apresenta o problema da democracia – erroneamente – como o problema do Estado ideal. (KELSEN, 2000a, p. 29).

comum predefinido. Ocorre que Hans Kelsen refuta a ideia da existência de *um bem comum* determinável, denunciando, assim, supostas insuficiências da teoria rousseauiana. Em suas próprias palavras:

A doutrina de que a democracia pressupõe a crença na existência de um bem comum objetivamente determinável, de que o povo é capaz de conhecê-lo e, conseqüentemente, transformá-lo no conteúdo de sua vontade **é uma doutrina errônea**. (KELSEN, 2000c, p. 141, grifos nossos).

Kelsen argumenta que a questão sobre o interesse do povo (o tal “bem comum”) pode ser respondida de maneiras diversas, uma vez que não existe nenhum critério confiável para determinar, de modo objetivo, seu conteúdo:

(...) **é fácil demonstrar que não existe um bem comum objetivamente determinável**, que a questão quanto ao que possa ser o bem comum só pode ser respondida através de juízos de valor subjetivos que podem diferir fundamentalmente entre si. (KELSEN, 2000c, p. 141, grifo nosso).

A apreensão crítica acerca de elementos contidos na “ideologia democrática” a que Kelsen se refere também é encontrada naquilo que Schumpeter intitula de “doutrina clássica da democracia”. A propósito, segundo Schumpeter, tal doutrina caracteriza-se não apenas pelos elementos teóricos rousseauianos, mas principalmente pelas concepções do utilitarismo de James Bentham e Stuart Mill (como as categorias de *bem comum* e *vontade comum*). Schumpeter refere-se a essa doutrina nos seguintes termos:

A filosofia da democracia do século XVIII pode ser expressa da seguinte maneira: **o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum**, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade. (SCHUMPETER, 1961, p. 300, grifo nosso).

Acontece que, de acordo com Schumpeter, não existe no povo uma opinião definitiva e racional que possa ser entendida como uma ideia de “bem comum”, figurando como um “o farol orientador da política” (SCHUMPETER, 1961, p. 300). Ademais – prossegue Schumpeter –, nem por força de argumentação racional pode se chegar a uma concordância acerca de quais são os valores supremos de uma sociedade porque “nosso conceito sobre o que devem ser a vida e a sociedade (...) situam-se além dos domínios da lógica” (SCHUMPETER, 1961, p. 302). Schumpeter

ressalta que mesmo que fosse possível definir com precisão o significado desse “bem comum”, como, por exemplo, o critério utilitarista do “máximo da satisfação econômica”, ainda assim não se teriam soluções igualmente definidas para os casos individuais (SCHUMPETER, 1961, p. 302).²⁰

Note-se, portanto, que àquela crítica de Kelsen também está presente no pensamento de Schumpeter, pois, essencialmente, este também refuta a ideia da existência de um “bem comum” determinado ou determinável.

Mas a crítica ao conceito de *bem comum* produzida por ambos os autores atinge também outro conceito clássico da “teoria tradicional da democracia”²¹, dele decorrente: o conceito de *vontade popular*.

A crítica à ideia de *vontade popular*

Segundo Kelsen, a ideologia democrática postula a existência de uma *vontade popular*, fruto daquele aludido conceito de *bem comum* – conceito este ironizado por Kelsen: “um misterioso bem comum segundo a opinião e a vontade do povo” (KELSEN, 2000c, p. 142). Ocorre que Kelsen também rejeita o conteúdo do conceito de *vontade popular*.

Isto acontece porque, para Kelsen, “o povo não tem uma vontade uniforme”, pois a sociedade é heterogênea, com interesses variados – e existem interesses plurais e opostos em qualquer sociedade. Kelsen chega a dizer que se existisse uma vontade uniforme, estar-se-ia diante de uma vontade geral “orgânica”, “absoluta”, ideia contundentemente rejeitada por ele em face do seu relativismo filosófico, conforme se verá. Sendo assim, a “vontade do povo”, na ideologia democrática, é

²⁰ Schumpeter argumenta que o grande pecado da doutrina clássica foi não ter percebido a transformação substancial na situação econômica e nos hábitos da sociedade burguesa que impediram a possibilidade de uma definição inequívoca do “bem comum”. Segundo ele, os utilitaristas ignoram esses fatos em razão de sua estreiteza de ponto-de-vista sobre o mundo dos valores humanos, pois embora seja possível encontrar convergências acerca de determinados valores, isto não ocorre em todos. (SCHUMPTER, 1961, p. 301).

²¹ Convencionou-se nessa dissertação que a expressão “teoria tradicional da democracia” inclui tanto a “ideologia democrática” a que Kelsen se refere quanto à “doutrina clássica da democracia”, criticada por Schumpeter. Embora seus conteúdos não sejam exatamente iguais, as semelhanças quanto aos aspectos gerais permitem a reunião numa mesma categoria a título de utilização para fins didáticos, pois não causam, na pesquisa, nenhum grande prejuízo teórico na sua compreensão. Registre-se ainda que, no sentido aplicado nesse capítulo, não se deve vislumbrar diferenças essenciais entre os termos “ideologia”, “doutrina” e “filosofia”.

uma figura de retórica – e não uma realidade (KELSEN, 2000c, p. 141).²² Consoante esclarece Gilberto Bercovici, “Para Kelsen, não existe povo, a unidade do Estado só existe na esfera fictícia do ordenamento.”. (BERCOVICI, 2013, p. 21).

Schumpeter segue a mesma linha argumentativa de Kelsen. Nesse aspecto, a existência de uma *volonté générale* somente seria possível se houvesse, de fato, “um centro, o bem comum, para o qual se dirijam, a longo prazo pelo menos, todas as vontades individuais” (SCHUMPETER, 1961, p. 302-303). Entretanto, em decorrência da impossibilidade empírica de um *bem comum*, qualquer noção de *volonté générale*, “vontade do povo” ou “vontade comum” é também afastada.²³ Desse contexto, que reúne *vontade* e *bem comum*, Schumpeter enxerga com ironia a visão oriunda da doutrina clássica:

O único fato, exceto a estupidez ou interesses sinistros, que pode causar divergência e explicar a existência de uma oposição é a diferença de opiniões quanto à rapidez com a qual deve ser procurada a concretização da meta comum a quase todos. Consequentemente, todos os membros da comunidade, conscientes da meta, sabendo o que querem, discernindo o que é bom do que é mau, tomam parte, ativa e honestamente, no fomento do bom e no combate ao mau. (SCHUMPETER, 1961, p. 300).

Assim, para Schumpeter, a *vontade geral* nada mais é que um princípio metafísico, do qual se deduzem outros princípios que servem para justificar formas de organização do Estado. Trata-se em verdade, de um somatório de inúmeros e diversos interesses e valores diferentes, reunidos em uma escolha política comum sem que necessariamente exista algum princípio unificador nessa escolha, como o tal do *bem comum*.

Mas as críticas à “teoria tradicional da democracia” prosseguem quando Kelsen e Schumpeter enfrentam os conceitos de *soberania popular* e *representação popular*.

²² A *vontade geral*, nos termos de Rousseau, não reconhece autoridade deliberativa à minoria, em face da vontade majoritária. Kelsen irá propor que aqueles indivíduos que não seguem a maioria poderão continuar a existir como minoria. O tema da “vontade” será objeto de análise no capítulo II desta dissertação.

²³ Segundo Schumpeter, o raciocínio da doutrina clássica pressupõe que a formação dessa vontade popular advém da reunião de vontades individuais, que se fundem e se transformam na vontade do povo, fornecendo, assim, uma “exclusiva dignidade ética reclamada pelo credo democrático clássico.”. (SCHUMPETER, 1961, p. 303).

Soberania e representação popular como ficções

A crítica promovida por Hans Kelsen aos conceitos clássicos de *soberania* e *representação* tem início a partir da própria refutação do conceito de *povo* proveniente da concepção da ideologia democrática.

Para a ideologia democrática, o *povo* é uma unidade de interesses; contudo, para Kelsen, essa ideia de *povo* não passa de uma ficção. O que há verdadeiramente nesse estado de aglomeração é uma “pluralidade de indivíduos e de vontades”, profundamente divididos em grupos, interesses nacionais, econômicos, religiosos, raciais e culturais (KELSEN, 2000a, p. 36). Ou seja, o *povo* caracteriza-se mais como uma multiplicidade de grupos distintos do que como massa coerente de um único e mesmo interesse. Portanto, não existe a unidade pleiteada pela ideologia democrática. Kelsen critica essa noção de *povo* nos seguintes termos:

E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que essa pluralidade de indivíduos constitui uma unidade (...). Mas saber de onde resulta essa unidade que aparece com o nome de povo continuará sendo problemático enquanto se considerarem apenas os fatos sensíveis. **Realmente, como unidade de pensamentos, de sentimentos e de vontades, como solidariedade de interesses, a unidade do povo representa um postulado ético-político que a ideologia política assume como real com o auxílio de uma ficção de aceitação tão universal, que hoje em dia já não se pensa em criticá-la.** (KELSEN, 2000a, p. 35 e ss, grifo nosso.).

Fornecendo sua interpretação e problematizando a noção de unidade do *povo*, Kelsen infere que o imperativo dessa “unidade” somente pode se realizar no sentido jurídico-normativo:

Na verdade, o povo só parece uno, em sentido mais ou menos preciso do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros a mesma ordem jurídica estatal constituída (...) pela unidade dos múltiplos atos humanos, que representa o povo como elemento do Estado, de uma ordem social específica. (KELSEN, 2000a, p. 36, grifo nosso).

Note-se que, ao definir o conceito de *povo* de maneira “jurídica”, Kelsen esvazia o conceito tradicional de *soberania popular* (um dos pilares da democracia considerada na acepção rousseauiana) de seu aspecto de dominação real, denunciando o conceito de *soberania* como a ideologia de um poder político

definido. E para explicar como se funda essa ideia de “soberania do povo”, Kelsen traça uma analogia entre a ideologia democrática da *soberania* com a realidade dos membros do clã, no estado primitivo do totemismo:

E, assim como, no estado primitivo do totemismo, os membros do clã usavam a máscara do totem sagrado, isto é, do ancestral do clã, para desempenharem o papel de pais, repudiando por breve tempo qualquer vínculo social, **também o povo-súdito na ideologia democrática assume o caráter de órgão investido de autoridade inalienável, podendo apenas o seu exercício ser delegado de novo aos eleitos. Mesmo a doutrina na soberania popular – ainda que aperfeiçoada e espiritualizada – é uma máscara totêmica.** (KELSEN, 2000a, p. 92-93, grifo nosso).

Perceba-se do excerto o caráter de ingenuidade que Kelsen atribui à ideologia da *soberania*: o “povo”, nessa ideologia, imagina seu próprio poder utilizando-se de uma “máscara”, ou seja, desconsiderando sua efetiva realidade. Kelsen revela ainda uma preocupação com os efeitos do uso da ideia de *soberania popular*, vislumbrando em seu exercício uma possível e suspeita equiparação entre democracia e autocracia. Nesse sentido, é esclarecedor os dizeres de seu prefaciador, Giacomo Gavazzi:

Portanto, que não se fale de povo como titular de uma soberania cujo exercício pode ser pessoal ou ser mais ou menos delegado. Esse é um caminho que não leva a nenhum esclarecimento sobre a ideia de democracia, ou melhor, que identifica democracia com autocracia, como resulta da fácil substituição da fórmula “governo do povo” pela fórmula “governo para o povo”. (GAVAZZI, 2000, p. 11).

Por sua vez, a categoria da *representação* em Kelsen pode ser vista como outra face da *soberania*, pois enquanto um pacto pressupõe a *soberania* como uma soma de vontades individuais, a lógica da *representação* pressupõe uma vontade geral comum. Ocorre que há, em verdade, uma “escassa afinidade existente entre a ideia de *representação* e o princípio democrático”, afinal, sob o argumento da *representação* consubstanciado numa vontade comum, não apenas o povo ou o parlamento, como o próprio monarca hereditário ou o imperador eleito podem fazer uso da fórmula da *representação* para governar (KELSEN, 2000a, p. 90).

Assim conforme ocorrera com os conceitos anteriormente abordados, Schumpeter acompanhará Kelsen na análise dos conceitos de *soberania* e de *representação popular*.

Segundo ele, as teorias legais da democracia que evoluíram nos séculos XVII e XVIII buscaram aplicar os conceitos de *representação* e *delegação* ao povo como um todo soberano, capaz de delegar e se ver representado. Assim foram criados os “contratos fictícios de sujeição a um príncipe pelo qual o povo soberano negociava sua liberdade ou poder, ou não menos fictícios contratos através dos quais delegava esse poder, ou parte dele, de escolher representantes”. (SCHUMPETER, 1961, p. 297).

Entretanto, para Schumpeter, estes conceitos se adequavam apenas ao indivíduo, de modo que dizer que o povo delega poderes ou é representado por um parlamento nada mais é que retórica política, pois o povo, como tal, não possui personalidade legal. Nesse contexto, afirma Schumpeter:

As palavras *delegação* e *representação* devem referir-se não ao cidadão isolado (o que seria a doutrina dos Estados medievais), mas ao povo em geral. Teríamos de conceber o povo, por conseguinte, como delegando seu poder, digamos, a um parlamento, que o representaria. **Dizer que ele delega poderes ou é representado por um parlamento é construir uma frase vazia de qualquer significado legal.** (SCHUMPTER, 1961, 297-298, grifo nosso).

No todo, nota-se que Schumpeter repudia as concepções de *soberania*, *representação* e *delegação* tal como foram formuladas pela doutrina clássica:

Essas teorias sobre a soberania do povo, delegação e representação, no entanto, refletem algo mais do que um postulado ideológico e uns poucos fragmentos de técnica jurídica. Elas completam uma sociologia ou filosofia social do corpo político que, até certo ponto sob a influência da revivescência das especulações gregas sobre o assunto, e parcialmente sob a influência de acontecimentos da época, tomaram forma e alcançaram o apogeu ao fim do século XVIII e realmente tentaram solucionar o problema. (SCHUMPTER, 1961, p. 298, grifo nosso).

Assim, o povo “soberano” não é mais concebido como tal, na medida em que não se constitui como sujeito de “vontade definida e racional”. Portanto, não há o

que se falar em *soberania popular*. Por seu turno, a *delegação* e a *representação* são fictícias porque o “povo” não pode delegar ou fazer-se representar.²⁴

Expandindo por um instante esse contexto (desfavorável à teoria tradicional da democracia) para além de Kelsen e de Schumpeter, constata-se que conceitos provenientes dessa teoria são criticados também por outros autores – o que por sua vez serve para atestar a ruptura ocorrida no seio da Teoria democrática num contexto comparativo de teorias clássicas e teorias modernas. Prossiga-se.

Quanto à existência de um *bem* ou *interesse comum*, derivado da *vontade do povo* (e de sua suposta *soberania*) Norberto Bobbio afirma que ninguém tem condições de definir precisamente o interesse comum ou coletivo, a não ser confundindo interesses grupais ou particulares com o interesse de todos; aliás, nessa linha de raciocínio, a simples existência de mais de um partido nos regimes democráticos atesta a divergência de interesses (BOBBIO, 1986).²⁵

A crítica a conceitos como o de *soberania popular* também não fica adstrita a autores como Schumpeter e Kelsen. Edmund Morgan, por exemplo, aponta a falta de um referencial claro para o conceito de *soberania popular*; demonstra que se trata de uma ficção que serviu para substituir a ideia de direito divino dos reis, e que, por ter sido “criada por nós”, parece-nos menos fictícia. Na incisiva assertiva do autor:

We assume too easily that popular sovereignty was the product of popular demand, a rising of the many against the few. **It was not.** It was a question of some of the few enlisting the many against the rest of the few. (MORGAN, 1989, p.169, grifo nosso).

Ainda de acordo com Morgan, curiosamente a ficção da *soberania* continua a funcionar em tempos recentes: “*In England and America at least, it has worked for three centuries, providing the few with justification for their government of the many*”

²⁴ É evidente que temas com “povo” não se esgotam em Kelsen e Schumpeter. Para citar apenas dois exemplos de perspectivas diferentes, encontramos em Muller o “povo” como ícone, como intocável, ou seja, a imagem totalmente abstrata de uma entidade única e indivisível, embora inexistente na vida real (MÜLLER, 2003) e em Rosanvallon, ideias como a que segue: o povo, enquanto sujeito coletivo, é também figura do tempo (ROSANVALLON, 2000).

²⁵ Sobre o tema, interessante a análise de Adam Przeworski: “The eighteenth century conception of democracy as a system of self-government was based on an assumption that rendered it unrealistic and incoherent, namely, that interests and values are sufficiently harmonious so that each individual needs to obey only oneself while living under laws chosen by all”. Conferir PRZEWORSKI (2005).

and reconciling the many to that government” (MORGAN, 1989, p.169). Morgan sugere que essa ideia ainda é aceita para manter o senso de autoestima do indivíduo.

3 Kelsen, “entre” Schumpeter e a teoria tradicional

Desses tantos conceitos e interpretações, alguns pontos merecem ser resgatados para demarcar algumas semelhanças entre as ideias de Kelsen e de Schumpeter quanto à “teoria tradicional da democracia”, nas suas já mencionadas variáveis consoante os autores (respectivamente, “ideologia democrática” e “doutrina clássica”).

Constata-se que tanto Kelsen quanto Schumpeter negam atribuir qualquer significado racional a expressões como “bem comum” ou “vontade popular”, por faltarem-lhes conteúdo predefinido. De um modo geral, a ideia do que seja um *bem* representa valores e princípios que não podem ser sustentados pela lógica, e sim, por preferências, paixões, entre outros fatores subjetivos. Para ambos os autores, essas categorias são mitos, ficções, que não apresentam qualquer substância na realidade contemporânea; no fundo, nada mais que retórica, subjetividade, irracionalidade.

Por outro lado, apreende-se que uma conceituação “unívoca” de povo é considerada como problemática tanto por Kelsen quanto por Schumpeter: embora os autores desenvolvam suas teorizações cada um a seu modo, a crítica comum reside na assertiva que não há como conceituar a categoria “povo” como se faz com a categoria “indivíduo”.

Dentre o conjunto de críticas à “teoria tradicional de democracia”, os conceitos clássicos de *soberania popular* e *representação* também são refutados. Em Kelsen, a questão tem início por intermédio da própria noção conceitual de “povo”; em Schumpeter, a crítica deriva do que pensa o autor acerca da “natureza humana na política”, ou seja, da ausência de uma vontade geral efetiva.

Em termos gerais, e abstraindo de eventuais discordâncias, a crítica comum de Kelsen e Schumpeter nos indica um “ponto convergente” entre o pensamento dos autores, pois ambos procuram apontar uma sugerida “sobrecarga fictícia” na teoria tradicional da democracia. Esse ponto convergente não apenas aproxima a obra dos

autores como também a afastam das concepções clássicas da democracia. E isto tem um significado relevante na Teoria Política democrática, pois essa crítica marca o início daquela alegada ruptura teórica que os insere dentro de uma nova tradição democrática – a das teorias modernas procedimentais da democracia.

Contudo, considerando as críticas que Kelsen e Schumpeter dedicam a conceitos democráticos clássicos, poder-se-ia pensar que inexistem semelhanças entre o pensamento de Kelsen e a ideologia que subjaz a teoria tradicional da democracia; e por outro lado, que inexistem diferenças entre os pensamentos de Kelsen e de Schumpeter. Ledo engano.

Em verdade, a crítica de Kelsen à teoria tradicional não atinge todo o sistema ideológico proposto pela teoria. Embora Kelsen critique aspectos idealistas da democracia, atacando aspectos conceituais, ele não os excluirá de sua própria teoria democrática, inclusive continuando – como faz a teoria tradicional –, a conceber a democracia como “governo do povo”.

E eis que surge o ponto que mais interessa e que deve ser esclarecido – especificamente quanto à comparação com Schumpeter. É que os motivos e as razões das críticas de Kelsen e de Schumpeter não são exatamente os mesmos.

O ponto chave aqui é a visão que cada um deles tem do indivíduo e de sua capacidade de racionalização na busca de um ideal político. Nesse aspecto, Schumpeter não apenas critica a ideia de um *bem comum* e de uma vontade *geral* – uma presunção do utilitarismo, segundo ele – mas também o próprio conceito de *vontade individual*, que dá suporte àqueles conceitos.

Diferentemente de Schumpeter, Kelsen apreende que “o indivíduo tem uma vontade real”. Isto lhe permitirá conceber a construção de uma *vontade* que, embora seja construída no Estado e sob outros termos, fornecerá sentido a uma ideia de um governo do povo, ideia esta excluída da ótica de Schumpeter.²⁶

De qualquer forma, registre-se, por um lado, que o pensamento de Kelsen não se coaduna com a ideologia democrática conforme esta fora formulada

²⁶ Schumpeter refuta qualquer compreensão da democracia subjacente à expressão “governo do povo”. Chega a dizer que os representantes dessa doutrina (representadas por Bentham e Rousseau) devem ter seus nomes “deixados na escuridão”. (SCHUMPETER, 1961, p. 209).

originalmente, e que por outro lado, que suas críticas à teoria clássica não ocorrem exatamente nos termos schumpeteriano. No que tange a esta pesquisa, essa constatação configura verdadeiro indício de que existe, de fato, uma especificidade na teoria democrática kelseniana que a diferencia de outras teorias democráticas, consoante aludido já na introdução do capítulo.

CAPÍTULO II – DEMOCRACIA COMO MÉTODO E COMO VALOR: A CONSTRUÇÃO DA *VONTADE ESTATAL*

Nota introdutória

Considerando que as concepções de *bem comum*, *vontade*, *soberania* e *representação popular* foram todas refutadas por Kelsen por se tratarem de meras ficções, resta saber de que modo ele vislumbra as condições “reais” nas quais a democracia passa a operar no mundo contemporâneo. Afinal, como uma teoria que critica a *vontade popular* pode se coadunar com a formação de governos democráticos formados consoante uma livre expressão de uma *vontade política*?

Na busca por uma resposta plausível a essa questão, este capítulo promove um resgate da construção da *vontade estatal* produzida por Kelsen, funcionando como metonímia de uma teoria “procedimental” que, sugere-se, comporta intrinsecamente elementos valorativos. Nesse propósito, aspectos da teoria schumpeteriana são ressaltados, evidenciando como teorias aparentemente assemelhadas na origem podem tomar rumos muito diferentes em seu desenvolvimento. Ao final, espera-se reforçar a validade da hipótese de pesquisa quanto à especificidade da teoria democrática de Kelsen em face de outras formulações.

1 A democracia como método

Consoante já aludido no capítulo precedente, Kelsen demonstra-se engajado, na totalidade de seus escritos políticos, em diferenciar a democracia de formas autocráticas de governo. Nesse aspecto, pretende verificar quais são as características do método democrático capazes de diferenciá-lo do método autocrático.²⁷

Mas o que leva Kelsen a produzir essa análise sobre o “método”?

Kelsen viveu sob um período no qual as discussões políticas quase sempre versavam sobre a alternativa entre democracia ou autocracia. Ocorre que o

²⁷ Registre-se logo de início o *realismo* kelseniano: democracia e autocracia são apenas tipos ideais. Na realidade política, não existe nenhum Estado que se conforme completamente a um ou ao outro tipo. Um Estado é chamado democracia se o princípio democrático prevalece na sua organização, e um Estado é chamado autocracia se o princípio autocrático prevalece. Simples assim. (KELSEN, 2000f, p. 407).

autocratismo, segundo Kelsen, poderia vingar sob qualquer estrutura político-jurídica, enquanto a democracia carecia de procedimentos que possibilitassem que sua ideologia fosse efetivada na prática concreta; daí, o “democratismo” ter precisamente a tendência acentuada de colocar o problema decisivo no sentido da forma (KELSEN, 2000a, p. 103).

Esclarecida a preocupação com o método (efetivação de uma ideologia), recupere-se algo ao nível dos conceitos e categorias kelsenianos contidos na sua teoria democrática, iniciando-se pela abordagem que Kelsen produz no seu ensaio de 1920, *Essência e Valor da democracia*, acerca do “domínio” e da existência de “chefes” (dirigentes políticos) na democracia.²⁸

Partindo de Hobbes (dominação do homem pelo homem), mas apontando em direção a Rousseau²⁹, Kelsen argumenta que “na democracia ideal não há lugar para uma natureza de chefe” (KELSEN, 2000a, p. 88), pois o próprio princípio de autonomia, característico da ideia de democracia, implica a sua ausência. Entretanto, por reconhecer que na realidade social democrática a presença de chefes é um dado concreto, Kelsen conclui que “o ideal de liberdade da democracia, no caso, a ausência de domínio e, por isso, de chefes, é irrealizável mesmo aproximadamente” (KELSEN, 2000a, p. 88). Atente-se um pouco mais para essa tal “realidade democrática”.

Kelsen argumenta que a realidade social de fato é o *domínio*, a existência de chefes. Assim, o problema central da democracia “real”, ou seja, o problema político-social “é apenas saber de que modo o melhor ou os melhores podem chegar ao poder e mantê-lo” (KELSEN, 2000a, p. 95).

Todavia, se nesse contexto de “realidade”, a democracia é apenas um método para a criação de uma ordem social (tese combatida nesta dissertação), surge a questão de se saber como diferenciá-la de outros métodos políticos. Kelsen então assinala a característica da democracia em seu método específico de formar

²⁸ Conceito é uma descrição sobre o que algo seja, isto é, de que se trata ou o que “é”. Categoria é o tipo de realidade em que se enquadra. Se é um ser, uma entidade, uma instituição, um valor, uma ideia, uma norma, uma ação, um fato, uma coisa, uma emoção, um sentimento, um conceito ou outro tipo. O conceito inclui a categorização e a particularização dentro da categoria. Uma especificação precisa de um conceito se chama “definição”.

²⁹ Segundo Kelsen, Rousseau talvez seja o mais importante teórico da democracia (KELSEN, 2000a, p. 29) –, embora Rousseau use a palavra “democracia” num sentido muito específico.

governos: a *concorrência*, no sentido de aumento do número de concorrentes para a seleção dos governantes.

Seguindo a construção teórica kelseniana, infere-se que do elemento da concorrência deriva o elemento da *eleição*, que integra o método capaz de diferenciar a democracia de outra forma política, pois “a eleição opõe-se diretamente à nomeação, método de criação de órgãos próprio da autocracia real” (KELSEN, 2000a, p. 92). A eleição, em sua essência objetiva, apresenta-se como seleção eficaz de chefes estatais; um método de criação de órgãos que se opõe a outros métodos pelo grande número de chefes que elege (KELSEN, 2000a, p. 92).

Apreendido o raciocínio kelseniano como “método”, o problema da democracia julga-se estar resolvido: sua especificidade está em se caracterizar como um método concorrencial entre chefes, escolhidos através de eleições. Curiosamente, essa também é a conclusão que se extrai da teoria democrática de Joseph Schumpeter.

Num resumo tão conciso quanto necessário, a teoria schumpeteriana da democracia propõe que a seleção dos representantes ocupe o papel principal na análise sobre o fenômeno democrático, de modo que o problema central não seja mais uma questão de conteúdo (o que o governo faz), mas sim uma questão de forma (como se criam as decisões).

De acordo com Schumpeter, para ser considerado “democrático” esse método deve apresentar uma característica que o diferencie de outras formas políticas (SCHUMPETER, 1961, p. 321 e ss). Essa característica é a competição. Assim, ao contrário de regimes aristocráticos e autocráticos, as lideranças nesse método, por estarem em constante concorrência entre si, por serem eleitas e controladas periodicamente pelos cidadãos não “se impõem” a eles, mas sim, se “propõem”. Essa concorrência se dá através das eleições, pois, segundo Schumpeter, “o método eleitoral é praticamente o único exequível, qualquer que seja o tamanho da comunidade” (SCHUMPETER, 1961, p. 323).³⁰

³⁰ Schumpeter apoia-se na realidade dos mercados econômicos competitivos, e procede à analogia entre a concorrência que se dá na esfera econômica (e sua respectiva lógica de funcionamento) e a esfera da política, (ou seja, comparando a luta pela liderança política com a concorrência na esfera econômica), demonstrando interesses que subjazem a essas atividades (traçando um paralelo entre

Diante do exposto, não é preciso muito esforço cognitivo para constatar uma aproximação entre o pensamento de Kelsen e o de Schumpeter, agora não mais com referência às críticas à teoria tradicional da democracia, mas em relação com as próprias formulações teóricas dos autores. Quanto àquela oposição, ambos propugnam que o elemento específico da democracia é o de esta ser um método político – e não exatamente um rol de ideias. Por outro lado, quanto ao desenvolvimento desse método político, ambas as teorias, kelseniana e schumpeteriana, tratam de um método “concorrencial”, efetivado através de “eleições” (inclusive com uma aparente convergência ao nível conceitual: “chefia” em Kelsen; “liderança” em Schumpeter).³¹

Contudo, é nesse momento analítico de aproximação entre Kelsen e Schumpeter quanto a um elemento procedimental da democracia que se faz necessário perquirir pela especificidade do método kelseniano, pois que este implica a consideração de um “valor”.

2 A construção da *vontade estatal*

Consoante visto, a preocupação de Kelsen orientava-se para a “forma” da democracia. Mas ele próprio reconhece a limitação dessa abordagem, destacando a necessidade de se considerar a “substância” subjacente a essa forma:

Se (...) a democracia é apenas uma forma, apenas um método de criação da ordem social, seu valor revela-se bastante problemático. **De fato, com uma regra específica de criação, como determinada forma social ou de governo, não se resolve a questão bem mais importante do conteúdo da ordem estatal (...).** Nem mesmo os democratas radicais poderão afirmar que com a questão da forma do governo também será resolvida a do conteúdo político, ou seja, do justo e melhor conteúdo da ordem do Estado. (KELSEN, 2000a, p. 103, grifo nosso).

Eis aqui um aspecto deliberadamente exaltado nesta pesquisa: a democracia “procedimental” de Kelsen é, indiscutivelmente, um método, mas não se resume nem se reduz a isso; a preocupação com a forma nunca esteve desvinculada de uma preocupação com um conteúdo axiológico subjacente.

mercado e democracia, economia e política). A noção de democracia como um “mercado político” é um dos aspectos elementares da concepção de democracia de Schumpeter.

³¹ O tema será recuperado adiante.

Essa constatação já poderia ser apreendida valendo-se das próprias premissas metodológicas kelsenianas, que exigem, na investigação sobre a “essência da democracia” (método), a consideração conjunta de uma “ideologia” (valor):

A essência da democracia só pode ser compreendida tendo-se em mente a antítese ideologia e realidade, antítese que, no problema democrático, desempenha um papel de especial importância. Muitos dos mal-entendidos na discussão do problema têm origem no fato de haver quem fale só da ideia e quem fale só da realidade do fenômeno, enquanto seria preciso confrontar esses dois elementos, considerando a realidade à luz da ideologia que a domina, e a ideologia do ponto de vista da realidade que a sustenta. (KELSEN, 2000a, p. 35, grifo nosso).

Pois bem. É sob a ótica da dialética entre ideia e realidade que Kelsen aborda a democracia. E isto implica considerar também o valor atribuído a todas as categorias que compõem tal método, como o *domínio*, a concorrência, as eleições, o *povo*, a *vontade geral*, os partidos políticos, o parlamento, o Estado, a liberdade, a burocracia etc.

Na seara da Teoria Política, esse tipo de abordagem – que reúne, no significado de um conceito, realidade e ideia –, não é exclusividade de Kelsen. No prefácio de *A política no mundo antigo*, o historiador americano Moses Finley aplica essa abordagem na própria acepção do termo “política”. Afirma que o termo *politics* se refere a “implicações resultantes das maneiras informais e formais, como a governança é conduzida, como se tomam as decisões governamentais e a ideologia atinente” (FINLEY, 1983, p. 9).

Ora, a assertiva deixa claro que se está considerando não apenas a realidade de um fenômeno, que se expressa no método, mas também a ideologia que, no fundo, integra-o. E é exatamente isso que Kelsen procura fazer em sua abordagem sobre democracia, de modo que a apreensão sobre esse fato já demonstra, *a priori*, que embora a democracia kelseniana fosse tomada como um método político (realidade democrática), era também tida por ele como um sistema ideológico (valor).

Esta digressão se fez necessária porque os efeitos dessa omissão na interpretação sobre a teoria democrática de Kelsen certamente causaram – e ainda causam – um enorme prejuízo à compreensão de sua teoria, condenada a ser vista

como meramente procedimental. Nesse sentido, já alertava Arnaldo Miglino, professor da Universidade de Roma:

Democracia não é apenas procedimento. A própria dialética procedimental é já um valor que pressupõe a operatividade de outros princípios: liberdade de opinião e de expressão, liberdade para se obter uma imparcial e correta informação, publicidade dos fatos que dizem respeito à esfera pública. Dado que um momento essencial da democracia é a escolha dos líderes, como poderia o povo efetuar, de forma eficaz, uma seleção meditada se não gozasse das liberdades intelectuais e não pudesse dispor de informações sobre a realidade? São aspectos essenciais ao funcionamento dos procedimentos eleitorais mas que, evidentemente, estão para além desse. (MIGLINO, 2011, p. 85).

A propósito, atente-se para o fato de que a própria teorização sobre o “domínio dos chefes” contém uma preocupação com a ideologia da democracia:

Na democracia a qualidade de chefe não é sobrenatural, pois **qualquer um pode ser eleito chefe, essa qualidade não é monopólio permanente de um indivíduo ou de um pequeno grupo de indivíduos**. A democracia real apresenta a imagem da troca mais ou menos rápida de chefes. (KELSEN, 2000a, p. 94, grifo nosso).

A mesma temática é abordada por Kelsen também no seu ensaio de 1955-56³²:

O governo representa não um valor absoluto, mas apenas um valor relativo. Todos os órgãos da comunidade são eleitos apenas para um breve período. Até mesmo o chefe do executivo só é “líder” por algum tempo e apenas em alguns aspectos, uma vez que não só o seu mandato é limitado, mas também sua competência. Até mesmo em sua condição de chefe de Estado, ele é um cidadão igual aos outros e sujeito a críticas. (KELSEN, 2000c, p. 188).

Extrai-se dos excertos a sempre presente preocupação de Kelsen com a realização de valores democráticos. Note-se que no método democrático kelseniano a direção exercida se perfaz com um mandato temporário, limitado. A hipótese de que as mesmas pessoas que elegeram o chefe possam ser eleitas para ocupar a posição de chefe revela o princípio da liberdade como autonomia. É dizer: todos os cidadãos são livres e podem ser chefes, dirigentes políticos. Por seu turno, a ideia segundo a qual o chefe não é considerado como uma “divindade”, estando sujeito à

³² Para além da questão estritamente teórica sobre o *domínio*, esse resgate permite constatar a coerência entre os diferentes ensaios produzidos por Kelsen: tanto em *Essência e valor da democracia* quanto em *Fundamentos da democracia*, Kelsen mantém a mesma linha interpretativa sobre a democracia.

crítica e sendo responsável perante aqueles que o elegeram, exalta o valor da igualdade: todos os cidadãos são iguais.

Faz-se necessário uma boa dose de atenção a esses aspectos da teoria kelseniana se se quer compreendê-la com exatidão. Não apenas para constatar que de fato as questões axiológicas permeiam seu método democrático; mas também para notar que existem diferenças essenciais entre as teorias de Kelsen e de Schumpeter sobre essas questões valorativas.

A própria categoria do “domínio” kelseniano já demonstra diferença com as exposições de Schumpeter: a liberdade em Kelsen não se refere apenas à autonomia dos chefes, mas também à autonomia daqueles que os elegem; há, em Kelsen, também uma igualdade entre os chefes e as pessoas que os elegem. Estes aspectos restam prejudicados na teoria schumpeteriana: em Schumpeter inexistente a equivalência entre “líderes” e “votantes” e ainda que em sua teoria as lideranças não se “imponham” aos cidadãos, estas lideranças são consideradas como superiores à massa.³³

É bem verdade que também na teoria schumpeteriana existem considerações sobre os valores.³⁴ Isto é revelado na própria exigência de rotatividade no poder, além do mecanismo de representação definido pelo voto livre. Todavia, não há, na teoria de Schumpeter, um vínculo necessário entre democracia e liberdade (como existe em Kelsen).

Nesse quadro de comparações, é preciso demarcar claramente a distinção entre uma teoria que define a democracia como “governo do povo” (Kelsen) e uma teoria que a define como “método concorrencial de líderes” (Schumpeter), considerando que as categorias de chefe (Kelsen) e líder (Schumpeter) soam semelhantes, sendo concebidas num mesmo contexto de concorrência pelo voto.

³³ O papel das lideranças políticas é central na definição de democracia de Schumpeter. A liderança significa iniciativa e constitui o mecanismo dominante em praticamente todas as ações coletivas (SCHUMPETER, 1961, p. 322). Nessa perspectiva, os objetivos da sociedade deveriam ser formulados por uma elite politicamente ativa, dedicada ao estudo dos problemas sociais relevantes. Cabe então à liderança a capacidade de iniciativa política, pois é somente ela que pode organizar e elaborar as demandas dos eleitores, transformando-as em temas e questões políticas. Esta liderança deverá formar-se e exercitar-se no mercado político competitivo. Assim, a luta pela liderança na esfera política nada mais é do que uma concorrência pelo apoio do povo. Ver-se-á adiante o que Kelsen diz a respeito.

³⁴ Aliás, rigorosamente, em maior ou menor grau, isso ocorre com todas as teorias.

Criticando a definição atribuída por Schumpeter à democracia, o próprio Kelsen aborda a questão em seu ensaio de 1955-56, argumentando que o propósito finalístico da democracia não está, como defende Schumpeter, na luta competitiva pelo voto popular. Kelsen alega que isto é apenas uma consequência de eleições livres e que essa luta competitiva é apenas de um critério secundário. Kelsen argumenta que o critério distintivo da democracia é outro:

A luta competitiva pelo voto popular é a consequência de eleições livres; não é o seu propósito. Em uma democracia direta não existe eleição alguma. **O critério fundamental da democracia é o de que o poder do governo reside no povo.** Se o povo não pode ou não quer exercer diretamente esse poder, pode delegá-lo a representantes através de uma eleição direta e, desse modo, em vez de governar ele próprio, criar um governo. Portanto, a eleição livre é sua consequência, a luta competitiva pelo voto popular, é um critério secundário. **A democracia só pode ser definida como governo estabelecido mediante concorrência se invertermos a relação entre os dois critérios, transformando em critério fundamental a criação de um governo através de eleições livres. Essa inversão não apenas é incompatível com a essência da democracia,** como também está em conflito com o fato de que, até mesmo ali onde o corpo governamental é eleito, o sistema eleitoral mais democrático é aquele que elimina, ou pelo menos reduz ao mínimo, a luta competitiva pelo voto popular: o sistema da representação proporcional. (KELSEN, 2000c, p. 280, grifos nossos).

Com essa caracterização Kelsen afasta a interpretação que aproxima sua teoria democrática de uma teoria da liderança³⁵. A propósito, avançando nessa questão (da liderança), Kelsen julga temerária a valorização de uma “liderança eficiente” num regime político, pois aplicada à democracia, além de descaracterizá-la, aproxima-a de regimes autocráticos. Essa apreensão pode ser constatada na crítica kelseniana ao fascismo:

Entre as tentativas já mencionadas de tornar obscuro o antagonismo entre democracia e autocracia, a tendência a apresentar o problema da democracia como **um problema de liderança tem uma importância que não deve ser subestimada.** Tem sido evocada em função do inegável sucesso que o fascismo e o nacionalismo tiveram durante um certo tempo. Aspira a uma nova doutrina da democracia, a qual, em oposição à antiga, enfatiza a necessidade de uma liderança eficiente. Seu resultado é o conceito de uma democracia autoritária, o que sem dúvida é uma contradição em termos. Mas permitiu que os seguidores dessa doutrina vissem o fascismo como uma democracia. Um exemplo típico dessa doutrina é o exposto por Carl Schmitt, que desfrutou um sucesso passageiro

³⁵ No contexto de seus ensaios sobre democracia, num extremo interpretativo, pode-se dizer que se em *Essência e valor da democracia* (1920) Kelsen lança uma espécie de esboço de teoria da liderança (com a consideração sobre os “chefes”), em *Fundamentos da democracia* (1955) ele define a democracia como um conjunto de regras cuja propriedade principal é permitir a maior participação possível dos cidadãos nas decisões a que são submetidos.

como ideólogo do nacional-socialismo. (KELSEN, 2000c, p. 190, grifo nosso).

Note-se como vai se desenhando uma teoria democrática peculiar. Embora considere a ideologia democrática na construção do método, a democracia kelseniana não é uma democracia rousseauiana; por outro lado, embora o domínio do chefe seja inevitável em sua democracia, também não se trata de uma democracia de líderes nos termos schumpeterianos; ainda mais longe dela fica uma democracia de “liderança eficiente”, conforme defendida por Carl Schmitt.

Mas não apenas a categoria *domínio* carrega aspectos valorativos característicos da democracia kelseniana, como também a síntese de liberdade e igualdade. As próprias categorias da *eleição* e do sistema eleitoral, teorizadas ainda no ensaio de 1920, são retomadas no ensaio de 1955-56, explicitando novas exigências de cunho valorativo: “eleições democráticas são aquelas que se fundamentam no sufrágio universal, igualitário, livre e secreto” (...) “que o tenha sido com base em um “sistema eleitoral” (...) que “permita a todos a livre expressão de sua vontade política” (KELSEN, 2000c, 142 e ss). E eis aqui um ponto fulcral para exame. Talvez essa “livre expressão da *vontade política*”, seja o elemento teórico de maior precisão para refletir a peculiaridade da teoria democrática kelseniana.

Resgate-se por um instante o que fora apreendido por Kelsen sobre a questão da *vontade* na teoria tradicional da democracia. Em verdade, não apenas Kelsen, mas também Schumpeter sustentaram a impossibilidade de uma *vontade geral uniforme*, pois que não haveria nenhum *interesse geral* ou um *bem comum* predefinido e absoluto. Não obstante o argumento ser comum em ambos os autores, viu-se que as premissas nas quais se fundamentam o argumento são distintas, e geram, no desenvolvimento teórico de cada teoria, conclusões também distintas a respeito de uma *vontade diretiva*.

Ocorre que na teoria democrática de Schumpeter, o indivíduo não dispõe livremente sobre os assuntos públicos, manifestando sua opinião sobre as questões que lhe dizem respeito. Isto porque esta escolha, a princípio livre, não se processa necessariamente em termos racionais. Ela pode ser fruto de uma opinião individual que não ganha forma de modo mais elaborado e consciente pelo eleitor, mas sob

influências estranhas à vontade consciente e plenamente senhora de si (SCHUMPETER, 1961, p. 303 e ss).

Assim, o cidadão é descrito, em Schumpeter, como “sem independência nem racionalidade”; “deficiente cognitivamente”; movido apenas por “impulsos vagos” e “impressões errôneas” (SCHUMPETER, 1961, p. 303 e ss). Em Schumpeter, o cidadão comum não tem capacidade ou interesse político senão para escolher os líderes a quem incumbem tomar as decisões (uma teoria da liderança).³⁶

Essa premissa schumpeteriana impede a existência de uma *vontade genuína* por parte do cidadão, de maneira que qualquer *vontade*, na teoria de Schumpeter, será “manufaturada”, “artificialmente fabricada” (Schumpeter, 1961, p. 314); uma *vontade* formada pelos mecanismos do mercado, da publicidade comercial (veículos midiáticos) e da política (aqueles que estivessem dispostos a persuadir as massas no intuito de fazer prevalecer os seus interesses mais imediatos). Assim, num contexto decisório caracterizado por um cidadão irracional e uma vontade manufaturada, é a opinião do líder que importa.³⁷

Entendida a impossibilidade teórica de uma *vontade* digna de nota na formulação schumpeteriana, resta averiguar essa possibilidade em Kelsen. Assim, indaga-se: se não existe sentido em conceitos como *bem comum* e *vontade geral*, como então concretizar a *vontade do povo* sem os propósitos de uma homogeneização social?

Pois bem. Novamente se está em volta com a categoria da *vontade política*, mas não à toa. Acredita-se que esse elemento teórico pode servir como uma metonímia – no sentido exato de substituir o todo pela parte – da preocupação valorativa contida no método kelseniano. Delineia-se, assim, o contexto para se começar a responder à pergunta a pouco formulada. Ver-se-á como a premissa kelseniana conforma um raciocínio diverso do de Schumpeter.

Embora Kelsen afirme que “o indivíduo isolado não tem, politicamente, nenhuma existência real, não podendo exercer influência real sobre a formação da

³⁶ Essa importância do papel da liderança na teoria de Schumpeter também pode ser vista da seguinte forma: a função do eleitorado é eleger um líder, diretamente ou por meio da formação de um parlamento, que por sua vez elege o líder; eleito, o líder (que Schumpeter chama de primeiro ministro) logo se tornará, além de líder de seu partido e líder do parlamento, um líder nacional.

³⁷ Embora Schumpeter reconheça a existência de algumas vontades genuínas, estas só entram no debate quando algum líder as transforma em fatores políticos. (SCHUMPETER, 1961).

vontade do Estado” (KELSEN, 2000a, p. 39), esse mesmo indivíduo “tem uma vontade real” (KELSEN, 2000c, p. 141) que, conforme se verá, poderá se expressar por intermédio de partidos políticos, que por sua vez formarão uma “vontade política dos votantes” (efetivada apenas pelo líder).

Entretanto, antes de prosseguir, é preciso promover um rearranjo no significado do conceito de *povo* tal qual apreendido na teoria tradicional da democracia. Essa teoria, consoante Kelsen, falha por não diferenciar uma *unidade do povo* como “objeto de poder” (*povo* definido como conjunto de indivíduos submetidos a normas) e a *unidade do povo* como “sujeito de poder”:

Uma vez que o “povo”, que representa o substrato da ideia democrática, e o povo que comanda, e não o que é comandado, seria lícito, de um ponto de vista realista, reduzir ulteriormente a noção em questão. Na massa daqueles que, exercendo efetivamente os seus direitos, participam da formação da vontade do Estado, seria preciso fazer uma distinção entre aqueles que, como massa sem juízo, se deixam guiar pela influência dos outros, sem opinião própria, e **aqueles poucos que intervêm realmente com uma decisão pessoal – segundo a ideia de democracia –, conferindo determinada direção à formação da vontade comum.** (KELSEN, 2000a, p. 38, grifo nosso).³⁸

Para Kelsen, é preciso considerar a realidade democrática na qual a *unidade do povo* se dá no aspecto jurídico. E mais do que isso. É preciso compreender que o *povo*, como *sujeito de poder*, apenas se manifesta como tal quando intervêm efetivamente na criação das regras do direito:

A democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar, em que **a vontade geral diretiva só é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos.** Os direitos políticos – isto é, a liberdade – reduzem-se a um simples direito de voto. (KELSEN, 2000a, p. 43, grifo nosso).

Contudo, a despeito do fato de nem todos os cidadãos serem participantes da política, é possível a presença da diversidade de interesses e opiniões por intermédio tanto dos partidos políticos quanto do sistema representativo, conforme

³⁸ Poder-se-ia pensar, diante do excerto, que Kelsen desconsidera a vontade da “massa sem juízo” em detrimento de alguns poucos indivíduos “ativos”. Essa interpretação seria equivocada, pois confundiria uma realidade democrática com uma descaracterização da democracia em direção a uma autocracia. E nesse sentido, Kelsen entende que um indivíduo isolado não tem o direito de impor sua vontade aos outros; que diante de um líder que possua o conhecimento exclusivo do bem absoluto (e da *vontade geral*), é preferível que “uma maioria de homens ignorantes tenha poder de decisão”. (KELSEN, 2000e, p. 355).

se verá adiante. Há, portanto, nexos de significado entre as opiniões sociais e a disputa político-partidária.

Pois bem. Esclarecida a perspectiva kelseniana acerca do *indivíduo* como sujeito e do *povo* como sujeito, já é possível dar início à resposta àquela pergunta formulada: decisões políticas especificamente direcionadas consoante “a livre expressão de uma vontade política” podem ser formuladas, na democracia, por intermédio da maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos – e sem com isso forçar uma falsa homogeneização social.³⁹

Obviamente, é preciso dizer mais. Mas tenha-se em mente que a participação na criação da ordem estatal torna-se possível porque Kelsen concebe o cidadão como sujeito dotado de autonomia. Por outro lado, porque o povo, ainda que reduzido aos votantes, participa de um processo eleitoral no qual os eleitos representarão interesses sociais diversos que ao final, se encontrarão sintetizados numa *vontade diretiva*, ocorrida no seio do Estado e protegida pelo direito (mantendo-se, na essência, como um governo do povo).

De certo, essa *vontade* não é aquela categoria clássica de *vontade geral* “predefinida”, “uniforme” e “absoluta”. Em Kelsen, o conceito passa por uma ressignificação que se amolda no conceito de *vontade estatal*, tornando-se uma *vontade* “relativa”, mas considerada, em Kelsen, como uma *vontade* “geral” superior. Pragmaticamente, trata-se de um conteúdo geral e abstrato acerca de decisões sobre condutas da vida em sociedade, produto de um amplo e complexo processo que avalia e compõe uma pluralidade de interesses distintos e contraditórios entre os indivíduos.

Em verdade, há toda uma mudança de paradigma na teoria de Kelsen em relação à formação de uma *vontade geral*. A “vontade” não mais se origina no indivíduo como tal; ela passa a ter origem efetiva na pessoa anônima do Estado. E Kelsen expõe o motivo pelo qual ocorre essa mudança do sujeito do domínio: “O protesto contra o domínio exercido por alguém semelhante a nós leva, na consciência política, a um deslocamento do sujeito do domínio” (KELSEN, 2000a, p. 33).

³⁹ A questão sobre “a maioria” será abordada adiante.

Ocorre que com a mudança do sujeito de domínio, muda também, o sujeito da liberdade. Se antes a liberdade era vista como a liberdade do indivíduo (negativa) e tomada como um princípio da ordem social, agora ela passa a ser entendida como liberdade política (positiva), e já inserida numa ordem social. Dito de outro modo, é a liberdade da coletividade (positivada no Estado) que passa a ocupar o primeiro plano na teoria de Kelsen.⁴⁰

Todavia, ainda que submetido à ordem do Estado, o indivíduo permanece livre, pois “a liberdade do indivíduo substitui-se, como exigência fundamental, a soberania popular, ou, o que dá no mesmo, o Estado autônomo, livre” (KELSEN, 2000a, p. 34). Portanto, a mudança de paradigma não retira a liberdade do indivíduo: apenas a adequa à realidade estatal: é livre quando vota e manifesta a sua opinião; é livre quando participa da construção de uma *vontade diretiva*.

Resgate-se que a crítica kelseniana aos conceitos clássicos da teoria tradicional da democracia teve por objetivo verificar a aplicação da “ideologia” democrática a uma “realidade” democrática; ato contínuo, na formulação de sua teoria, Kelsen promove uma reinterpretação conceitual visando a uma síntese dialética entre ideia e realidade. Ora, foi exatamente isso que Kelsen fez quando criticara o conceito de *vontade geral* (considerando-o uma ficção), vislumbrando a impossibilidade de efetivação dessa *vontade* na prática concreta. E é exatamente visando à síntese daquela relação dialética entre ideia e realidade, que Kelsen reconceitua a categoria *povo*, a *liberdade* e a própria *vontade geral*.

Entretanto, a reconfiguração de um conceito político (*vontade geral*) em um conceito jurídico (*vontade estatal*) não desvincula o “valor” da teoria do “método” dessa teoria. A *vontade política* dos votantes (valor) está presente na própria formação de governo (método). Ao final, entende-se que “Democracia significa que a ‘vontade’ representada na ordem jurídica do Estado é idêntica às vontades dos sujeitos”. (KELSEN, 2000f, p. 406).

Contudo, diante de tantos conceitos abstratos, é preciso recuperar algo da realidade democrática teorizada por Kelsen. Trata-se de verificar de que maneira os valores idealizados no conceito de *vontade* se efetivam na realidade das instituições

⁴⁰ Nessa liberdade política ou social, ocorre uma limitação mútua das liberdades inerentes aos indivíduos como uma necessidade para a coexistência dos homens em sociedade.

(de que maneira o *valor* se realiza no *método*). Dito de outra maneira, deve-se investigar de que modo a “vontade política dos votantes” se concretiza do ponto de vista jurídico-institucional, prático. Nesse aspecto, a pesquisa se distancia um pouco do campo mais abstrato da Teoria Política para se inserir mais propriamente na esfera da Ciência Política e, ainda timidamente, na Teoria do Direito.

Muitos pensadores, ainda no século XIX, acreditavam e defendiam a liberdade e a igualdade como princípios democráticos. No entanto, na realidade do século XX passa a ser difícil conceber uma teoria democrática sem considerar, em conjunto, fatores “procedimentais” para a consecução desses valores, tais como representação política, sufrágio universal, existência do parlamento etc. – que inclusive poderiam comprometer esses próprios valores, pelos limites que lhe impunham. Portanto, uma teoria da democracia deveria ser capaz de demonstrar suas reais possibilidades de configuração institucional, considerando os ideais democráticos conjuntamente com as exigências colocadas pelo século XX. Era preciso pensar num método capaz de “positivar” os princípios democráticos.

Hans Kelsen sabia disso. E exatamente por ter essa consciência é que tratou de formatar um método que tornasse possível a construção de uma *vontade política*. Com um senso de realidade aguçado – e sem desprezar uma ideologia democrática –, Kelsen reconhece que a própria construção dessa *vontade* exige instituições e circunstâncias específicas de deliberação política. Assim, em sua formulação teórica sobre a democracia, figura no processo de formação da *vontade política* indivíduos reunidos em partidos políticos, um parlamento institucionalizado como foro decisório de deliberação e um sistema eleitoral adequado aos princípios democráticos. Tudo isso envolto num contexto de processos dialéticos entre governo e oposição, maioria e minoria, culminando na formatação de um conteúdo normativo – uma *vontade política* em termos kelsenianos, a *vontade estatal*.

Com o intuito de delinear as condições “reais” nas quais a democracia passa a operar na modernidade, Kelsen começa por descartar a ideia da democracia direta, pois no contexto da modernidade não é mais o povo que forma diretamente a *vontade do Estado*.⁴¹ Os escritos políticos de Kelsen referem-se a uma democracia

⁴¹ Segundo Kelsen, a democracia direta “é possível apenas em comunidades pequenas e sob condições sociais simples. Mesmo nas democracias diretas que encontramos entre as tribos

moderna, representativa e parlamentar. Trata-se de uma democracia na qual a função legislativa é exercida por um parlamento eleito pelo povo, e as funções administrativa e judiciária, por funcionários igualmente escolhidos por um eleitorado (KELSEN, 2000e, p. 413).

Em uma democracia parlamentar, o indivíduo isolado tem pouca influência sobre a criação dos órgãos legislativos e executivos. Para obter influência, ele tem de se associar a outros que compartilhem as suas opiniões políticas. Assim, se o indivíduo isolado politicamente não exerce influência real sobre a formação de uma *vontade diretiva*, o problema se resolve com a constituição do Estado consagrando a existência dos partidos políticos, de modo que os partidos tornam-se, na prática, órgãos de formação da *vontade do Estado*, democratizando a formação dessa *vontade*. Nos dizeres de Kelsen:

A democracia só poderá existir se os indivíduos se agruparem em partidos segundo suas afinidades políticas, com o fim de dirigir a vontade geral para os seus fins políticos, de tal forma que, entre o indivíduo e o Estado, se insiram aquelas formações coletivas que, como partidos políticos, sintetizem as vontades iguais de cada um dos indivíduos. (KELSEN, 2000a, p. 39-40).

Ademais, os partidos políticos também figuram na teorização kelseniana como mecanismos de racionalização do exercício do poder, que caminha *pari passu* com a democratização do Estado moderno. Bernard Manin esclarece a importância da presença dos partidos na formação da *vontade política*:

A partir da segunda metade do século XIX (...) a presença de partidos políticos na organização da expressão da vontade do eleitorado passou a ser vista como um componente essencial da democracia representativa. Além disso, os programas políticos também tinham um papel de reduzida importância no modelo original dos governos representativos: a própria ideia de plataforma política era praticamente desconhecida no final do século XVIII e início do século XIX. Mas com o aparecimento dos partidos de massa, os programas políticos passaram a ser um dos principais instrumentos da competição eleitoral. O aparecimento dos partidos de massa e de seus programas veio transformar a própria relação de representação. (MANIN, 1995, p. 1).

Note-se que na teorização kelseniana, se por um lado não há um ideal de uma solidariedade de interesses de todos os membros da coletividade sem distinção

germânicas e a Grécia antiga, o princípio democrático é consideravelmente restringido.” (KELSEN, 2000f, p. 412).

(como defendia a teoria democrática tradicional), resta o ideal de um *interesse geral* aos interesses dos grupos, por isso mesmo, dos partidos:

(...) já que num primeiro momento não existe um “povo” como potência prática, a evolução democrática faz, sim, com que a massa dos indivíduos isolados se agrupe e se constitua em partidos políticos desencadeando todas as forças sociais que, de algum modo, podem ser chamadas de “povo”. (KELSEN, 2000a, p. 42).

Considerando que o *Estado*, em Kelsen, do ponto de vista político, não é o instrumento do interesse geral de uma comunhão solidária, os partidos políticos tem um papel considerável na sua democratização (KELSEN, 2000a, p. 40). Ademais, considerando a oposição de interesses, a *vontade geral* – se não deve exprimir exclusivamente o interesse de um único grupo –, apenas pode ser a resultante, a conciliação entre interesses opostos. Desse modo, a formação do povo em partidos políticos é “uma organização necessária a fim de que esses acordos possam ser realizados, a fim de que a vontade geral possa mover-se ao longo de uma linha média” (KELSEN, 2000a, p. 41).

Extraí-se do exposto a já comentada abordagem kelseniana entre ideia e realidade: a democracia renuncia à ficção de uma *vontade geral* “orgânica” (baseada na ideia de *povo*) e realiza-se, concretamente (realidade) nos partidos. Kelsen apoia-se inclusive na história para valorizá-los como componentes da democracia: “Em todas as democracias uma evolução irresistível leva a uma organização do ‘povo’ em ‘partidos’” (KELSEN, 2000a, p. 42). Em Kelsen, os partidos políticos tornam-se um dos elementos mais importantes da democracia “real”; todavia, a ideologia democrática permanece – em termos essencialmente kelsenianos – na teorização de uma democracia de partido, que não pode ser avaliada fora de seu contexto – que aproximava eleitor e partido. Consoante explica Bernard Manin:

A existência de partidos organizados aproximava os representantes dos representados. Os candidatos passaram a ser escolhidos pela organização partidária, na qual militantes de base tinham a oportunidade de se manifestar. A massa do povo podia, assim, ter uma certa participação na seleção de candidatos e escolher pessoas que compartilhassem de sua situação econômica e de suas preocupações. (...) Apresentando-se diante dos eleitores com um programa, os partidos pareciam dar aos próprios cidadãos a possibilidade de determinar a política a ser seguida. (MANIN, 1995, p. 1).

Note-se, portanto, que Kelsen busca a construção da *vontade diretiva* através da “democracia de partido”, vislumbrando inclusive uma independência parcial dos representantes do povo. Novamente Manin esclarece o contexto:

(...) Na democracia de partido, os representantes não são mais indivíduos livres para votar segundo sua consciência e julgamento: eles estão presos à disciplina partidária e dependem do partido que os elegeu. (MANIN, 1995, p. 12).⁴²

Mas a preocupação de Kelsen com a *vontade* dos indivíduos reunida nos partidos vai além, pois “não se pode rejeitar categoricamente a ideia de um controle permanente dos deputados por parte dos grupos de eleitores constituídos em partidos políticos.” (KELSEN, 2000a, p. 54-55). Ora, se os representantes estão presos ao partido, resta garantir ao partido um controle eficiente dos seus deputados. E Kelsen enfrenta esse problema propondo que os representantes deveriam ser obrigados a renunciar ao mandato se abandonassem o partido; e os partidos deveriam ter o direito de destituir o deputado. (KELSEN, 2000a, p. 56).

Por outro lado, Kelsen tratou de defender a instituição dos partidos ao refutar ideias que pretendiam substituí-los como fatores da formação da *vontade do Estado* por agrupamentos profissionais. Kelsen descarta a adoção desse tipo de representação (corporativista) por não considerá-lo democrático:

Tal sistema eleitoral nega implicitamente a igualdade de todos os cidadãos, e, em consequência, os mandatos são distribuídos entre os vários grupos, não de acordo com a sua força numérica, mas de acordo com a sua alegada importância social. Como é impossível encontrar um critério objetivo para determinar a importância social dos diferentes grupos, muitas vezes este sistema nada mais é que uma ideologia, cuja função é dissimular o domínio de um grupo sobre outro. (KELSEN, 2000f, p. 425).

Nesse ponto, é curioso notar como ideias contemporâneas sobre corporativismo (como as encontradas em Hirst, por exemplo)⁴³ já eram combatidas

⁴² Não é á toa que, segundo o próprio Bernard Manin, os escritos de Hans Kelsen “formulam, de maneira exemplar, os princípios da democracia de partido.” (MANIN, 1995, p. 12).

⁴³ Paul Hirst em seu livro *A Democracia Representativa e Seus Limites*, critica o baixo nível de participação do cidadão e de efetiva fiscalização do processo de tomada de decisão governamental na democracia representativa; defende a importância de dispositivos corporativos para a ampliação da influência democrática. Segundo ele, o corporativismo é “um suplemento valioso para a democracia representativa e tende a sê-lo porque é conveniente para a gestão da economia”. (HIRST, 1992, p. 19). Acompanhando a tradição kelseniana, Bobbio preconiza uma postura anticorporativista, salientando que para o futuro da democracia, as formas de representação funcional e corporativa são inferiores às territoriais, como processos amplos de representação nacional e política. (BOBBIO, 1986).

por Kelsen ainda na década de 1920 (basta ver o debate que Kelsen travou com o corporativista italiano Arnaldo Volpicelli)⁴⁴. Seja como for, registre-se que na democracia parlamentar kelseniana, os partidos políticos são um veículo essencial para a formação da *vontade pública*.

Constatou-se que no modelo de democracia de partido kelseniano, os homens se agrupam nas instituições partidárias de acordo com as afinidades de seus interesses e de suas *vontades políticas*. Contudo, é no âmbito do parlamento, corpo colegiado, que essas *vontades* refletem os conflitos sociais que se desenvolvem na disputa política, pois é órgão criado para a função legislativa. E na democracia de partido o parlamento tende a refletir essa força com muita precisão. O parlamento emerge, assim, como *locus* de avaliação e registro da força relativa dos interesses sociais em luta e, por outro lado, também como um instrumento de formação da *vontade política diretiva*.

Kelsen teoriza que no Estado moderno é no parlamento que o povo, por intermédio de seus representantes eleitos segundo o processo eleitoral vigente, torna factível a materialização dos interesses individuais e coletivos na *vontade política do Estado*. Estatuído através de uma técnica de racionalização das diferenças, o parlamento figura como órgão que possibilita as transações das mais diversas posições ideológicas. Implica a discussão e tende a viabilizar uma *vontade* manifestada pelas diferentes forças políticas a sintetizar uma *vontade geral estatal*.⁴⁵ Embora Kelsen reconheça que “parlamentarismo e democracia não são a mesma coisa” (KELSEN, p. 112), argumenta que até mesmo historicamente, o movimento democrático sempre teve no parlamento seu principal ponto de apoio:

A luta travada no fim do século XVIII e no início do século XIX contra a autocracia foi essencialmente uma luta em favor da instituição parlamentar. De uma constituição que concede a representação popular um papel decisivo na formação da vontade estatal e põe fim a ditadura do monarca

⁴⁴ O professor Mario Losano traz à baila esse debate entre Kelsen e Arnaldo Volpicelli, autor italiano, corifeu do fascismo e representante do corporativismo italiano: “Enquanto das páginas de Kelsen transparece o lema ‘liberdade, igualdade, fraternidade’; daquelas de Volpicelli, o lema ‘Crer, obedecer, combater’.” (LOSANO, 2013, p. 304).

⁴⁵ Esse apelo ao racionalismo manifesta, em Kelsen, a aversão a ideologias religiosas e metafísicas utilizadas pela autocracia para manter seu poder.

absoluto ou aos privilégios de uma organização jurídica por castas. (KELSEN, 2000a, p. 111).⁴⁶

Extrai-se do excerto a importância da *representação popular* na formação da *vontade estatal* e do parlamento nesse contexto.

Todavia, embora Kelsen argumente a favor da democracia representativa-parlamentar, também propõe mecanismos de atuação direta, como a iniciativa popular (em que o parlamento decide propostas de legislação subscritas por um determinado número de cidadãos), o plebiscito (decidido a partir de certos projetos de lei propostos pelo parlamento e que devem ser submetidos ao voto popular antes de obter força de lei), e o *referendum*, (instituto convocado “posteriormente”, cabendo ao povo ratificar ou rejeitar a proposta), que se insurgem também como elementos formadores da *vontade diretiva*.

No contexto da abordagem kelseniana, a teorização sobre o parlamento também busca adaptar a ideologia democrática à sua efetividade concreta, relacionando ideia e realidade, valor e método. Nesse sentido, o parlamento é vislumbrado como órgão representante dos “eleitores”, e não como nos termos da teoria tradicional, como “legisladores do povo”.⁴⁷ Nesse aspecto, a “representação” parlamentar é mera técnica legislativa, fruto da divisão do trabalho:

A diferenciação das condições sociais conduz a uma divisão de trabalho não apenas na produção econômica, mas também no domínio da criação de lei. A função do governo é transferida dos cidadãos organizados em assembleia popular para órgãos especiais. (KELSEN, 2000f, p. 413).

O parlamento se caracteriza como órgão especial, via institucional (método) através da qual os interesses sociais conflitantes podem dialogar de modo regular e

⁴⁶ Kelsen destaca ainda que um dos méritos do parlamentarismo como forma de governo dos séculos XIX e XX foi a completa emancipação da classe burguesa ante os privilégios da nobreza e, mais tarde, a equiparação política do proletariado e, por conseguinte, o início da sua emancipação moral e econômica diante da classe capitalista. (KELSEN, 2000b, p. 111).

⁴⁷ Sobre mandato imperativo em Kelsen: “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 impératif* 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 mais bem 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.” (KELSEN, 2000f, p. 418).

estabelecer consensos (valores). Em Kelsen, a ideologia do parlamento reflete-se no compromisso buscado através da discussão (a ideia do compromisso é a ideia que o sustenta).⁴⁸

Na caracterização do parlamento, pode-se, curiosamente, valer-se da interpretação de Carl Schmitt, um crítico do parlamentarismo: “O parlamento é o lugar em que se delibera, isto é, em que, mediante um procedimento polêmico, contrapondo argumento a argumento, conquista-se a verdade relativa” (SCHMITT, *apud* KELSEN, p. 372).

Segundo Kelsen, a própria existência da democracia moderna depende do fato de o parlamento ser um instrumento para resolver os problemas sociais. Calcado na história e nas características do instituto, Kelsen argumenta que “Não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo não seja a única forma real possível em que possa realizar-se, na realidade social hodierna, a ideia da democracia (...)” (KELSEN, p. 112). Ao lado dos partidos, o parlamento é elemento de uma democracia real e formador da *vontade diretiva estatal*.

Entretanto, é de se esperar que esse cenário teórico – no qual as forças se equilibram – gerem, em algum momento, conflitos sociais que levem ao rompimento do compromisso e a um confronto violento (abominado por Kelsen). Recorra-se novamente a Manin (1995, p. 12) acerca do contexto de formação da *vontade política* numa democracia parlamentar:

(...) numa sociedade em que o principal organismo político reflete, com distorções mínimas, a luta pelo poder de interesses contraditórios e solidamente unificados, sempre se corre o risco de um confronto violento. Como as pessoas se vinculam a um campo ou outro em virtude de seus interesses e crenças, se um desses campos vencer e tentar impor sua vontade, as que estão no campo contrário sofrerão uma derrota total, que afetará todos os setores de suas vidas, e isso poderá induzi-las a recorrer à violência. (MANIN, 1995, p. 13).⁴⁹

⁴⁸ Kelsen criticara o conceito de *soberania e representação* assim como teorizado nos termos da teoria tradicional; e essa crítica atingia também o parlamento, no sentido de uma “escassa afinidade existente entre a ideia de representação e o princípio democrático”. Essa *representação* não se consubstancia, como quer a teoria tradicional, numa “vontade comum”; a *representação* do parlamento é mera técnica legislativa fruto da divisão do trabalho.

⁴⁹ Discorrendo sobre esse mesmo contexto, afirma Manin: “Ao longo da história, os partidos social-democratas só chegaram ao poder, e nele se mantiveram, quando aceitaram o princípio da conciliação. Essa aceitação foi marcada de maneira simbólica pela escolha de uma estratégia de coalizão quando dominaram o governo pela primeira vez. Ao formar uma coalizão, o partido se coloca deliberadamente numa situação de não poder realizar todos seus projetos. Ele escolhe

Pois bem. Diante desse contexto de interesses opostos é preciso chegar a uma conciliação. E consoante o próprio Manin, “Kelsen (...) vê no conceito de conciliação a pedra angular da democracia” (MANIN, 1995, p. 13). Diante do risco de conflitos nesse estado de coisas, só mesmo um compromisso entre atores sociais de ideias diferentes pode sustentar a democracia. E é exatamente por isso que Kelsen teoriza a respeito do princípio da maioria.⁵⁰

Aplicando seu método dialético (entre ideia e realidade), Kelsen argumenta que devido à impossibilidade de unanimidade de todos os indivíduos na formação da *vontade social* (ideal de autodeterminação na sua forma pura e irrestrita)⁵¹, deve-se privar dessa formação o menor número possível de indivíduos (solução para uma realidade possível), o que resulta na defesa do princípio da maioria na formação dessa *vontade*.⁵²

Do ponto de vista valorativo, o princípio da maioria não representa a “tirania da maioria”, e sim – nos dizeres de Celso Campilongo –, a “maximização da liberdade” (CAMPILONGO, 2000, p. 38). É dizer, conforme Kelsen o faz, que “da ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior numero o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor numero deles” (KELSEN, 2000a, p. 32). Argumentos semelhantes são encontrados em Bobbio (técnica de tomada de decisões coletivas); Elias Berg (ampla e igual participação e aproximação entre governantes e governados); Elaine Spitz (prática social de legitimidade finita e constantemente revista).⁵³

Já o ideal da igualdade (outro valor da democracia kelseniana) figura em seu sentido secundário à ideia de liberdade, pois se os indivíduos têm igual valor político,

aceitar uma vontade que não é a sua. Por outro lado, a representação proporcional raras vezes produz uma maioria absoluta no Parlamento; constitui, portanto, um estímulo à adoção de uma estratégia de coalizão.” (MANIN, 1995, p. 13).

⁵⁰ Em *Os problemas do parlamentarismo* – e mesmo em outros ensaios sobre o tema –, Kelsen busca refutar as teses que pretendem descaracterizar o parlamentarismo como um elemento democrático. Nesse sentido, as críticas dirigidas ao parlamento (no sentido de este ter se tornado pouco representativo da vontade do povo, falseando os ideais democráticos), servem, segundo Kelsen, apenas para invocar regimes diversos do democrático. Para ele, “a condenação do parlamentarismo é, ao mesmo tempo, a condenação da democracia”. (KELSEN, 2000b, p. 112).

⁵¹ Uma ordem social genuína é incompatível com o grau máximo de autodeterminação. (KELSEN, 1998, p. 409).

⁵² Em Kelsen, o princípio de autodeterminação continua sendo a base de uma organização social, embora tenha de ser restringido de algum modo (e a restrição necessária dessa liberdade é feita por intermédio do princípio de maioria).

⁵³ A respeito do princípio da maioria, conferir o minucioso trabalho de CAMPILONGO (2000).

todos têm o mesmo direito à liberdade. Assim, o princípio da maioria, e, portanto, a ideia de democracia, é uma síntese das ideias de liberdade e igualdade.

Para fazer valer a maximização da liberdade individual, do ponto de vista prático, a “maioria” vislumbrada por Kelsen é a maioria simples e não a maioria qualificada. A maioria simples, absoluta, permite uma aproximação constante e um ajuste renovado entre *vontade individual* e ordem estatal, tornando possível, ao mesmo tempo, a liberdade do maior número de indivíduos e a modificação da *vontade coletiva*. E se configura como a fórmula mais próxima da pluralidade de opiniões de uma democracia direta:

Segundo esse princípio, dentre os sujeitos da ordem social, o número dos que a aprovam será sempre maior que o número dos que a desaprovam - inteiramente ou em parte -, mas que permanecem obrigados pela ordem. No momento em que o número dos que desaprovam a ordem, ou dos que desaprovam uma das suas normas, se torna maior que o número dos que a aprovam, é possível uma mudança por meio da qual seja restabelecida uma situação na qual a ordem esteja em concordância com um número de sujeitos maior que o número de sujeitos com quem está em discordância. (KELSEN, 2000f, p. 410).

Caso se estabelecesse a maioria qualificada como critério para a formação da *vontade* (por exemplo, por um voto majoritário de dois terços ou de três quartos) então um único indivíduo, ou uma minoria de indivíduos, poderia impedir uma modificação na ordem, criando obstáculos à mudança da *vontade estatal*. E isto forneceria à maioria um valor maior do que, a princípio, valeria; e mais: obrigaria os indivíduos a se agruparem em torno de ideias que não necessariamente são as suas originalmente.

Contudo, o princípio da maioria, embora represente a maximização (possível) da liberdade como autodeterminação, deve ser compreendido em Kelsen como princípio da “maioria-minoria”, haja vista que Kelsen reconhece autoridade deliberativa à minoria na formação da *vontade geral*.

Nesse sentido, a opinião da minoria não é representada pela maioria, pela opinião daqueles que identificaram o “bem comum”; ela permanece como opinião minoritária “legítima”, configurando uma situação na qual àqueles indivíduos que não seguem a maioria podem continuar a existir como minoria. E mais do que isso:

podem, a qualquer momento, expressar livremente sua opinião – e com plena oportunidade de tornar-se maioria.⁵⁴

Diante da compreensão de que a *vontade geral* é constituída a partir da agregação das decisões individuais, não há, nessa teorização, possibilidades do domínio absoluto de uma maioria. O princípio de maioria em uma democracia é observado apenas se todos os cidadãos tiverem permissão para participar da criação da ordem jurídica, embora o seu conteúdo seja determinado pela *vontade* da maioria.⁵⁵ (KELSEN, 2000a, p. 106). Nesse sentido, a relação é “dinâmica”: os indivíduos admitem que sua posição de domínio possa vir a ser alterada (alternância entre maioria e minoria); e que, em outro sentido, eles próprios, como indivíduos, possam mudar de opinião, em conformidade com a alteração da própria *vontade* individual.

Portanto, o princípio da maioria-minoria preconiza que a *vontade* da comunidade seja sempre criada através da discussão contínua entre maioria e minoria, através da livre consideração de argumentos a favor e contra certa regulamentação de uma matéria. A construção da *vontade política* deve submeter as questões controversas à uma solução conciliatória ao fim da discussão, valorizando o papel da minoria (que terá seus direitos positivados na ordem jurídico-estatal). E consoante Kelsen, “quanto mais forte for a minoria, mais a política da democracia se tornará uma política de compromisso” (KELSEN, 2000a, p. 106). Por fim, tem-se que maioria e minoria afetam-se e limitam-se mutuamente.⁵⁶

Todavia, resta ainda institucionalizar o direito da minoria, a fim de conservar seus ideais, o que, embora limite a *vontade* da maioria, faz com que o sistema democrático seja preservado. Isto é possível mediante a positivação de direitos individuais. Mais uma vez, tem-se a adaptação de uma ideologia à realidade concreta; e, por outro lado, a formatação de um método que carrega consigo, intrinsecamente, valores democráticos. Entretanto, não faltam críticas a essa concepção.

⁵⁴ Em Rousseau, uma opinião minoritária, uma vez tornada majoritária, não poderia ser considerada legítima.

⁵⁵ Ver-se-á logo a seguir a importante relação produzida por Kelsen entre democracia e Constituição, no sentido da proteção desse vínculo maioria/minoria.

⁵⁶ Segundo Kelsen, de uma maneira diferente da pensada por Rousseau, ocorre uma síntese entre maioria e minoria na esfera política, que expressa, a seu modo, a *vontade geral*.

Carl Schmitt, ideólogo do nacional-socialismo e teórico do decisionismo, argumentará que a *vontade do povo* nada tem a ver com a *vontade majoritária*, porque, regra geral, a opinião pública somente é produzida por uma minoria ativa e politicamente interessada do povo.⁵⁷ Kelsen repudia essa argumentação e afirma que a apreensão de Schmitt apenas visa eliminar a diferença entre democracia e ditadura (KELSEN, 2000b, p. 380, nota 49).

Por sua vez, marxistas como Max Adler alegarão que não é possível aplicar o princípio da maioria numa sociedade dividida por classe, mas apenas em uma sociedade homogênea.⁵⁸ Kelsen responde a essa tese apontando para a premissa equivocada desse raciocínio, pois não há sociedade humana na qual exista uma harmonia essencial de interesses. E ainda, esclarecendo que a “harmonia” deve ser “criada mediante compromissos permanentes e incessantemente renovados, já que até mesmo as divergências de opiniões mais secundárias podem levar a conflitos de interesses de vital importância” (KELSEN, 2000a, p. 77). Kelsen ainda observa que, em verdade, o princípio de maioria é rejeitado pelos marxistas porque é rejeitado o compromisso que constitui uma premissa para a realização de tal princípio.

Tendo consignado que a *vontade* de um Estado democrático deve conter as expressões políticas das mais diversas posições existentes na sociedade, resta, na configuração dessa *vontade*, optar pelo sistema eleitoral proporcional. Kelsen alega que a representação proporcional é necessária para que a verdadeira estrutura de interesses se refletisse na composição do parlamento e, segundo ele:

Não pode haver dúvida de que um corpo governamental em que todos os grupos políticos estejam representados tem muito mais probabilidades de expressar a vontade popular do que um corpo no qual apenas o grupo majoritário, ou o grupo majoritário e um grupo minoritário, estejam representados. (KELSEN, 2000c, p. 281).

⁵⁷ Carl Schmitt afirmara que o princípio da maioria não era especificamente democrático, mas liberal; que a *vontade do povo* nada tem a ver com o procedimento do voto secreto e com a determinação estatística da vontade majoritária. Em tal caso, nem mesmo se pode dar por certo que uma eleição secreta subsequente irá confirmar a manifestação e a expressão espontâneas da *vontade popular*. Isso porque a opinião pública, regra geral, só é produzida por uma minoria ativa e politicamente interessada do povo. (SCHMITT, *apud* KELSEN, 2000b, p. 380, nota 49).

⁵⁸ Para Max Adler, segundo relato de Kelsen, o princípio majoritário só poderia encontrar aplicação numa sociedade fundada em plena comunhão de interesses entre seus membros, e não numa sociedade dividida pela oposição de classes, já que tal princípio só seria oportuno na conciliação de diferenças de opiniões puramente técnicas, mas não na solução de conflitos de interesses vitais. (KELSEN, 2000a, pp. 76-77).

A maior probabilidade de expressar a *vontade popular* nesse sistema, diferentemente do sistema majoritário⁵⁹, decorre do fato que no sistema proporcional todo representante é eleito somente com os votos de seu próprio grupo – sem ser eleito contra os votos de outro grupo. Isto assegura a presença no parlamento do maior número de tendências e interesses possível, reflete melhor a própria relação entre composição das representações partidárias e tendências políticas presentes na sociedade. Aliás, virtualmente, é impossível nesse sistema, a eleição de um partido que não encontra respaldo no eleitorado.⁶⁰ Kelsen explica assim a lógica do sistema proporcional:

Esse sistema se caracteriza pelo fato de que, no processo eleitoral, a relação maioria-minoria perde sua importância. Para ser representado, um grupo político não precisa compreender a maioria dos eleitores, pois cada grupo é representado, ainda que não se trate de um grupo majoritário, de acordo com sua força numérica. Para ser representado, um grupo político deve possuir apenas um número mínimo de membros. (...) E uma das maiores vantagens do sistema de representação proporcional está em que nenhuma disputa entre candidatos de diferentes partidos políticos se faz necessária. (KELSEN, 2000c, p. 280).

Mas entre as vantagens do sistema proporcional está ainda o fato de que não só as várias expressões políticas da sociedade, mas também uma representação muito mais precisa das correntes minoritárias na construção da *vontade política*. De fato, uma eleição proporcional assegura que a força relativa dos partidos no corpo representativo seja a mesma que no corpo eleitoral. Ademais, a lógica do sistema proporcional serve ainda a Kelsen para contrapor-se àquele argumento schumpeteriano de que o método democrático se caracteriza pela concorrência. Nesse sentido, Kelsen aduz que o sistema eleitoral mais democrático é exatamente aquele que elimina, ou pelo menos reduz ao mínimo, a luta competitiva pelo voto popular:

O sistema de representação proporcional é a máxima aproximação possível ao ideal de autodeterminação no âmbito de uma democracia representativa e, portanto, o tipo mais democrático de sistema eleitoral, exatamente pelo fato de não exigir uma luta competitiva pelo voto popular (KELSEN, 2000c, p. 281).

⁵⁹ Nesse sistema, todo representante é eleito com os votos de um grupo, a maioria, contra os votos de outro grupo, a minoria.

⁶⁰ Por outro lado, segundo comentário de Manin, “a representação proporcional raras vezes produz uma maioria absoluta no Parlamento; constitui, portanto, um estímulo à adoção de uma estratégia de coalizão”. (MANIN, 1995, p. 13).

Destaque-se o componente valorativo do sistema. Teorizando sobre a representação proporcional, Kelsen visa à adequação do ideal de autodeterminação nos quadrantes de uma democracia representativa. Aliás, considerando o valor da igualdade na teoria democrática de Kelsen, cumpre salientar a relevância que Kelsen atribui ao direito de sufrágio. Convém resgatar suas próprias palavras a esse respeito:

Está na natureza da democracia que o direito de sufrágio deva ser universal. Ao mínimo possível de indivíduos deveria ser excluído esse direito, e a idade mínima para que o direito seja obtido deveria ser a mais baixa possível. É especialmente incompatível com a ideia democrática de sufrágio universal excluir mulheres ou indivíduos pertencentes a certa profissão, como, por exemplo, soldados ou sacerdotes. **A democracia exige que o direito de sufrágio seja não apenas tão universal quanto possível, mas também que seja tão igualitário quanto possível. Isso significa que a influência que cada votante exerce sobre o resultado da eleição deve ser o mesmo ou, em outros termos, que o peso do voto de cada eleitor deve ser igual ao de cada um dos outros votantes.** (KELSEN, 2000f, p. 419, grifo nosso).

Extraí-se do excerto – como de todo o procedimento institucional em que se funda a *vontade estatal* –, que se torna cada vez mais clara a presença de um conteúdo axiológico intrínseco ao método kelseniano. Aborde-se a seguir o aspecto eminentemente jurídico dessa democracia.

3 Um modelo institucional “jurídico” de democracia

Constata-se que na busca pela concretização da *vontade estatal* na formatação das regras do jogo democrático, Kelsen migra dos valores para o campo institucional. Mas a dimensão política de sua democracia somente pode ser apreendida rigorosamente quando vinculada à sua compreensão “jurídica”, esfera capaz de assegurar que essa *vontade* permaneça de acordo com os princípios democráticos. Assim, logo de início, deve-se apreender a democracia kelseniana como uma democracia *jurídica*, a princípio, ao menos ao nível da legislação, ou seja, democracia como método para a criação das normas (cujo conteúdo, politicamente, representa a *vontade estatal*).⁶¹

⁶¹ Se a legislação é democrática, isto é, se ela expressa a *vontade do povo*, então, em tese, quanto mais a execução corresponder ao postulado de legalidade, mais democrática ela será. Mas esta assertiva ainda será problematizada adiante (pois a legalidade ou fidelidade de execução não está necessariamente melhor garantida por uma organização democrática).

A democracia é certamente caracterizada por normas que instituem procedimentos, através dos quais os conflitos devem encontrar uma saída, a fim de se conquistar o poder político e fazer valer os diversos interesses das partes. Através do procedimento os contrastes sociais são racionalizados (racionalidade weberiana), ao invés de desembocarem em violência, sendo geridos por um método que privilegia a dialética, o intercâmbio de opiniões e o compromisso, ainda se afirmando a *vontade* da maioria. Nesse cenário, Estado e direito se colocam como condições necessárias para a existência concreta da democracia, compondo uma verdadeira tríade entre “democracia, Estado e direito”.

Os regimes políticos em Kelsen – que para ele se resumem à democracia e à autocracia –, podem ser definidos como a forma de organização dos governos; mais precisamente, forma de organização do poder de governar. Ocorre que essa forma política somente se origina por intermédio de criação normativa, ou seja, através do direito, de modo que, em Kelsen, regime político e forma de governo são, precisamente, formas jurídicas (independentemente de serem democráticas ou autocráticas).

Ademais, na teoria kelseniana há uma nítida identificação do Estado com o direito. Diferentemente de concepções que apreendem o Estado como uma entidade diferente da massa dos seres humanos individuais (uma realidade supra individual e, de certo modo, coletiva), o *Estado* kelseniano nada mais é que uma ordem normativa específica que regula o comportamento mútuo dos homens. O poder do Estado é a validade e a eficácia da ordem jurídica, de maneira que o Estado culmina por dissolver-se no direito. Portanto, não apenas os regimes políticos e as forma de governo, mas também as formas de Estado são consideradas, em Kelsen, como formas jurídicas.

Por seu turno, a democracia, se concebida originalmente como regime político ou forma de governo, converter-se-á, em Kelsen, em “forma de Estado” e, conseqüentemente, em processo de criação da ordem jurídica. Assim, se politicamente ela se caracteriza por uma “vontade estatal” ou “um governo do povo”, juridicamente ela é um sistema normativo. Desse modo, a democracia kelseniana é mais do que sua forma política na formação da *vontade do Estado*; é também sua forma jurídica na criação da ordem normativa-estatal.

Entretanto, resgate-se que a democracia difere da forma jurídica da autocracia por ser um sistema no qual o povo participa da criação da ordem jurídica. É dizer: uma ordem jurídica e todas as normas que compõem essa ordem, quando são criadas com a participação daqueles que são a ela submetidos, torna-se uma ordem jurídica “democrática”.

Na democracia kelseniana, a legislação é vista como base de outras funções do Estado. A democracia é o primado da lei, o governo da lei impessoal (e não o governo dos homens), à qual as instituições políticas se submetem. Tem-se então que a democracia kelseniana não pode ser concebida como desvinculada do direito, pois segundo Kelsen “sem a autolimitação representada pelo princípio da legalidade, ela se autodestrói” (KELSEN, 2000a, p. 84). Assim, a ordem democrática kelseniana é aquela ancorada na existência do Estado de Direito.⁶²

Contudo, é preciso ressaltar ainda que os princípios democráticos precisam estar positivados numa Constituição, de modo que se pode dizer que a democracia de Kelsen baseia-se num Estado de Direito democrático “constitucional”. Nesse sentido, afirma Kelsen:

Só depois que, através do ato legislativo, certo valor político adquire valor jurídico, só depois que certa direção política (...) é determinada em conformidade com a constituição, deixa de ocorrer, em torno da execução da lei, um conflito de interesses políticos opostos. (KELSEN, 2000f, p. 84).

Essa relação entre democracia e constitucionalismo é central na teoria kelseniana. Como exemplo, basta observar que a regra da maioria, característica da democracia, encontra sua contrapartida exatamente na proteção às minorias, garantidas pelo constitucionalismo. De fato, a Constituição assume, em Kelsen, o *status* de marco jurídico a preordenar a atuação dos atores no cenário político.⁶³

⁶² O que não significa que somente haja legalidade na democracia. O próprio Kelsen problematiza essa ideia quando afirma que: “A legalidade, às vezes, é mais bem protegida sob uma organização de administração comparativamente autocrática do que sob uma radicalmente democrática. E quando a legislação é democrática, o melhor método de garantir a legalidade da execução também é democrático.” (KELSEN, 2000f, p. 428).

⁶³ A relevância da ordem constitucional para os ambientes democráticos já fora intensamente cultivada por Hamilton, Madison e Jefferson e é ideia que permanece entre autores contemporâneos. Consoante Monica Herman Caggiano, a democracia “Encontra, pois, ambiente efetivamente propício ao seu florescimento na linha evolutiva do constitucionalismo que lhe oferece a garantia da presença e perpetuidade das instituições. A ideia de Constituição, destarte, entendida como um documento a remodelar o poder, a assegurar governos moderados, limitados e o

Na preocupação com a legalidade, consoante o próprio Kelsen, há “uma clara intenção de determinar, mediante uma lei preestabelecida, os atos individuais dos tribunais e órgãos administrativos, de modo a torná-los – o máximo possível – calculáveis” (KELSEN, 2000b, p. 185). Assim, a legalidade atinge não apenas as normas gerais dos regulamentos, mas também normas individuais, de modo que se afaste qualquer influência política sobre a execução das leis, tanto por parte dos tribunais quanto por parte das autoridades administrativas.

Mas para garantir que a democracia não seja desvirtualizada, todas essas normas devem ser submetidas a um controle jurisdicional, não apenas as normas individuais estabelecidas pelos atos administrativos (em sua conformidade à lei), mas também as normas gerais dos regulamentos (com base em sua conformidade a constituição): “O destino da democracia moderna depende em grande medida de uma organização sistemática de todas essas instituições de controle” (KELSEN, 2000a, p. 84).⁶⁴

Tal controle é realizado pela “justiça constitucional”, um setor independente do legislativo e do executivo. A justiça constitucional visa assegurar que a coerência das leis com os princípios democráticos, de modo a garantir a própria existência da minoria na democracia. Ressalte-se, assim, que entre as preocupações de Kelsen, está não apenas o procedimento legislativo de criação normativa – que caracteriza a democracia –, mas também o seu “controle”.

Tudo isso serve para demonstrar que, em última instância, a *vontade estatal* kelseniana é garantida pelo direito e pode ser vista no próprio conteúdo da Constituição, pois ela abriga a *soberania popular* (liberdade positiva) e os direitos individuais (liberdade negativa) ou, se se preferir, a autonomia pública e a autonomia privada. Desse modo, a democracia kelseniana implica o primado da constituição para a garantia das regras procedimentais de formação da *vontade política* e proteção das minorias e do pluralismo⁶⁵. Na Constituição democrática “kelseniana”, a expressão da “vontade popular” é obra dos representantes do povo (leia-se

respeito aos direitos fundamentais, aparece indissociável da evolução democrática.” Conferir CAGGIANO (2011, p. 7).

⁶⁴ Nesse sentido, “constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença, ato de execução, são simplesmente os estados típicos da vontade coletiva no Estado moderno” (KELSEN, 1988, 110).

⁶⁵ Vide em Bercovici correntes teóricas que imputam maior valor ao Constitucionalismo em detrimento da Constituição. (BERCOVICI, 2013, p. 17).

maioria) acolhidos no poder legislativo; como a necessária limitação da “soberania popular”, a Constituição vincula atos jurídicos que guardam os direitos das minorias.

De todo o exposto no capítulo, nota-se que a teoria kelseniana não se diferencia apenas da “teoria clássica da democracia” – ao se dedicar ao “método” democrático e a rever aspectos de sua ideologia –, mas também da teoria de Schumpeter. Esta, embora democrática, caracteriza-se por ser antiplebéia e se conforma na apatia política. Já na teoria de Kelsen, configura-se a formação de governos democráticos com efetiva participação popular. Observe-se a respeito o seguinte quadro comparativo:

Quadro comparativo das teorias democráticas

TEMA	SCHUMPETER	KELSEN
Proposta teórica	Compatibilidade entre democracia e socialismo	Diferenças entre democracia e autocracia
Ideologia	Praticamente cético	Democrata convicto
Análise	Institucional	Ideológica e institucional
Perspectiva	Democracia como método político	Democracia como método político considerada a ideologia
Metodologia	Supostamente descritiva	Supostamente descritiva
Construção analógica	Entre política e economia	Entre política e filosofia
Vontade geral	Apenas uma “vontade manufaturada”, pois que os indivíduos são irracionais	Ressignificada numa <i>vontade estatal</i> , produzida por indivíduos racionais
Soberania popular	Apenas nas eleições	Apenas nas eleições ⁶⁶
Aspectos da teoria	Conceito de líder; Concorrência/eleição Elitismo democrático	Conceito de chefe; Concorrência/eleição Governo do povo
Parlamento	Importância minorada em face do papel do líder ⁶⁷	Fundamental
Partidos políticos	Importância minorada em face do papel do líder ⁶⁸	Fundamental
Relação Política-Economia	Esferas relativamente autônomas	Esferas relativamente autônomas
Pressupostos democráticos	material humano qualificado; restrição das decisões; burocracia treinada; aceitação das regras; tolerância	Relativismo epistemológico e axiológico; Tolerância; Liberdade como autonomia

No final, “elitismo democrático” em Schumpeter; “governo do povo” em Kelsen, retratando uma situação teórica que demonstra a pertinência da sugestão acerca da especificidade da teoria kelseniana em face da teoria de Schumpeter.

⁶⁶ Embora Kelsen valore positivamente a opinião pública e a discussão, seu conceito de *soberania popular*, rigorosamente, limita-se às eleições.

⁶⁷ Tamanha é a importância que Schumpeter atribui ao papel do líder que pouco espaço sobra em sua teoria para o estudo do parlamento. No contexto teórico schumpeteriano, os parlamentares parecem estar reduzidos a um conjunto de vassallos, pois “desejos dos membros do parlamento não são a condição suprema do processo que resulta na formação do governo” (...) “o parlamento decide quem será o primeiro-ministro, mas não é completamente independente neste particular. Decide antes pela aceitação do que pela iniciativa”. (SCHUMPETER, 1961, p. 330).

⁶⁸ Embora na teoria de Schumpeter os partidos políticos sejam fundamentais para a formação do “mercado político”, quando comparados à figura do líder na teoria soam como elemento “irrelevante”, já que cabe à liderança transformar as demandas dos eleitores efetivamente em questões políticas. De fato, tudo gira em torno do líder: “Partido e máquina eleitoral constituem simplesmente a reação ao fato de que a massa eleitoral é incapaz de outra ação que não o estouro da boiada.” (SCHUMPETER, 1961, p. 337).

Todavia, é somente com uma análise mais aprofundada sobre os elementos abstratos dessa teoria é que se poderá ter a exata dimensão da importância do conteúdo axiológico que carrega em seu método, análise que será produzida no próximo capítulo.

CAPÍTULO III - A “DINÂMICA DE INTENSIDADES” DO “NÚCLEO DURO METODOLÓGICO-VALORATIVO” KELSENIANO

Nota introdutória

Se no capítulo anterior demonstrou-se válida a hipótese de que existe um vínculo necessário entre valores e método na teoria de Kelsen, resta averiguar o modo peculiar com que os elementos gerais e abstratos da teoria se relacionam entre si (e não mais em relação a seus elementos metodológico-institucionais).

Assim, este capítulo se inicia explorando as afinidades existentes na teoria kelseniana entre liberdade e democracia (utilizando-se de uma nova comparação com Schumpeter). Segue investigando as afinidades entre relativismo, tolerância e democracia – sem descuidar das tensões oriundas dessa relação. Na sequência, sugere a existência de um suposto paradoxo na relação entre liberdade e relativismo.

Na seção seguinte, o capítulo oferece uma interpretação particular – produzida pelo autor desta dissertação – sobre as relações entre todos os elementos abstratos da teoria kelseniana.⁶⁹ Na última seção, expande-se a questão peculiar do relativismo a um patamar político-jurídico.

Ao final, espera-se demonstrar que a especificidade da teoria democrática de Kelsen pode ser constatada também através da análise de seu “núcleo duro metodológico-valorativo” em sua própria faixa referencial, com sua “dinâmica de intensidades” – conceitos estes que serão definidos no decorrer do capítulo.

1 Afinidades e tensões entre relativismo, liberdade, tolerância e democracia

Afinidades entre liberdade e democracia

Falar em “valor” como um ideal vinculado à democracia significa considerar que esse regime político orienta-se na promoção de certo conteúdo axiológico (de *axios*, em grego, valor). Isto significa dizer que a democracia pode ser digna de apreço e admiração, num sentido positivo; ou mesmo de condenação ou censura, num sentido obviamente negativo.

⁶⁹ Por esse motivo poucas e pontuais serão as referências para o raciocínio desenvolvido e exposto no capítulo.

Pois bem. No ensaio intitulado *Fundamentos da democracia* (1955-56), Kelsen vale-se de quatro excertos retirados da obra de Schumpeter “*Capitalismo...*” (1942) para refutar algumas teses do autor e assim vincular o ideal da liberdade política ao método democrático.⁷⁰ Nota-se logo que Kelsen não apenas atribui um valor à democracia, mas um valor “positivo”, ao vinculá-la ao valor político da liberdade.⁷¹

Reproduzindo trechos do texto de Schumpeter, Kelsen dá voz a este, o qual afirma que a democracia é “incapaz de constituir um fim em si própria, independentemente das decisões que venha a forjar sob determinadas condições históricas” (SCHUMPETER, *apud* KELSEN, 2000c, p. 143). De fato, Schumpeter exclui a relação necessária entre meio-fim desvinculada das circunstâncias; e argumenta que o método democrático pode muito bem produzir resultados indesejáveis, mesmo a um democrata.⁷²

Kelsen reproduz em seu ensaio “*Fundamentos...*” outro excerto no qual Schumpeter afirma que a democracia não pode “necessariamente, sempre e em toda parte servir a certos interesses ou ideais pelos quais não pretendemos lutar e morrer incondicionalmente” (SCHUMPETER, *apud* KELSEN, 2000c, p. 143). Nesse ponto, Schumpeter alega que a sugerida tese de lealdade incondicional à democracia trata-se da “lealdade incondicional a certos interesses ou ideais, que se espera servidos por ela [a democracia]” (SCHUMPETER, 1961, 292). Schumpeter argumenta que os democratas convictos não enxergam que a democracia não contém em si própria os valores que a ela são atribuídos (funcionando a democracia apenas como uma espécie de ideal substituto de outros).

⁷⁰ Em tema que permeia toda a sua obra política, Kelsen propõe uma metamorfose da ideia de liberdade, na qual a “liberdade natural” (como ausência de governo), considerada metafísica (e que representa a anarquia), transmuta-se em “liberdade política” (autodeterminação política) esta sim, racional (e encontrada na democracia, participação no governo no qual se obedece à própria lei). Ocorre que a existência da sociedade ou do Estado pressupõe que possa haver discordância entre a ordem social (heteronomia) e a vontade individual (autonomia) e, neste contexto, a “liberdade política” encontrada na democracia é a conformidade entre essas vontades no maior grau possível.

⁷¹ Após ter sido de grande valia para toda a construção de nosso quadro teórico como dado fixo de comparação, a inclusão das ideias de Schumpeter, neste capítulo III, dá-se apenas de forma pontual, a serviço deste tópico sobre liberdade.

⁷² O próprio Schumpeter fornece alguns paralelos históricos que julga apropriado para amparar sua argumentação: indica que as primeiras perseguições dos cristãos foram aprovadas pela opinião pública romana; que a caçada às feiticeiras surgiu da própria alma da massa etc. (SCHUMPETER, 1961, p. 290).

Mas Kelsen ainda traz à tona outra afirmativa de Schumpeter: “o método democrático não garante, necessariamente, uma liberdade individual maior do que o permitiria outro sistema político nas mesmas circunstâncias” (SCHUMPETER, *apud* KELSEN, 2000c, p. 143); e ainda, outra, derivada da última, a saber: que a democracia não pode “salvaguardar em todas as circunstâncias, melhor que a autocracia, a liberdade de consciência” (SCHUMPETER, *apud* KELSEN, 2000c, p. 143-144). De fato, Schumpeter apreende a liberdade individual como “existência de uma esfera de autogoverno individual, cujas fronteiras são historicamente variáveis” de modo que “a questão torna-se, evidentemente, uma questão de grau” (SCHUMPETER, 1961, p. 324). Nesse sentido, Schumpeter chega a afirmar: “nenhuma sociedade tolera a liberdade absoluta, mesmo de consciência ou palavra, e nenhuma sociedade a reduz a zero” (SCHUMPETER, 1961, p. 324).

Reproduzidas as assertivas de Schumpeter (e que foram resgatadas pelo próprio Kelsen em suas críticas), resta saber o que este último tem a dizer a respeito. Entretanto, a essa altura da exposição, o leitor já pode perceber que o modo pelo qual Schumpeter coloca a questão praticamente equipara a democracia a regimes autocráticos, justamente a ideia que Kelsen se esforça por refutar em sua abordagem sobre democracia.⁷³

Kelsen argumenta, contra as postulações de Schumpeter, que se a democracia for considerada como ele (Kelsen) a teorizou⁷⁴, “então a democracia, necessariamente, em todas as circunstâncias e em toda parte, estará a serviço desse ideal de liberdade política” (KELSEN, 2000c, p. 144). Ou seja, o conteúdo conceitual que Kelsen atribui à democracia já prevê o valor da liberdade individual, de modo que, diferentemente da afirmação de Schumpeter, a democracia teria sim, em si própria, um valor intrínseco, o da liberdade (que pode ser compreendida também como um pressuposto para qualquer tentativa de determinação de um conteúdo para o *bem comum*).

⁷³ Nesse sentido, se em 1920, ao escrever *Essência da democracia*, Kelsen já demonstrava sua preocupação com o conceito de democracia em face de um clima no qual regimes autocratas se impunham sob o rótulo de democracias (vide a crítica a Schmitt), não é de se estranhar a repulsa de Kelsen, no ensaio de 1955, às colocações de Schumpeter. Afinal, Kelsen sempre vinculou a liberdade à democracia.

⁷⁴ “Sistema político através do qual a ordem social é criada e aplicada pelos que estão sujeitos à ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, esteja assegurada.” (KELSEN, 2000c, p. 144).

Kelsen adiciona a essa ideia que, se for incluída no conceito de democracia a garantia às liberdades intelectuais “então a democracia, necessariamente, em todas as circunstâncias e em toda parte, também estará a serviço desse ideal de liberdade intelectual” (KELSEN, 2000c, p. 144). Nesse aspecto, Kelsen torna a liberdade intelectual uma consequência também vinculada à democracia. A oposição a Schumpeter é evidente, mas vale recuperar a literalidade das assertivas de Kelsen quanto à interpretação schumpeteriana da questão:

Tal crítica confunde, ademais, a questão de se a democracia pode servir a um determinado ideal com a questão de se a democracia pode constituir, em si mesma, um ideal absoluto. Parece que o autor infere, [Kelsen refere-se a Schumpeter] da resposta negativa que dá à primeira questão, uma resposta negativa à segunda. Porém, ainda que a resposta à primeira questão tenha certamente de ser afirmativa, a resposta à segunda pode ser negativa. (KELSEN, 2000c, p. 144).

Note-se que a discordância de Kelsen para com Schumpeter está no fato de que para este último, a democracia não pode servir a um ideal predeterminado. Kelsen contesta essa ideia. E contesta com veemência. Segundo ele, um indivíduo pode muito bem ter a liberdade como um ideal supremo – e procurar sua realização através da democracia – aliás, segundo ele, única maneira de sua concretização. Afirma Kelsen:

(...) do ponto de vista de uma avaliação emocional, pode ser o mais alto, o supremo ideal de um indivíduo, um valor que o indivíduo prefere a qualquer outro em conflito com este. Posso lutar e morrer incondicionalmente pela liberdade que a democracia é capaz de concretizar, ainda que possa admitir que, do ponto de vista da ciência racional, meu ideal é apenas relativo. (KELSEN, 2000c, p. 144).

Nesse sentido, Kelsen esclarece que ainda que a liberdade seja um ideal relativo, é um ideal vinculado ao método democrático; argumenta que se algum regime democrático não corresponde necessariamente à maior liberdade política possível, então se trata de uma falsa democracia:

Se, em um caso concreto, a ordem social não for criada de um modo que corresponda a essa definição ou não contenha as garantias de liberdade, não é porque a democracia não está a serviço dos ideais. Os ideais não são atendidos porque a democracia foi abandonada. Essa crítica [de Schumpeter] confunde a ideia de democracia com uma realidade política que, erroneamente, interpreta a si própria como democracia, ainda que não corresponda à ideia. (KELSEN, 2000c, p. 144).

Considerando que a controvérsia figura no âmbito conceitual (o que é a democracia?), o significado que Kelsen atribui à democracia é revelador. Enquanto as afirmações de Schumpeter refletem a democracia apenas enquanto sistema político (certo tipo de convenção institucional cuja finalidade é promover decisões políticas, legislativas e administrativas), Kelsen vincula ao conceito tanto uma prática concreta (sistema político-jurídico cuja participação popular é exigível) quanto a um valor político específico considerado por ele como inerente ao sistema (liberdade como autonomia).⁷⁵

Contudo, a contraposição produzida por Kelsen quanto às teses de Schumpeter não apenas reflete uma diferença essencial entre essas teorias (encerrando por aqui a comparação entre elas), como demonstra que, em Kelsen, definitivamente, põe-se de manifesto a vinculação necessária entre a democracia e a liberdade. E mais: ao caracterizar a liberdade como um valor social “relativo”, Kelsen remete às suas premissas filosóficas relativistas, ponto crucial de sua teoria – e temática que se aborda a seguir.

Afinidades entre relativismo e democracia

Com influência das ideias iluministas, Kelsen se orienta epistemologicamente pela ideia kantiana da incognoscibilidade do absoluto – filtrada pelo neokantismo de Marburgo.⁷⁶ Isto significa uma compreensão na qual a realidade apenas existe no interior do conhecimento humano, e que, enquanto objeto de conhecimento, essa realidade é relativa ao sujeito cognoscente. A tese da incognoscibilidade implica a impossibilidade de considerar os valores como absolutos por meio do conhecimento racional e científico, de modo que não se possa excluir a possibilidade

⁷⁵ É bem verdade que Schumpeter chega a esboçar algumas “virtudes usualmente vinculadas ao método democrático”: a dignidade humana, a satisfação de ver que, de maneira geral, os assuntos políticos se desenrolam de acordo com as expectativas da pessoa, a coordenação da política com a opinião pública, a confiança e a cooperação do cidadão com o governo, a dependência deste último do respeito e do apoio do homem das ruas (SCHUMPETER, 1961, p. 296). Assim, seria plausível considerar alguns valores democráticos na teoria de Schumpeter. No entanto, a questão é que na teoria democrática Schumpeteriana a liberdade não tem o grau de importância que tem para a teoria de Kelsen.

⁷⁶ O Neokantismo é um movimento filosófico que inclui várias tendências, direções, escolas e orientações influenciadas pela filosofia crítica de Kant. O neokantismo de “Marburgo” é caracterizado pela transformação da filosofia em uma crítica pura do conhecimento, segundo os moldes de Cohen e de Natorp. Já o neokantismo de “Baden” (outro município) se orienta pela filosofia neokantiana dos valores. Nesse contexto, resgate-se que Kant, em sua filosofia da natureza, criticou qualquer especulação metafísica, mas em sua ética reintroduziu o absoluto que, tão sistematicamente, havia excluído de sua filosofia teórica. (KELSEN, 2000c, p. 201).

completamente válida de um juízo contrário. Dessa maneira, o relativismo epistemológico se expressa em relativismo “axiológico”.

Ocorre que essas formas de relativismo encontram sua expressão política exatamente na democracia (relativismo político), pois somente ela se configura como forma de governo capaz de promover a participação também aos opositores e aos que pensam diferente. Kelsen esclarecerá, por meio de uma analogia, as relações entre relativismo político (democracia), epistemológico e axiológico.

De acordo com ele, assim como o problema principal da política está na relação entre o sujeito e o objeto de dominação, o problema principal da epistemologia está na relação entre o sujeito e o objeto do conhecimento (através do qual o sujeito, ao instaurar alguma ordem no caos das percepções sensoriais, tenta dominar o seu objeto). E tais problemas não estão muito longe do processo de avaliação, através do qual o sujeito declara que um objeto é bom ou mau, colocando, assim, o mesmo em julgamento. Ocorre que, assim como os valores “não podem ser demonstrados como absolutos” (por razões epistemológicas, racionais e científicas), os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente (axiologia) excluídos, o que se reflete na seara política da democracia, na qual todos devem respeitar as opiniões políticas dos outros. Com esse raciocínio, Kelsen acata, concomitantemente, a tese do relativismo na epistemologia, na axiologia e na política, vinculando-os.

Mas para ressaltar a importância dessa premissa kelseniana é necessário expor o antagonismo que Kelsen traça entre absolutismo e relativismo, autocracia e democracia. Em suas palavras:

(...) de fato, não existe apenas um paralelismo externo, mas uma relação interna entre o antagonismo autocracia/democracia, por um lado, e absolutismo filosófico/relativismo filosófico, por outro; (...) a autocracia como absolutismo político está coordenada com o absolutismo filosófico, enquanto a democracia, como relativismo político, está coordenada com o relativismo filosófico. (KELSEN, 2000c, p. 161).

A oposição entre absolutismo e relativismo é tão grande que Kelsen chega a dizer que se tratam, em verdade, de duas atitudes mentais opostas, cada qual implicando um regime político específico: autocracia e democracia, respectivamente. E assim, Kelsen explora o antagonismo democracia/autocracia numa perspectiva psicológica.

Segundo ele, existe um tipo específico de personalidade, democrática, em que o *ego* reconhece o *tu*, numa síntese de liberdade e igualdade. Isto significa que o indivíduo, o *ego*, deseja liberdade não apenas para si mesmo, mas também para os outros, para o *tu*. Por outro lado, o *ego* acata que podemos ser iguais na pretensão; os *egos* do *eu* e do *tu* não sofrem com essa igualdade com os outros. A personalidade, cujo desejo de liberdade é modificado por seu sentimento de igualdade, reconhece a si mesma no outro. Esta é uma situação intelectual de uma filosofia relativista, segundo Kelsen.

Nesse tipo de autoconsciência, relativamente reduzida, corresponde uma forma de governo caracterizada pela autodeterminação. Segundo Kelsen, a atitude do indivíduo frente ao problema do governo é basicamente determinada pela intensidade da *vontade de poder*: quanto mais forte a vontade de poder, menor o apreço à liberdade. Politicamente, isso implica que esse tipo de homem aceite a igualdade como um ideal social, do mesmo modo que seu pouco desejo de poder tornam possíveis a liberdade e a paz enquanto valores políticos.⁷⁷

Conforme visto, há uma forte vinculação, em Kelsen, entre relativismo e democracia (e por outro lado, entre absolutismo e autocracia). E para ressaltar esse vínculo Kelsen reporta-se ao fato histórico de que quase todos os representantes mais destacados de uma filosofia relativista eram politicamente favoráveis à democracia (ao passo que os seguidores do absolutismo filosófico, os grandes metafísicos, eram favoráveis ao absolutismo político e contrários a democracia). Nesse ponto, Kelsen cita sofistas como Protágoras – “o homem é a medida de todas as coisas” –, Demócrito, Leucipo; da Idade Média, Nicolau de Cusa; quanto aos tempos modernos, Spinoza, Locke, Hume, e o Kant da razão teórica (destruidores da metafísica). Por outro lado, o absolutismo teria como representantes históricos Platão – “o maior metafísico de todos os tempos”; Aristóteles; São Tomás de Aquino; Leibniz; Hegel – “filósofo do espírito absoluto” (KELSEN, 2000c, p. 195 e ss).

⁷⁷ Note-se que essa reflexão já informa que valores como a liberdade e a igualdade interagem com sua própria filosofia relativista, o que será problematizado adiante.

Tensões entre relativismo e democracia

Todavia, ainda que esta pesquisa não seja propriamente sobre a metodologia na teoria democrática, é de suma importância averiguar aspectos problemáticos do método relativista kelseniano.⁷⁸ Um dos poucos autores brasileiros a citar em seus escritos a teoria democrática de Kelsen, Leonardo Avritzer, já criticava a premissa kelseniana:

(...) o procedimentalismo kelsiano tentou articular relativismo moral com métodos para solução de divergências (...) Neste relativismo moral anunciava-se a redução do problema da legitimidade ao problema da legalidade, uma redução que Kelsen extraiu de uma leitura incorreta de Weber. (AVRITZER, L.; SANTOS, 2002, grifo nosso).⁷⁹

O próprio Kelsen procura superar o que vislumbra serem consequências possíveis (e indesejáveis) do relativismo. Atenta para dois perigos ocasionados pelo caráter subjetivo dos valores: o solipsismo por um lado; o ceticismo, por outro. O problema quanto ao solipsismo (filosofia que advoga que apenas existem, efetivamente, o *eu* e suas sensações) seria o de levá-lo à admissão de uma realidade, a do *ego*, não menos metafísica do que as metafísicas tradicionais:

O primeiro é um solipsismo paradoxal, isto é, a suposição de que o *ego*, enquanto sujeito do conhecimento, seja a única realidade existente. Essa visão envolveria uma epistemologia relativista numa incoerência. Pois, se for a única realidade existente, o *ego* deve ser uma realidade absoluta. (KELSEN, 2000e, p. 349).

Quanto ao segundo, o pluralismo absoluto, este implicaria a impossibilidade de comunicação entre os portadores de valores diversos e, portanto, no plano político, a impossibilidade de tomar decisões:

O segundo perigo é um pluralismo não menos paradoxal. Como, segundo esse parecer, o mundo existe apenas no conhecimento do sujeito, o *ego*, por assim dizer, é o centro de seu próprio mundo. Contudo, caso se deva admitir a existência de muitos *egos*, a consequência inevitável parece ser a de que há tantos mundos quanto sujeitos de conhecimento. (KELSEN, 2000e, p. 349).

⁷⁸ Evidentemente, uma objeção diz respeito à tese da incognoscibilidade dos valores. Esta objeção, em suma, questiona a ideia de que não é possível (epistemologicamente) reconhecer e admitir a existência de um valor absoluto. Entretanto, a premissa kelseniana insiste no afastamento de perspectivas filosóficas como as de Platão e Hegel porque, segundo Kelsen, elas favorecem a emergência de regimes autocráticos.

⁷⁹ Avritzer escreve em coautoria com Boaventura de Sousa Santos, mas este último tem origem portuguesa; não é, portanto, um “autor brasileiro”.

Kelsen pretende enfrentar esses “perigos” da filosofia relativista com um mesmo golpe ao afirmar que “o relativismo filosófico evita deliberadamente tanto o solipsismo quanto o pluralismo” (KELSEN, 2000e, p. 349), pois ambos, segundo ele, são combatidos através da atribuição igualitária dada aos sujeitos. Kelsen aspira sair do impasse mencionando exatamente o valor que, na construção precedente, ficara na sombra ou em posição subalterna: trata-se simplesmente de admitir que “os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais” (KELSEN, 2000e, p. 349). Segundo ele:

Considerando, como verdadeiro relativismo, a mútua relação entre os vários sujeitos do conhecimento, esta teoria compensa sua incapacidade de assegurar a existência objetiva de um único e mesmo mundo para todos os sujeitos pela suposição de que os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais. Esta suposição implica também a igualdade dos processos de cognição na mente dos sujeitos e, assim, torna possível admitir que os objetos do conhecimento, assim como os resultados desses processos individuais, estão em conformidade, o que é confirmado pelo comportamento exterior dos indivíduos. (KELSEN, 2000e, p. 349).

Especificamente quanto ao ceticismo, o próprio Kelsen reconhece que há alguma aproximação de seu pensamento com o ceticismo: “o relativismo filosófico, enquanto empirismo antimetafísico, insiste na ininteligibilidade do absoluto e, portanto, apresenta franca inclinação para o ceticismo” (KELSEN, 2000e, p. 348), mas isso não significa que os participantes do regime democrático tenham todos que ser céticos relativistas. A aproximação com o ceticismo existe, mas não é necessária, nem pressuposta em sua totalidade. Nesse mesmo contexto, é significativo o relato de Josef L. Kunz (discípulo e compatriota de Kelsen) sobre os vienenses de nascimento “temos uma tendência ao relativismo e, algumas vezes ao ceticismo, como todos os povos velhos, seja de Viena ou de Paris.” (KUNZ, *apud* SICHES, 1963, p. 184-185, tradução nossa).

Registre-se ainda que Kelsen não apreende sua teoria relativista como total inexistência de valores, como se não existisse uma lei moral ou uma ordem moral. Segundo ele, o relativismo significa apenas que os juízos de valor em geral não podem ter sua natureza absoluta comprovada através do conhecimento racional e científico, isto é, excluindo-se a possibilidade de um juízo de valor contrário.

Uma teoria relativista dos valores não nega a existência de uma ordem moral e, portanto, não é – como às vezes se afirma – incompatível com a responsabilidade moral ou jurídica. O que ela nega é que exista apenas uma tal ordem, que possa, sozinha, reivindicar seu reconhecimento como válida e, portanto, como universalmente aplicável. Essa teoria afirma que

existem várias ordens morais muito diferentes entre si e que, em decorrência disso, é preciso optar por uma delas. (KELSEN, 2000c, p. 382, nota 69).

Mas ainda assim a acusação de ceticismo costuma ser um ponto comum utilizado pelos analistas da teoria kelseniana. O filósofo do direito Miguel Reale, por exemplo, julga que o pensamento de Kelsen “se traduz num relativismo-cético” (REALE, 2002, p. 474).

Afinidades entre tolerância, relativismo e democracia

Ainda que mal resolvido o problema da aplicação do relativismo e de suas consequências indesejáveis (solipsismo e ceticismo), observe-se que outro elemento abstrato, até então implícito na teoria kelseniana, participa desse contexto: a tolerância. Isto porque somente acatada a premissa da tolerância é que se pode admitir a diversidade axiológica⁸⁰ representada pelo relativismo político (democracia). Observe-se a seguir a relação entre relativismo epistêmico-axiológico e tolerância:

A tolerância pressupõe a relatividade da verdade sustentada ou do valor postulado; e a relatividade de uma verdade ou de um valor implica que a verdade oposta ou o valor oposto não sejam inteiramente excluídos. (Kelsen, 2000c, p. 241).

A relação entre relativismo e tolerância é evidente. Se, em sua condição de membros do governo de um Estado, os homens que compartilham um ideal político definido adotam uma política de tolerância para com os outros, sua decisão não é determinada por uma “crença num valor absoluto”, mas por um desejo racional de manter a paz e a liberdade na comunidade.⁸¹

Por outro lado, existe um forte vínculo entre tolerância e democracia. De fato, a vida democrática exige um espírito de cooperação tolerante entre indivíduos e

⁸⁰ Diversidade axiológica que necessariamente pressupõe a liberdade política.

⁸¹ E na teoria kelseniana, a predileção é pelo conhecimento racional, que predomina sobre a vontade (irracional), o que coaduna com a predileção por uma forma de governo também racional, que tolera as opiniões contrárias. Se a tolerância deriva do reconhecimento da validade de uma verdade oposta, informa que a defesa do valor oposto não deve ser suprimida num regime político. Nesse sentido, a tolerância pode muito bem ser entendida como uma atitude mental de propensão ao diálogo, uma disponibilidade à discussão de ideias contrárias. Assim, a tolerância não é somente um pressuposto e uma característica da democracia, como uma consequência do relativismo. Daí que a tolerância torna-se também uma das condições fundamentais da democracia.

grupos. O próprio tipo democrático descrito por Kelsen induz, do ponto de vista psicológico, que o indivíduo demonstre tolerância pelas diferentes políticas e respeito pelas opiniões de que não compartilha. Em Kelsen, a ênfase na relevância da tolerância parece querer incentivar os homens a moderar seu orgulho natural e a atingir razoável consciência da relatividade de sua própria verdade.

Nesse sentido, a tolerância pode também ser apreendida como uma derivação lógica da aplicação de um postulado filosófico (relativismo) a uma prática metódica concreta (democracia). Afinal, no regime democrático, cada um deve respeitar a opinião política dos demais, uma vez que todos são iguais e livres; e relativismo diante do objeto de conhecimento implica tolerância pelas diferentes políticas e respeito pelas opiniões de que não compartilha: “Pois, definitivamente, a nós, homens, só resta isto: diante dos limites colocados a nosso conhecimento, a resignação, e na nossa atividade social, a tolerância.” (KELSEN, 2000b, p. 135).

Em verdade, a tolerância, na teoria kelseniana, tem seu significado bastante ampliado, funcionando não apenas como um método, mas também como um valor político a ser preservado (ao lado da liberdade política). Ela adquire um *status* de princípio da democracia: “Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros.” (KELSEN, 2000c, p. 202).

Tensões entre tolerância e democracia

Ocorre que a premissa da tolerância também manifesta problemas na teoria de Kelsen. Sofreria esta o mesmo mal do relativismo? Seria a tolerância a virtude daqueles que não acreditam em nada? Se a tolerância não é sinônimo de ceticismo, então como tolerar os intoleráveis?

Em verdade, pode-se especular que, quando vislumbrada sua aplicação na prática concreta, a tolerância figura como um elemento um tanto frágil, tanto do ponto de vista externo ao regime – que permite que a democracia seja desafiada “de fora” – quanto do ponto de visto interno, causando sua própria ruína.

Veja-se a questão primeiro pelo seu prisma externo, valendo-se de uma interrogação: em face de um conteúdo absoluto que se contrapõe a um regime democrático deve a democracia sucumbir ao princípio da tolerância e permitir a vitória de uma autocracia, ou deve se colocar com uma postura combativa e reprimir

o que considera movimentos antidemocráticos em nome dessa tolerância? Mas talvez a segunda opção não seja contraditória como pode parecer à primeira vista.

Ocorre que a democracia kelseniana, consoante já afirmado outrora, é uma democracia calcada no Estado de direito. Ou seja, embora o próprio ordenamento jurídico democrático permita as manifestações contrárias à democracia, esse mesmo ordenamento impõe limites com vista a manter a paz. Assim, argumentar pela tolerância não significa defender um direito “absoluto” à tolerância, mas argumentar em favor de uma tolerância que realiza a liberdade no âmbito do ordenamento jurídico. Nesse contexto, a *liberdade* deve prevalecer “tolerante” mesmo que a democracia tenha que se defender de intrigas antidemocráticas. Pragmaticamente, a tolerância opera na medida em que a democracia não reprime as manifestações antidemocráticas “pacíficas”, permitindo a manifestação de opiniões contrárias ao regime.

Quanto ao ponto de vista interno da democracia, pensa-se no perigo do conflito de várias classes de idealistas, que professam ideais diferentes, mas exibem uma convicção comum de que seus próprios ideais são absolutos, entendidos como perfeitos. Nesse contexto, questiona-se: deve a democracia tolerar, por exemplo, um partido cuja ideologia seja justamente a de pôr fim ao regime democrático? Como conciliar ideais inconciliáveis dentro do próprio regime? Tolerando-os? De fato, supostas consequências da aplicação da premissa da tolerância à democracia servem de substrato para críticas ao regime, como bem as produziu o fascista Arnaldo Volpicelli:

A tolerância não diferenciada e o indisciplinado contraste das opiniões individuais, onde a verdade se dissolve na extrínseca e provisória conciliação o que ocasionaria a peremptória condenação da democracia. (VOLPICELLI, *apud* LOSANO, 2013, p. 314).

Mas volte-se a Kelsen e confira-se como o autor resolve (ou tenta resolver) a questão da tolerância e da oposição às ideias contrárias.

Kelsen sabe muito bem que o aspecto político da tolerância não pode significar apenas tolerar outras formas políticas diferentes da democracia, mas também tolerar conflitos de ideias diferentes dentro do próprio regime. E para adequar a tolerância a essa realidade democrática, vislumbra a institucionalização

da tolerância no princípio da maioria-minoria, como já assinalado em outro momento.⁸²

Mas Kelsen reconhece que há mesmo um perigo, um risco no processo interno de discussão entre maioria e minoria acerca do próprio conteúdo político a ser definido nesse processo; reconhece que a democracia pode vir a ruir se o antagonismo entre a maioria e a minoria for tão pronunciado que não se consiga chegar a nenhuma solução conciliatória. Todavia, estabelecendo-se um “limite democrático”, a única solução para um impasse é prezar pela manutenção da regra do jogo político, ou seja, a submissão da minoria à vontade da maioria.

Seja como for, definitivamente, não é característica da democracia kelseniana a supressão de qualquer oposição pela violência, nem mesmo se essa oposição seja considerada minoria. Nesse sentido, a concepção de tolerância permanece com um viés “positivo” na democracia kelseniana.

Tensões entre liberdade e relativismo

Num apanhado geral do que foi exposto, tem-se a seguinte equação kelseniana: relativismo, tolerância, liberdade, atitude racional e práticas democráticas. Todavia, embora se tenha problematizado as categorias *relativismo* e *tolerância*, ainda não se produziu na dissertação uma análise crítica propriamente acerca do vínculo existente entre relativismo e liberdade. Problematize-se, pois, a questão, resgatando-se sucintamente o raciocínio kelseniano a respeito.

Em face de um relativismo filosófico que não permite o conhecimento do absoluto, os indivíduos, a partir de uma constelação original de valores “relativos”, escolhem o valor da liberdade e, por consequência, o regime da democracia. Ocorre que não se pode acatar sem discutir uma pretensão ao relativismo ao mesmo tempo em que escolhe a liberdade como ideal político.

Afinal, como é possível que uma filosofia relativista se coadune com “um” valor político – e não outro – se ela mesma designa que não é possível reconhecer (objetivamente) qual é o melhor valor? Ora, se o justo é relativo, se a verdade é relativa, se o pressuposto é o do relativismo, como fundamentar a escolha pela

⁸² Para Kelsen, a tolerância é o que distingue a democracia da autocracia. Afinal, nesta, nenhuma oposição é tolerada; não existe discussão nem conciliação; só existe imposição.

liberdade? Como apreender, desse contexto hermenêutico, posicionamento tão dúbio e paradoxal?

Diante dessas indagações, o pensamento de Kelsen parece mesmo flagrantemente autocontraditório. De qualquer maneira, o contexto permite que se especule a respeito do efetivo caráter “relativo” do valor da liberdade.⁸³

Sabe-se que a liberdade é, de fato, um valor político reconhecido na teoria de Kelsen; como tal, trata-se de um ideal finalístico: o “ser livre” não é um meio de se realizar algo; trata-se de um fim último a ser concretizado.

Entretanto, consoante visto, em face da tese da ininteligibilidade do absoluto, o valor político e social da liberdade (como qualquer valor na teoria kelseniana) é considerado apenas relativo. Diante da incomensurável diversidade de valores disponíveis, a liberdade figura apenas um dos possíveis valores a serem eleitos – e com ele a forma de governo democrática –, existindo, inclusive a possibilidade de que a liberdade seja vista como um desvalor. Nesse sentido, pode-se preferir a ordem como valor político prioritário, por exemplo, e com isso, optar-se por um regime que melhor a realize. De qualquer modo, a compreensão de Kelsen é clara: a liberdade é valor político “relativo”.

Ocorre que parece haver um problema interno na argumentação kelseniana que se encontra na sua própria premissa. Ora, ele próprio pressupõe uma realidade política inicial composta por indivíduos livres, iguais e dotados de racionalidade. Pois bem. Se estes indivíduos já são, num momento inicial, livres, não se pode afirmar que a liberdade seja um valor entre outros, passíveis ou não de serem eleitos. Trata-se de um valor “absoluto”, pois não pode haver indivíduos responsáveis por suas escolhas se não houver indivíduos livres. Assim, se o pressuposto é o de indivíduos livres, não se pode afirmar o relativismo como premissa filosófica – o que levou Júlio Aguiar de Oliveira a afirmar que mesmo em Kelsen, de trás do que se mostra relativo, o absoluto espreita (OLIVEIRA, 2005).

Nesse aspecto, apenas se pode falar em relativismo como epistemologia, como teoria do conhecimento, mas em nenhum momento como aplicado a uma

⁸³ Aliás, o mesmo problema ocorreria com o valor da tolerância. É nesse sentido que aponta Agustín Squella (SQUELLA, 1984, p. 81) quando afirma que o relativismo de Kelsen “é, em si mesmo, relativo, posto que para favorecer precisamente a concorrência de todas as opiniões, valora positivamente a democracia e a tolerância”.

concepção de pessoa. Ou seja, o indivíduo, ele próprio, nunca é colocado, na teoria de Kelsen, como objeto de conhecimento; ele figura apenas como sujeito e, assim, “livre” da abordagem relativista sobre ele próprio. Mesmo quando inserido no contexto social, heterônomo, no qual tem sua liberdade “anárquica” tolhida, ele mantém sua liberdade como autonomia na própria possibilidade de “escolher” um outro valor político, senão a liberdade.

Entretanto, se assim é, qual seria então a maneira de se tentar compreender a teoria kelseniana por intermédio de seus elementos abstratos sem lhe imputar necessariamente um paradoxo? Uma hipótese a ser considerada é que esses *elementos* atuam entre si de forma “dinâmica”, consoante a *categoria* a que são aplicados.

2 Uma interpretação possível a afastar um suposto paradoxo

A construção filosófica, metodológica e axiológica kelseniana compõe-se de alguns elementos abstratos, tais como “relativismo”, “liberdade”, “igualdade”, “tolerância”, “compromisso”, “ciência”, “racionalidade” etc.

Tais elementos – que se caracterizam concomitantemente como princípios metodológicos e valorativos –, guardam entre si uma estreita relação e formam uma espécie de “núcleo duro metodológico-valorativo”, o que significa dizer que método e valor encontram-se diluídos um no outro. A ilustração a seguir oferece uma ideia desse contexto abstrato:

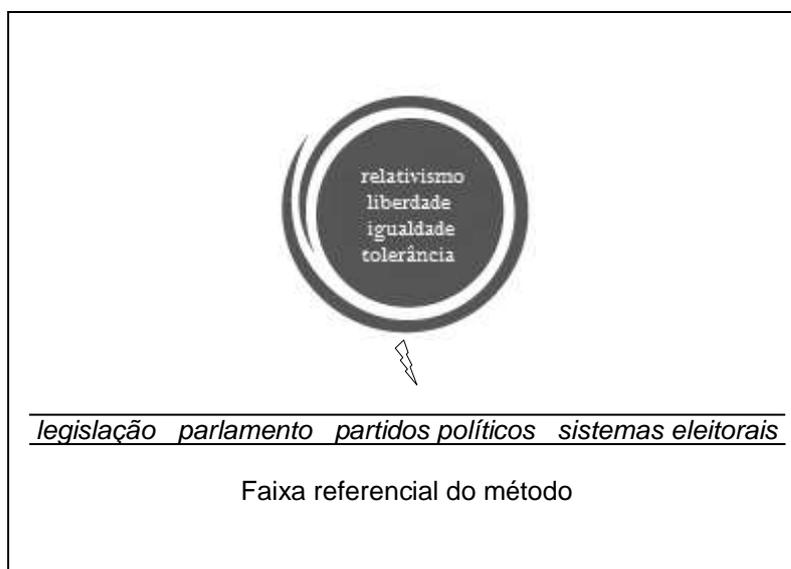
Ilustração 1 - Núcleo duro metodológico-valorativo



Contudo, o ponto central da especulação não está propriamente em conhecer “quais são” os elementos que compõem o “núcleo duro metodológico-valorativo” e sim o “modo” como eles atuam ao longo da construção da teoria.

Nesse sentido, no capítulo precedente já fora observado que esses elementos abstratos componentes da democracia kelseniana constavam inseridos no próprio método institucional formulado pelo autor. Nesse aspecto, a liberdade e a igualdade, por exemplo, encontravam-se na própria participação dos indivíduos na criação das regras (legislação); o relativismo e a tolerância, por sua vez, manifestavam-se no parlamento etc. A ilustração seguinte fornece uma ideia dessa perspectiva:

Ilustração 2 - Perspectiva do capítulo II



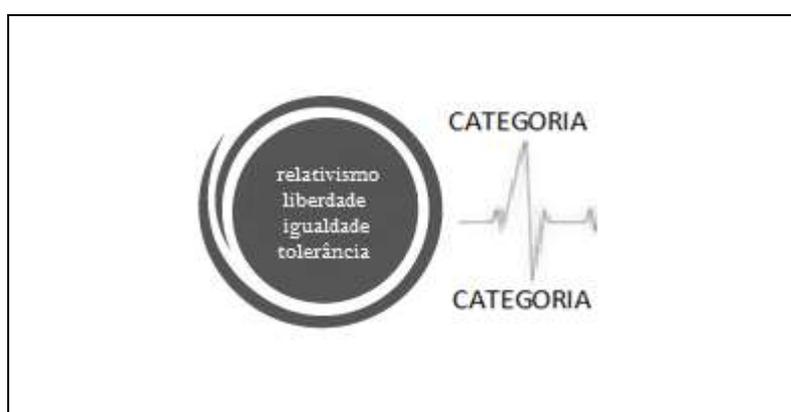
Consoante se infere dessa ilustração, o “núcleo duro metodológico-valorativo” da teoria kelseniana atuava na faixa referencial do “método” kelseniano, tornando-o “democrático”. Todavia, neste capítulo III, consignou-se apreender tais elementos abstratos em sua própria dimensão filosófico-axiológica, analisando como atuam em sua própria faixa referencial. A terceira ilustração oferece uma ideia dessa nova perspectiva:

Ilustração 3 - Perspectiva do capítulo III



Pois bem. Nesse último cenário, especula-se ainda que os elementos abstratos que compõem esse “núcleo duro metodológico-valorativo” permanecem numa espécie de estado de tensão constante cuja intensidade depende da *categoria* a que são aplicados, manifestação que se convencionou chamar aqui de “dinâmica de intensidades”. Fala-se em “dinâmica” numa alusão à física, no sentido de estudar as causas dos movimentos e seus possíveis efeitos. Observe-se a figura infra:

Ilustração 4 - Dinâmica de intensidades

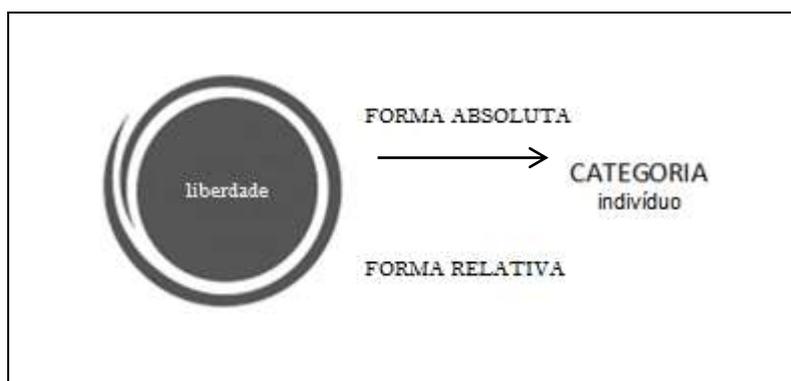


Nessa situação teórica, conforme afirmado, os *elementos* componentes do “núcleo duro metodológico-valorativo” se apresentam com intensidades diferentes a depender da *categoria* a que se destinam.

Ocorre que tais intensidades, por sua vez, fazem com que os *elementos* se apresentem – sob seu próprio eixo –, ora em sua forma “absoluta”, ora em sua forma “relativa”.

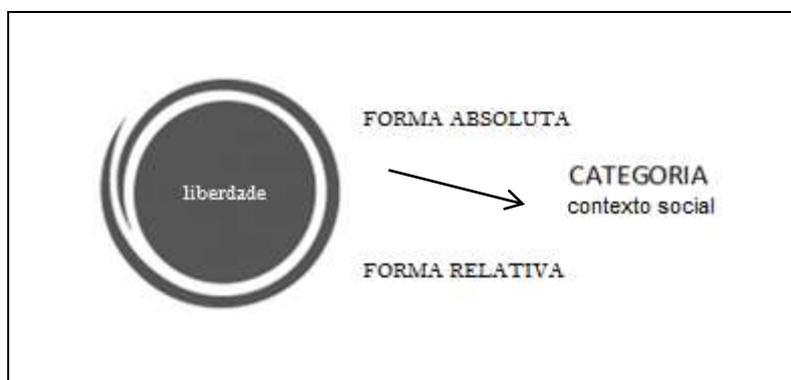
Apreenda-se esse contexto de “intensidades”, primeiro valendo-se daquela caracterização da liberdade como sendo um valor absoluto, expresso na essência do indivíduo kelseniano. Note-se que o elemento *liberdade* atua com intensidade máxima quando aplicado à categoria *indivíduo*, apresentando-se em sua forma absoluta.

Ilustração 5 – Elemento *liberdade* aplicado à categoria *indivíduo*



Entretanto, essa liberdade “absoluta” se manifesta em sua forma relativa quando aplicada a um contexto social, heterônimo. Observe-se a ilustração:

Ilustração 6 – Elemento *liberdade* aplicada à categoria *contexto social*

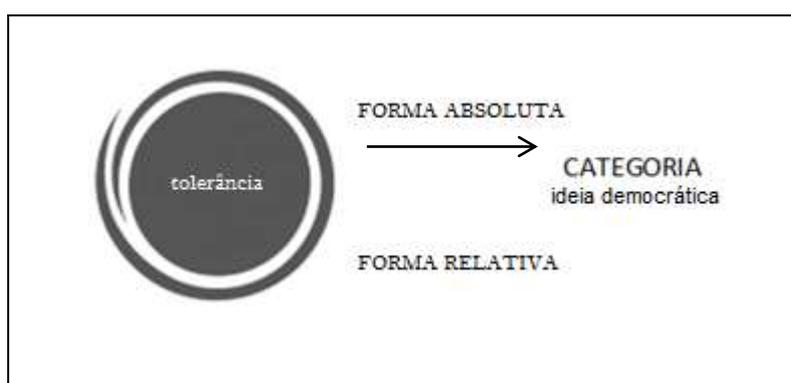


Nesse cenário, ela já não figura mais com sua forma absoluta, pois é tida pela teoria kelseniana agora como “equivalente em termos axiológicos” em relação a outros valores sociais e políticos – como a ordem, a segurança etc. Ou seja, a intensidade da liberdade é minorada em razão da exigência do relativismo político

caracterizado pela democracia.⁸⁴ Note-se que a liberdade, contextualizada num meio social, agora se torna um valor “relativo”.

Continuando com a hipótese da “dinâmica de intensidades” aplicada ao “núcleo duro metodológico-valorativo” da teoria kelseniana, resgate-se o problema da *tolerância* aplicada à categoria *ideia democrática* (no sentido de se exigir respeito às opiniões contrárias):

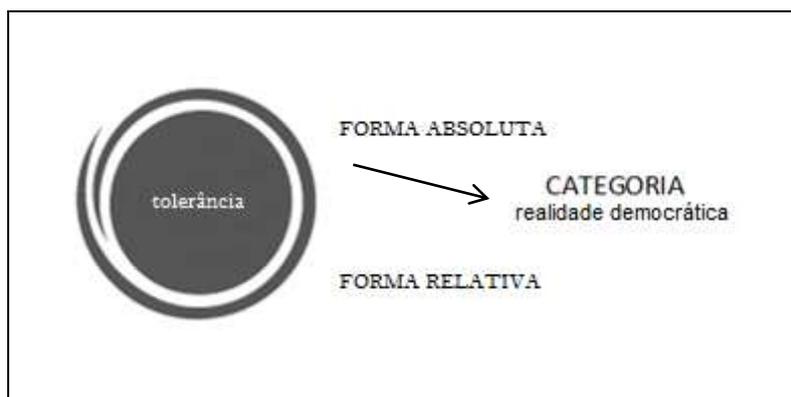
Ilustração 7 – Elemento *tolerância* aplicado à categoria *ideia democrática*



Interpretando as consequências: considerada a tolerância em sua forma “absoluta” – derivada de uma *ideologia* democrática – vislumbra-se a própria ruína da democracia, seja ela causada por ameaças externas (autocráticas), seja ela causada por atitudes autocráticas nascidas no próprio ambiente democrático. Mas apreenda-se a questão diante da hipótese da “dinâmica de intensidades”, na qual a tolerância é relativizada para se adequar à *realidade* democrática:

⁸⁴ Note-se que no que diz respeito ao indivíduo, ainda que este figure agora inserido no contexto social, heterônomo, continua a ser apreendido como suficientemente livre para optar por um ou outro valor político; é nesse sentido que se diz que, no sujeito kelseniano, a liberdade é absoluta, pois só quem é livre é que pode escolher alguma coisa.

Ilustração 8 – Elemento *tolerância* aplicado à categoria *realidade democrática*

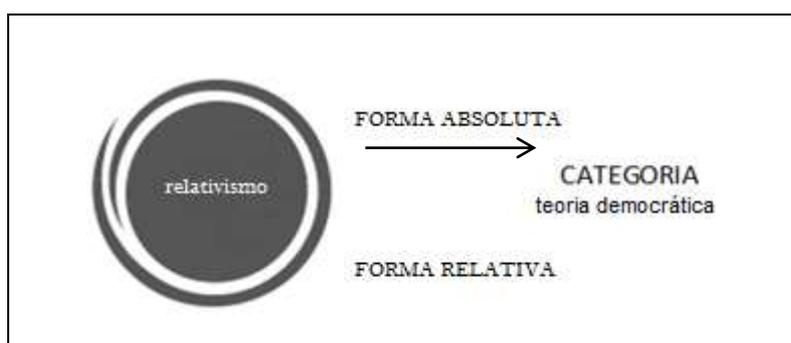


Ora, percebe-se que, aplicada à categoria *realidade democrática*, o elemento *tolerância* sofre uma relativização, tendo de se adequar à categoria exatamente para a preservação do próprio regime político democrático que caracteriza.

Toda essa “dinâmica de intensidades” também se verifica no elemento abstrato *relativismo* – outrora problematizado quando confrontado com o elemento *liberdade*.

Ontologicamente⁸⁵, o elemento *relativismo* deve ser entendido como “absoluto”. Ou seja, como pressuposto filosófico para a construção de uma teoria democrática, o relativismo opera com intensidade máxima diante da categoria teoria democrática, consoante se extrai da figura a seguir:

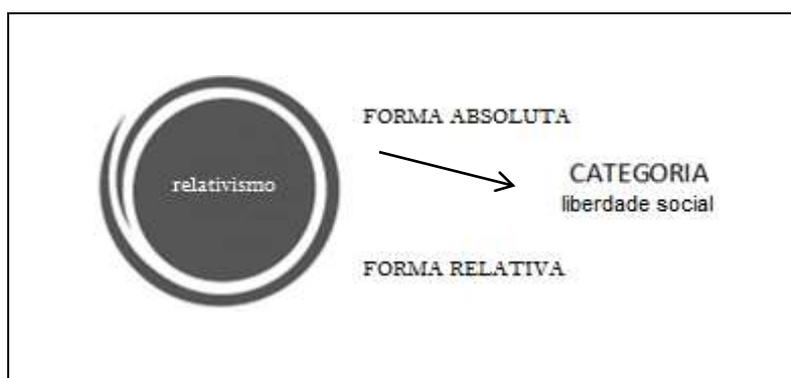
Ilustração 9 – Elemento *relativismo* aplicado à categoria *teoria democrática*



⁸⁵ Entenda-se pela expressão a referência a uma categoria considerada em suas propriedades mais gerais, apartada da infinidade de determinações que ocultam uma natureza plena e integral.

Contudo, esse relativismo necessariamente terá que ser “relativizado” para adequar-se a um valor político específico, pois se o elemento fosse considerado ontologicamente, ou seja, em sua “plenitude”, com sua intensidade máxima, dificilmente se afastaria do ceticismo; e nada ou quase nada justificaria a escolha de um valor em detrimento de outros. Mas, se aqui também é possível vislumbrar a tal da “dinâmica de intensidades”, questiona-se: até onde vai o relativismo “absoluto” kelseniano? Aprenda-se essa nova situação através da figura a seguir:

Ilustração 10 – Elemento *relativismo* aplicado à categoria *liberdade social*



Assim, o relativismo passa a ser interpretado em sua forma relativa de tal forma que a premissa adequa-se à exigência teórica da pluralidade de valores “equivalentes”. Dito de outro modo: o relativismo kelseniano se sustenta em sua intensidade máxima, em sua absolutização, apenas até o exato momento em que se depara com a categoria *liberdade*, já relativizada (ou seja, apreendida como valor político relativo, nem ambiente social onde figuram outros valores).

Aqui, uma curiosidade: no momento inicial de apreensão das características inerentes ao indivíduo, a liberdade foi tida como “absolutizada”. Todavia, no momento em que a liberdade figura como valor político – no contexto social –, é tomada como relativa. Num paralelo com o relativismo, este, quando visto como premissa teórica, também é tido como absoluto; todavia, quando apreendido em sua efetiva aplicação teórica – instante que se depara com a liberdade como valor político-social – é tomado como relativo.

Seja como for, é difícil se desprender de uma tensão entre esses elementos quando vistos concomitantemente, pois enquanto o relativismo for moderado a

liberdade opera como um valor político predominante; e no instante em que o relativismo é visto como absolutizado, a liberdade é vista como relativa. Talvez essa aparente (?) contradição impôs (ou derivou das) perspectivas distintas propostas por Kelsen, a saber: uma perspectiva “emocional” que justifica a “escolha da liberdade”; e, uma perspectiva “científica” que proíbe a “avaliação sobre os valores”. Nesse sentido, o paradoxo kelseniano entre liberdade-relativismo, relativismo-liberdade seria apenas aparente.

Prossiga-se com a articulação teórica da “dinâmica de intensidades” e observe-se o modo segundo o qual o elemento *relativismo* opera diante da categoria *ceticismo*, sua consequência mais anunciada:

Ilustração 11 – Elemento *relativismo* diante da categoria *ceticismo*

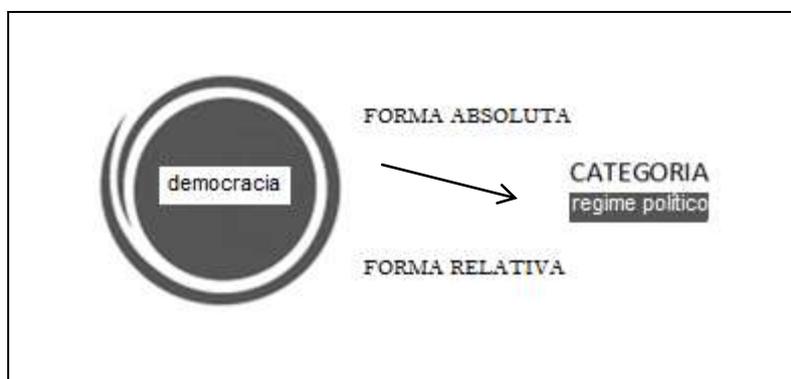


Apreenda-se que o relativismo sofre uma “atenuação” na sua intensidade para afastar o completo ceticismo. De fato, embora o relativismo kelseniano possa-se aproximar do ceticismo, não é um relativismo onde qualquer coisa vale; a rigor, apenas qualquer coisa “dentro” de um contexto democrático de liberdade, ancorado num Estado de direito. Do contrário, conceber o relativismo como ceticismo implicaria exatamente o erro que Kelsen apontara em Schumpeter, que fazia com que se tomasse uma autocracia como se democracia fosse.

Mas como se não bastasse a aplicação dessa “dinâmica de intensidades” aos elementos abstratos componentes do “núcleo duro metodológico-valorativo” da teoria democrática kelseniana, a própria democracia pode ser considerada um

elemento aplicado a uma categoria (no caso, *regime político*), refletindo de um modo amplo a dinâmica sofrida por seus elementos abstratos.

Ilustração 12 – Elemento *democracia* diante da categoria *regime político*



Compreenda-se o exposto e a ilustração: a democracia, na teoria política de Kelsen, quando vista diante de outro regime político não figura como forma absoluta no sentido de se apreender como “o melhor regime”, apenas um regime político possível. Daí a relativização da própria democracia em razão à categoria *regime político*. E Kelsen relativiza a ideia de democracia por considerar a sempre cambiante experiência histórica, rechaçando a hipótese de considerá-la como um regime transcendente.

Desejoso de afastar uma justificação absoluta da democracia, Kelsen propõe uma justificação relativista e condicional que deixa a cargo do indivíduo atuante na realidade política a decisão sobre o valor a ser posto em prática – e o regime a ser escolhido para isso. Afinal, sua teoria, como análise científica e objetiva de um fenômeno social, apenas pode sustentar uma escolha por essa forma de governo se vinculada a um valor específico, a liberdade política⁸⁶. E neste último ponto, não há relativismo: o vínculo entre valor político (liberdade) e método político (regime) é absoluto – e não relativo –, curiosamente como outrora ocorreu com vínculo entre indivíduo e a sua liberdade original.

⁸⁶ Mais que um valor, a liberdade política funciona em Kelsen como uma espécie de pressuposto para qualquer tentativa de definição posterior de um “bem comum”. Ou, noutra interpretação, mais simplista, o único *bem comum* “determinado” por Kelsen é a manutenção da liberdade política dentro dos moldes de um Estado de direito.

Toda essa articulação teórica “ratifica” a ideia propugnada por Kelsen de que existe um vínculo necessário entre relativismo, tolerância, liberdade e democracia. Por outro lado, oferece uma interpretação diversa que pretende analisá-la sem se limitar à acusação de incoerente em razão daquela ideia circular que impede a relação entre liberdade e relativismo.

Ao final, a democracia kelseniana pode ser apreendida na “dinâmica de intensidades” que recai sobre os elementos de seu “núcleo duro metodológico-valorativo”. Assim, sem descaracterizar a teoria, em uma análise “interna” (considerada em seus próprios termos), vislumbra-se outra especificidade da teoria democrática de Kelsen em relação a outras teorias, procedimentais ou não.

Entretanto, há ainda mais a se especular sobre essa dinâmica de intensidades no que tange ao relativismo kelseniano, pois que o apresentado até agora desperta a atenção para outro ponto de sua construção teórica – que extrapola sua teoria democrática e invade seu pensamento jurídico.

3 O relativismo na teoria política e na teoria jurídica

Em uma primeira observação, as premissas relativistas adotadas por Kelsen na formulação de sua teoria democrática são as mesmas utilizadas para a construção de sua teoria jurídica. Consoante afirma Alexandre Travessoni Gomes, “é o relativismo filosófico que governa todas as concepções kelsenianas” (GOMES, 2004, p. 276).

Considerando esse cenário, surge a possibilidade de testar uma vez mais a aludida “dinâmica de intensidades” do relativismo kelseniano, mas agora não de modo restrito à teoria democrática; e sim abordando também sua teoria jurídica. Ademais, a teoria democrática é, segundo o próprio Kelsen, “uma teoria científica da realidade política e jurídica.” (KELSEN, 2000c, p. 194).

E para demonstrar a importância das premissas kelsenianas aplicadas ao direito, faz-se necessário ressaltar o seu programa científico, pois sua filosofia relativista é, segundo ele mesmo, baseada na ciência (e não na metafísica ou na religião).

Kelsen enxerga a si próprio como um homem da ciência. E se esta já se manifestara na sua teoria política como um princípio de racionalização das decisões, surgirá, com mais rigor, definindo a metodologia de sua teoria jurídica.⁸⁷

Sob o prisma kelseniano, a relação que o homem de ciência mantém com seu objeto de pesquisa implica determinar o que este objeto “é”, descrever a sua estrutura e suas propriedades essenciais, mas sem emitir juízos de valor. Note-se a influência weberiana nesse ponto: racionalidade modernizadora que implica neutralidade axiológica da ciência.⁸⁸

A aplicação desse princípio científico reflete-se na seara do direito através do positivismo jurídico. Por considerar que o mundo dos valores pertence à metafísica, o positivismo jurídico promove a transferência desses valores – e juízos de valor – para o âmbito do irracional, do não cientificamente cognoscível, refutando a análise dos valores no raciocínio jurídico e contrapondo-se a um absolutismo derivado das doutrinas de direito natural.⁸⁹

O positivismo jurídico, para se compreender como um pensamento rigorosamente científico e racional, identifica o que é o direito de determinado ordenamento jurídico, ou seja, limita-se a atos de descrever, classificar e explicar sem omitir juízos de valores. É em decorrência desse entendimento que o papel do positivista é de mero descritor do objeto de sua ciência, não cabendo a ele qualificar de certo ou errado, justo ou injusto o conteúdo do que é descrito.

⁸⁷ A vinculação entre democracia e ciência política também é forte em Kelsen: segundo ele, uma genuína ciência política pode prosperar mais em uma democracia, onde sua liberdade e sua independência do governo estão asseguradas, do que em formas autocráticas; por outro lado, uma teoria antideológica, racionalista e relativista pode apreender “cientificamente” as formas de Estado, inclusive a própria democracia. (KELSEN, 2000c, p. 194).

⁸⁸ Este raciocínio está embasado na ideia, compartilhada inclusive por autores tão díspares como Weber e Schmitt, de que a ciência e a técnica não seriam capazes de produzir verdades no que se refere às decisões axiológicas, isto é, relativa a valores que guiam em última instância a ação humana. Segundo Weber, a ciência nunca poderia estabelecer valores porque a objetividade impõe a não valoração, e até porque os valores, além de serem múltiplos, estão em conflito insanável. Mas atenção: qualquer aproximação entre Weber e Kelsen será equivocada se o assunto for o conceito de Estado, que para Weber é tanto sociológico quanto jurídico; e para Kelsen, somente jurídico.

⁸⁹ O positivismo jurídico é derivado, em certa medida, do positivismo clássico ou sociológico comteano. Este encontra sua referência na experiência sensorial e na demonstração lógico-matemática, considerados os únicos fundamentos do conhecimento científico; desse modo, tudo o que não puder ser reproduzido por via experimental ou demonstrado com um cálculo lógico-matemático, passa a ser considerado como metafísico, irracional, ideológico e, portanto anticientífico. Influenciado por esse positivismo (mais propriamente o neopositivismo lógico de Viena) o positivismo jurídico também se apegava à ciência e à repulsa à metafísica, tornando-se o pensamento sistemático e racional mais rigoroso do século XX, segundo os cânones científicos que vigoravam na época.

Ora, nota-se que o cânone científico do positivismo implica um relativismo ético aplicado à seara jurídica. Está formatada, assim, a metodologia segundo a qual Kelsen constrói sua teoria jurídica, pautada no relativismo e no método científico.

Pois bem. Foi tentando elevar o direito à altura de uma ciência genuína que Kelsen formula a sua Teoria Pura do Direito, representação maior do positivismo jurídico⁹⁰. Ao final, tem-se, nessa teoria, um método “avalorativo” que coincide com a premissa filosófica aplicada à democracia.⁹¹

Reinicia-se aqui a aplicação daquela “dinâmica de intensidades” que, em essência, reflete que a intensidade de um elemento abstrato da teoria (no caso, o relativismo) é determinada pela *categoria* a qual é aplicado o *elemento*. E adiante-se: neste novo contexto, o relativismo kelseniano varia consoante a teoria que ele é aplicado – teoria democrática ou teoria jurídica, vistas como categorias.

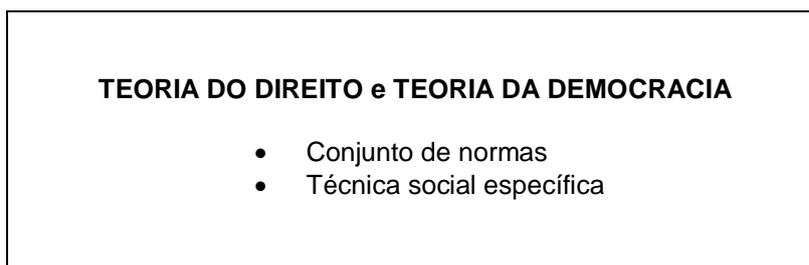
Embora isso possa passar despercebido para os mais desavisados, a maneira com que Kelsen aborda os fenômenos jurídicos e os democráticos proíbe qualquer generalização que considere a aplicação rigorosa das premissas em ambas as teorias. Explica-se.

A aplicação exata a essas duas categorias (teoria jurídica e teoria democrática) somente poderia ser acatada na medida em que se concebesse tanto o direito quanto a democracia como meras estruturas lógicas formais, como conjunto de normas, como técnica social específica – e nada mais; ou, noutra interpretação (também equivocada) se ambas as teorias, democrática e jurídica, fossem vistas como filosofias políticas, dotadas ambas de conteúdo axiológico pré-determinado. Resgate-se o recurso das ilustrações e observe-se a primeira hipótese aventada:

⁹⁰ Para outras vertentes do positivismo, conferir DIMOULIS (2006).

⁹¹ Evidentemente muito se poderia dizer sobre a Teoria Pura do Direito, mas limite-se a abordagem ao que mais propriamente interessa a esta pesquisa: o método relativista positivista impresso na teoria.

Ilustração 13 – Características semelhantes entre as teorias jurídica e política



Tomada em seu contexto, esta dissertação vem demonstrando que, apesar de a democracia se caracterizar como “conjunto de normas” (método, estrutura, forma, técnica social), ela (a democracia) deve também ser compreendida como um sistema ideológico (e, portanto, dotada de valores intrínsecos), de modo que a ilustração reflete apenas uma “meia verdade”, ou, uma “verdade incompleta”.

Mas resta afastar a tese de que a teoria jurídica de Kelsen é uma filosofia política (em contraste com sua teoria política).

A Teoria Pura do Direito (TPD) não se trata de um guia de ação política. Uma interpretação nesse sentido apenas é possível se se ignorar as premissas relativistas da teoria. Ora, já se afirmou aqui que com a TPD de Kelsen alcança-se o ápice do positivismo jurídico (sua mais expressiva manifestação) e já se viu também que, nesse aspecto, o direito é separado das questões éticas e da justiça.⁹²

Assim, a Teoria Pura do Direito, formulada por Kelsen, não se confunde com sua teoria da democracia. A TPD não exige como condição de validade da norma jurídica a participação de todos os indivíduos no processo de elaboração das leis. Nessa perspectiva, tanto a democracia quanto a autocracia não passam de regimes ou procedimentos válidos de elaboração das normas jurídicas que regulam e dão forma à vida social.

O procedimento de criação das normas na TPD não exclui, portanto, regimes políticos, não podendo ser considerada, nesse sentido, como uma “filosofia política”.

⁹² Mas é preciso ao menos apresentar uma problematização quanto a essa interpretação, apontando sua crítica mais costumaz. Tal crítica considera essa interpretação “imparcial” como ilusória. Na realidade, a TPD de Kelsen seria, ela própria, uma ideologia; uma ideologia que deseja ser vista como ciência. Por outro lado, uma contra argumentação aponta na direção de que se em tudo se quiser ver ideologia, culmina-se no argumento *ad infinitum*, e anda-se em círculos. No que tange mais propriamente a esta pesquisa, se acatada a crítica, enveredar-se-ia para uma interpretação na qual não há qualquer possibilidade de relativismo “absoluto”, impossibilitando a hipótese levantada. Seja como for, nessa dissertação, entende-se que a TPD contém uma premissa metódica em sua origem e que, para o bem ou para o mal, deve ser tomada como válida.

Na TPD, o ambiente teórico configura-se “desideologizado”, “purificado”, pois as ideologias, quaisquer que sejam, foram empurradas “para fora” da teoria. Não há, aqui, qualquer vinculação entre o direito – como objeto de análise –, e um valor político *a priori* que supostamente tenha o condão de caracterizá-lo como tal. Daí a insistência de Kelsen em recusar-se, na TPD, a preencher o conteúdo normativo ou a lhe fornecer alguma orientação axiológica predefinida.

Ressalte-se mais uma vez a diferença entre a teoria jurídica e a teoria da democracia kelsenianas: diferentemente da teoria jurídica (que se recusa a vincular valores políticos específicos), a teoria democrática se caracteriza como tal exatamente por vincular determinados valores a essa forma de Estado – e de Direito. Recorrendo novamente às ilustrações, observe-se como se manifesta essa situação teórica:

Ilustração 14 – Característica específica da teoria democrática kelseniana

TEORIA DO DIREITO	TEORIA DA DEMOCRACIA
Conjunto de normas Técnica social específica	Conjunto de normas* Técnica social específica*
	* Necessariamente vinculadas a um conteúdo axiológico caracterizado pela síntese entre Liberdade e Igualdade

Note-se que enquanto na teoria jurídica kelseniana o direito é apreendido apenas como um conjunto de normas e uma técnica social, uma análise da teoria política requer considerar a democracia para além desses atributos, ou seja, com um ideal político a ela vinculado. É dizer: o fenômeno democrático, em Kelsen, é vinculado a valores políticos específicos⁹³; o fenômeno jurídico, não.

E isto faz toda a diferença quando se busca analisar o pressuposto do relativismo aplicado a essas categorias. Isto porque quando o relativismo é pensado aplicado à teoria democrática, conforme se viu, implica sua própria relativização em

⁹³ Liberdade, igualdade, tolerância.

razão da necessidade de adequação ao valor da liberdade, característica mais importante da democracia kelseniana. Ocorre que consoante não há valores vinculados ao direito, o elemento *relativismo* aplicado à categoria *teoria do direito*, não implica qualquer relativização. Confira-se na ilustração:

Ilustração 15 – Elemento *relativismo* aplicado à categoria *Teoria do direito*



Assim, aplicado à Teoria Pura do Direito, o relativismo epistemológico e axiológico proposto por Kelsen atinge seu ápice de aplicação numa estrutura meramente formal de um conjunto de normas jurídicas; começa e termina da mesma maneira, não havendo diferenças de intensidade. Na ciência jurídica proposta por Kelsen, o relativismo configura-se como absoluto. Nesse sentido, aponta Gilberto Bercovici:

A formalização lógica do fenômeno jurídico busca reduzir o poder pela racionalização formal-normativa do irracional. **No entanto, esse relativismo kelseniano se torna absoluto, pois Kelsen o entende como aplicável a todo ordenamento como a verdadeira concepção de direito.** (BERCOVICI, 2013, p. 21, grifo nosso).

Seja como for, o relativismo kelseniano, como já afirmado, passa a ser relativizado quando aplicado na teoria democrática em razão das próprias características axiológicas imputadas à democracia. Observe-se a ilustração a seguir:

Ilustração 16 – Relativismo aplicado à categoria da Teoria da democracia



Portanto, se na teoria jurídica Kelsen consegue manter seu relativismo em sua ontologia – exatamente para mantê-la “pura” ideologicamente –, ele é obrigado a minorar a intensidade desse relativismo para adequá-lo às exigências valorativas da democracia.

Note-se, por outro lado, que embora Kelsen pretenda levar o princípio da neutralidade a sério mesmo quando o aplica à teoria democrática (associando-a à ideia racionalista-avalorativa da ciência), ele encontra como obstáculo a necessária relativização de seu relativismo “absoluto”. Isso quando a “neutralidade” desse relativismo já não é problematizada na sua teoria jurídica, consoante é o caso da observação de Gilberto Bercovici, a saber: “A teoria de Kelsen é relativista, mas não é neutra. Privilegia o domínio da forma, do abstrato, como parte do processo de racionalização, recusando qualquer concepção orgânica.” (BERCOVICI, 2013, p. 21).

Mas do que vale toda essa comparação entre relativismo “na política” e relativismo “no direito”? Ora, serve para ratificar a interpretação quanto à existência de formas “absolutas” e “moderadas” de relativismo, refletindo aquele paradoxo entre relativismo e liberdade, ou seja, “neutralidade axiológica” e “preferência valorativa”. De uma maneira mais ampla, essa comparação vale para confirmar a existência, na teoria da democracia kelseniana, de uma “dinâmica de intensidades” que atua sobre “um núcleo duro metodológico-valorativo”.

Mas por outro lado, essa comparação instiga outra reflexão: seria possível pensar a aplicação do relativismo kelseniano concomitantemente à sua teoria

jurídica e à sua teoria política como sendo estas uma mesma teoria, jurídico-política?

Essa questão implica apreender e esclarecer uma das mais intrigantes questões envolvendo a obra de Kelsen vista em seu conjunto, a saber: como o Kelsen, jurista e o Kelsen democrata se coadunam do ponto de vista teórico-valorativo? Há completude? Atrito? Desconexão total? Esclareça-se com mais acuidade essa problemática abordando sua obra numa perspectiva ao mesmo tempo “político-jurídica” (ou jurídico-política).

Considere-se que, informado por seu postulado filosófico-epistêmico-científico, Kelsen edifica a dimensão “jurídica” de sua teoria calcando-a sob a égide de um Estado formal de direito que lhe permite reconhecer regimes políticos autoritários. Calcado (aparentemente) nas mesmas premissas, a dimensão “política” de sua teoria indica a opção pelo regime democrático.

Ocorre que, quando vistas assim, como dimensões de uma mesma teoria, produz-se como resultado uma conjuntura teórica no mínimo curiosa, a saber: a defesa de uma democracia constitucional como forma de Estado e a legitimidade de regimes autocratas consubstanciada sob a égide de um Estado de direito formal.

Mas como apreender um construto intelectual que legitima teoricamente um Estado de direito autocrata ao mesmo tempo em que se presta a defender a democracia como forma de Estado? Exaltando ainda mais a diferença: como pode Kelsen acatar o regime nazista como direito válido⁹⁴ e defender a democracia como forma de Estado? Seria possível enxergar uma unidade teórica entre teoria do direito e da democracia?

Objetivando-se resolver a problemática e responder às questões formuladas, julga-se prudente partir do raciocínio mais simples e identificar, a princípio, a existência de “dois” Kelsen: o Kelsen “cientista do direito” e o Kelsen “filósofo político”. O primeiro propõe a criação de uma “verdadeira” ciência jurídica, analisando o direito apenas do ponto de vista formal; o segundo trata de defender a democracia através de uma filosofia política.

⁹⁴ Nesse sentido, afirma Kelsen: “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 jurídica desses Estados.”. (KELSEN, 1998, p. 29).

Essa caracterização permite que um deles, o Kelsen cientista, se conforme diante de um direito cujo conteúdo é expressamente autoritário, sem ter de fazer reservas de qualquer espécie; e permite que outro Kelsen, o filósofo político, apenas acate um direito se seu conteúdo for considerado democrático.

Mas este raciocínio em nada muda o que já foi dito até agora; a separação entre “dois” Kelsen apenas reflete duas teorias diferentes e a proposta é que estas sejam vistas concomitantemente, compondo uma apenas teoria – e por extensão, um “único” Kelsen.

Uma possibilidade de vislumbrar essa “nova” união é considerando que a teoria “jurídica” torna-se “democrática” durante seu *desenvolvimento*. Em termos menos abstratos: no momento de criação da ordem jurídica, havendo a participação popular na criação das leis, inclui-se na teoria seu elemento democrático.

Em outro giro, é nesse “momento valorativo” que o relativismo absoluto – que até então implicava o reconhecimento da “legitimidade” atribuída a um Estado autoritário –, se transforma em moderado ao acatar a proeminência do valor da liberdade atrelado à democracia; e a teoria jurídica passa a ser também *democrática*.

Assim, embora cada teoria tenha, de fato, sua vida própria, quando vistas em conjunto possibilitam uma interpretação que inclui todo o construto teórico-conceitual produzido, permitindo apreender, nessa teoria jurídico-política, não apenas um modelo jurídico de democracia, como também um modelo de Estado democrático.

Mas talvez o ponto central esteja no próprio Kelsen e em suas diversas facetas. Nesse sentido, pode-se dizer que num momento em que é preciso optar por valores, o Kelsen cientista do direito (indiferente a valores) adere ao Kelsen filósofo político (democrata). Minorada assim a dualidade cientista-filósofo a um ponto minimamente sustentável, pode-se vislumbrar um único Kelsen, que entre as formas possíveis de Estado, prefere a forma democrática. Colocada a questão nesses termos, vale a caracterização feita pelo biógrafo de Kelsen, Rudolf Aladár Métall, quanto a Kelsen ser um “defensor apaixonado de la democracia” (MÉTALL, 1976, p. 116). Ademais, considerada a questão num plano mais amplo, vale também a assertiva produzida por Miguel Reale, a saber: é o homem que explica a sua doutrina, não é a doutrina que explica o homem (REALE, 1984, p. 17).

CAPÍTULO IV - O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DA NORMA JURÍDICA DEMOCRÁTICA

Nota introdutória

Não obstante o aproveitamento de toda a digressão sobre o comportamento dos elementos abstratos na teoria kelseniana (que reforça a tese da especificidade da teoria), é preciso abordar uma questão central presente em qualquer outra teoria democrática que se preze. Trata-se de esclarecer qual o conteúdo valorativo efetivo que se vislumbra na norma democrática.

Nesse sentido, ainda que a teoria kelseniana tenha como premissa axiológica o binômio liberdade-igualdade, a questão objetiva é a de saber como compatibilizar essa premissa com a diversidade de valores que continua a vigorar no interior da ordem democrática. Confira-se então como Kelsen tenta resolver essa questão.

1 O problema social do conteúdo normativo

Kelsen nunca ignorou o problema social a respeito do conteúdo político-normativo da democracia. Ainda no seu ensaio de 1920 (*Essência e valor da democracia*), ele próprio levanta a questão: “que conteúdo o povo deverá dar às leis feitas por ele mesmo?”; e ele próprio assevera que nem os democratas radicais poderão resolver qual é o justo e melhor conteúdo da ordem do Estado (KELSEN, 2000a, p. 103).⁹⁵

Ora, se por um lado Kelsen não ignora o problema, por outro parece sugerir um certo “ceticismo” quanto à sua resolução. Mas não foi essa propriamente a proposta democrática kelseniana, conforme se verá adiante.

Recuperando o contexto histórico e a época em que Kelsen escreve, era de se supor que o preenchimento do conteúdo da norma democrática – a própria

⁹⁵ Contextualize-se a declaração de Kelsen. Após refletir sobre a “forma” da democracia, ele encaminha a questão: “Supondo-se que a ordenação do Estado possa ser determinada apenas pelos que estão interessados nela, supondo-se, pois, resolvida a questão da forma de governo, apresenta-se o verdadeiro e exato problema: que conteúdo o povo deverá dar às leis feitas por ele mesmo? Nem mesmo os democratas radicais poderão afirmar que com a questão da forma do governo também será resolvida a do conteúdo político, ou seja, do justo e melhor conteúdo da ordem do Estado.”. (KELSEN, 2000a, p 103).

vontade estatal – seria feito consoante às diretrizes ou da ideologia do liberalismo ou da ideologia socialista.⁹⁶

Nesse contexto, em seção específica do ensaio de 1955 (*Fundamentos da Democracia*), Kelsen promove uma investigação sobre a relação entre a democracia e a economia. Mais precisamente, entre o sistema político da democracia e os dois sistemas econômicos que à época rivalizavam entre si, a economia de mercado (capitalismo) e a economia planificada (socialismo). Kelsen então analisa criticamente os argumentos das doutrinas liberais e socialistas – e suas pretensões de “monopolizar” a democracia, vinculando-a a sistemas econômicos.

Entre as críticas formuladas por Kelsen a esse respeito, está aquela em que ele refuta a tese liberal da “incompatibilidade da democracia com o socialismo”, defendida pelo seu ex-aluno e economista Frederick Hayek, no livro *O Caminho da Servidão*, de 1944.

Hayek argumentara que a democracia apenas seria possível quando conjugada com o capitalismo, pois a economia planificada, por sua própria natureza, requeria um regime autocrático (HAYEK, 2010, p. 85).⁹⁷ Mas Kelsen contesta o argumento hayekiano do vínculo necessário entre democracia e capitalismo.⁹⁸ Segundo ele, não é nenhum princípio de liberdade econômica que define a democracia. Retomar-se-á esse ponto adiante.

Por outro lado, Hayek argumentara que a “regra de direito”, por ser, segundo ele, uma garantia de liberdade essencial para a democracia, não poderia ser mantida em um sistema econômico socialista, já que este, ao visar a uma igualdade material estaria em contradição com a igualdade jurídica que caracteriza o Estado

⁹⁶ Excluídos desse contexto o fascismo, o nazismo e o bolchevismo russo por serem formas autocráticas de governo, segundo Kelsen.

⁹⁷ Em seu livro de 1944, Hayek expõe ainda as vantagens de um regime de concorrência, comparando o então regime econômico aplicado na Inglaterra em face daqueles da Alemanha e Rússia.

⁹⁸ Kelsen interpretará as razões que leva Hayek a esse suposto equívoco interpretativo: “O argumento fundamenta-se no pressuposto de que socialismo é sinônimo de coletivismo, em contraposição ao individualismo do capitalismo liberal, e na identificação do coletivismo com o totalitarismo”. (KELSEN, 2000c, p. 275). De fato, Hayek faz essa vinculação. Ele argumenta que, embora existam diferentes tipos de coletivismo, todos se recusam a reconhecer as esferas autônomas nas quais os objetivos individuais são perseguidos; seriam, portanto, totalitários. Mas essa identificação, segundo Kelsen, é inadmissível porque o coletivismo existe na realidade social em graus diferentes (enquanto o totalitarismo é apenas o mais alto grau de coletivismo possível). Segundo Kelsen, coletivismo e economia planificada existem em vários graus e, portanto, não podem ser reduzidos ao conceito de totalitarismo, que seria o coletivismo no seu mais alto grau.

de Direito (HAYEK, 2010, p. 94).⁹⁹ Kelsen contra-argumenta afirmando que o objetivo da regra de direito (leia-se princípio da legalidade) não é a garantia da “liberdade” – conforme alegava Hayek – e sim a da “segurança”, no sentido de previsibilidade das ações do Estado; e que, nesse aspecto, a segurança “econômica” seria inclusive melhor garantida no socialismo do que no capitalismo (KELSEN, 2000c, p. 269-270).¹⁰⁰

No mesmo ensaio sobre a democracia, Kelsen refuta também duas teses de Schumpeter. A primeira dessas teses defendia que haveria mais propensão à tolerância no capitalismo do que no socialismo.¹⁰¹ Kelsen conclui que não haveria razões para pressupor que um governo socialista demonstrasse índices mais baixos de tolerância que um governo capitalista. Segundo ele, essa tolerância dependeria apenas dos níveis de ameaça que pudessem atingir os princípios fundamentais de cada sistema econômico, ou seja, enquanto esses princípios não estivessem seriamente ameaçados, ambos os governos ofereceriam, em tese, os mesmos níveis de tolerância. Nesse sentido, afirmara Kelsen:

A experiência recente mostra com clareza que, em uma democracia capitalista, a tolerância é o princípio fundamental a ser abandonado quando o princípio econômico predominante se vê ameaçado por forças anticapitalistas internas ou externas. É provável que o mesmo aconteceria em uma democracia socialista. (KELSEN, 2000c, p. 282).

Kelsen rejeita a outra tese de Schumpeter (ou melhor, da leitura de Kelsen sobre a obra de Schumpeter) de que a democracia, ainda que não fosse incompatível com o socialismo, teria mais afinidades (por sua própria natureza) com

⁹⁹ Haja vista Hayek apreender que não existe liberdade política se não houver liberdade econômica, a regra de direito somente seria possível em um sistema econômico capitalista. (HAYEK, 2010, p. 104).

¹⁰⁰ A expressão “regra de direito” guarda aqui um sentido específico: as funções administrativas e judiciárias do Estado devem ser o máximo possível determinadas por normas gerais de Direito preestabelecidas, de tal modo que caiba aos órgãos administrativos e judiciários o mínimo possível em termos de poder discricionário. Ocorre que não é o valor da liberdade que se pretende resguardar com isso e sim o valor da segurança, de modo que “deve-se admitir que o socialismo, com sua economia planificada, conduz exatamente a racionalização do processo econômico e a segurança econômica, em oposição ao capitalismo, o qual com sua produtividade anárquica está longe de garantir uma segurança econômica”. (KELSEN, 2000c, p. 269-270).

¹⁰¹ Segue o argumento de Schumpeter: “É mais fácil para uma classe cujos interesses são melhor atendidos se não tutelada praticar o autocontrole democrático do que para uma classe que tenta naturalmente viver às custas do Estado. O burguês, primordialmente absorto em suas preocupações pessoais, em geral tem – conquanto tais preocupações não estejam sob uma séria ameaça – muito mais probabilidades de mostrar tolerância pelas diferentes políticas e respeito pelas opiniões de que não compartilha do que qualquer outra categoria de ser humano. Além do mais, enquanto a sociedade for dominada pelos padrões burgueses, a tendência dessa atitude será a de se disseminar também pelas outras classes.”. (SCHUMPETER, *apud* KELSEN, 2000c, p. 281).

o capitalismo, em razão do princípio da livre concorrência – excluído por um sistema econômico socialista (KELSEN, 2000c, p. 279 e ss).

Ainda no ensaio de 1955, Kelsen resgata (e rejeita) o argumento de John Locke segundo o qual existiria um vínculo necessário e indissociável entre liberdade individual (como princípio do liberalismo) e propriedade individual (como base do capitalismo). Kelsen contesta esse argumento interpretando-o como proveniente de uma visão jusnaturalista e metafísica dos valores. Segundo Kelsen, a justificação produzida por Locke – a liberdade como fundamento da propriedade –, falha porque no desenvolvimento da teoria lockeana o direito à propriedade se coloca acima do direito à liberdade e, “Portanto, a tentativa de justificar a propriedade através da liberdade conduz à anulação de sua própria base: a ideia de liberdade como o valor supremo” (KELSEN, 2000c, p. 287).

Kelsen critica qualquer tese que se origine de uma ideia de direito natural, conforme ele julga ocorrer não apenas com teorias liberais, mas também com a teoria marxista. Desenvolvendo seu raciocínio sobre essa doutrina, Kelsen reflete que, uma vez que o principal problema político nela é o da propriedade, o argumento mais geral é o de que uma verdadeira democracia apenas seria possível num sistema de economia planificada – uma democracia “econômica”, no sentido de uma quantidade igual de riquezas. Ocorre que Kelsen não aceita essa ideia.

Para Kelsen, a única ideia de igualdade que faz sentido na democracia é a igualdade formal, isto é, a igualdade de direitos políticos. Ademais, segundo Kelsen, a noção de igualdade é passível de interpretações tão diferentes, que é absolutamente impossível estabelecer um vínculo entre ela e a noção de democracia. Ainda, segundo ele, a igualdade material pode muito bem ser realizada, talvez até mesmo melhor, em regimes ditatoriais, autocráticos (KELSEN, 2000a, p. 100).

Afastando a possibilidade de monopolização da democracia por uma doutrina ideológica específica, Kelsen critica tanto os teóricos liberais (e sua doutrina capitalista) quanto os socialistas (principalmente os que defendem o bolchevismo russo) vislumbrando-os como espécies de jusnaturalismos metafísicos. Nesse aspecto, “o mais poderoso argumento na defesa do capitalismo contra o

socialismo”¹⁰² assemelha-se àquele argumento da doutrina marxista “segundo a qual a realidade econômica determina sua superestrutura ideológica, isto é, intelectual e, sobretudo, jurídica e política.” (KELSEN, 2000c, p. 275). De acordo com Kelsen, ambas as ideologias, liberais e socialistas, padecem do mesmo equívoco interpretativo: uma espécie de determinismo econômico, uma interpretação econômica da sociedade que explica o político como uma consequência do sistema econômico.

Ao fim e ao cabo, Kelsen conclui que a democracia é compatível tanto com um sistema econômico socialista quanto com um sistema econômico capitalista. Enquanto sistema político amparado na regra de direito (ou seja, um sistema político-jurídico), a democracia não está necessariamente vinculada a um sistema econômico em específico.¹⁰³

Não obstante, numa comparação direta entre os valores da liberdade (associado em geral ao liberalismo) e o da igualdade (associado em geral ao socialismo)¹⁰⁴ há na teoria kelseniana, de fato, o predomínio da primeira em detrimento da segunda. Tendo refutado a democracia “social” dos marxistas e seu ideal de igualdade, Kelsen afirma sem pestanejar que a liberdade é o valor supremo da democracia: “É o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia” (KELSEN, 2000a, p. 100).¹⁰⁵

¹⁰² Segundo Kelsen, “doutrina capitalista”: Dizem eles que a coletivização não pode ficar restrita às questões econômicas, que a liberdade intelectual não mais poderá ser mantida se a liberdade econômica for suprimida e que o coletivismo que controla a vida econômica do homem deverá inevitavelmente controlar também sua vida intelectual. Esse é o mais poderoso argumento na defesa do capitalismo contra o socialismo (KELSEN, 2000c, p. 275). De fato, assim pensava Hayek, lembrando que o autor afirmara que “quem controla toda a atividade econômica controla os meios para todos os nossos fins” e que controle econômico não é meramente o controle de um setor da vida humana, que pode ser separada do resto; é o controle dos meios para todas as finalidades (HAYEK, 2010, p. 104).

¹⁰³ Aliás, “Uma vez que, enquanto forma de governo, um sistema político é, em primeiro lugar, um processo ou método para a criação e aplicação de uma ordem social, enquanto os sistemas econômicos formam o conteúdo da ordem social, não existe uma relação necessária entre um sistema político definido e um sistema econômico definido. O método democrático ou autocrático pelo qual uma ordem social é criada e aplicada não exclui nenhum conteúdo econômico dessa ordem. Nem o capitalismo nem o socialismo implicam um procedimento político definido e, portanto, os dois são – em princípio – compatíveis tanto com a democracia quanto com a autocracia.” (KELSEN, 2000c, p. 254).

¹⁰⁴ Sobre o tema, conferir FREEDEN (1996), principalmente os capítulos 4 e 11.

¹⁰⁵ Entretanto, Kelsen não despreza o valor da igualdade, mas considera a ideia de igualdade em sentido totalmente negativo, formal e secundário. Kelsen parte da liberdade para compreender a igualdade: “uma vez que todos devem ser livres na maior medida possível, todos devem participar da formação da vontade do Estado e, conseqüentemente, em idêntico grau”.

Essa constatação poderia muito bem sugerir uma maior aproximação da democracia kelseniana com o capitalismo do que com o socialismo, uma leitura que tende a associar Kelsen com a tradição liberal.¹⁰⁶ Contudo, é preciso certo cuidado nessa interpretação para não ignorar a relação muito próxima que Kelsen sempre teve com o socialismo, o que permite que até hoje muitos autores interpretem-no ideologicamente como um “liberal de esquerda antimarxista” – vide Mario Losano, que considera Kelsen um “socialdemocrata por convicção” (LOSANO, 2002, p. 27).

Do ponto de vista estritamente teórico, qualquer vinculação é, no mínimo, temerária. Primeiro porque na teoria de Kelsen o elemento da liberdade não é daquela liberdade negativa (anárquica) que impõe limites ao Estado – e nem de uma liberdade “econômica”. Segundo, porque, “da perspectiva da ciência, a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente conforme o são a autocracia e o socialismo” (KELSEN, 2000f, p.8).

Rigorosamente, o que caracteriza a democracia kelseniana é a liberdade política, que implica que o que “deve” ser estabelecido pelas normas democráticas diz respeito à liberdade positiva, ou seja, a liberdade que consiste na participação dos governados no governo. Noutra giro, “Não é a liberdade econômica, mas a liberdade intelectual – liberdade religiosa, científica e de imprensa – que é essencial à democracia” (KELSEN, 2000c, p. 275).¹⁰⁷ Nesse sentido, restaria saber se essa liberdade “intelectual” se beneficia de um regime econômico, no sentido deste oferecer um maior grau de liberdade intelectual:

A questão fundamental é saber se a liberdade intelectual pode ser mantida em um sistema político que suprime a liberdade econômica através da economia planificada. Ou, como tem sido formulada a questão, se a coletivização do setor econômico da vida leva ou não, necessariamente, a coletivização de todos os outros setores. (KELSEN, 2000c, p. 275, grifo nosso).

¹⁰⁶ Nesse ponto é importante ter em mente a distinção entre liberalismo econômico e liberalismo político. Ainda que possam ser feitas associações entre a doutrina kelseniana e a doutrina política liberal, imputar a Kelsen a defesa de um liberalismo econômico reflete uma interpretação equivocada.

¹⁰⁷ Em aspectos como este, vislumbra-se uma associação entre democracia e liberalismo político, ao passo que o liberalismo inerente à democracia moderna não significa apenas autonomia política do indivíduo, mas também autonomia intelectual, essência do racionalismo. Por outro lado, essa democracia liberal ou moderna é apenas um tipo de democracia, não sendo os princípios da democracia e do liberalismo idênticos (KELSEN, 2000c, p. 184). Embora Kelsen pondere que o liberalismo modificou em parte o conteúdo da democracia ao inserir garantias individuais e colocar restrições ao princípio democrático, ela continua sendo governo do povo, este participa da criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade.

Nesse ponto, insurge-se novamente uma característica marcante na teoria kelseniana: a indeterminação na relação entre a democracia e a economia. Afinal, uma democracia capitalista garante tão-somente liberdades formais ou jurídicas, não havendo na experiência histórica, segundo Kelsen, comprovações de que o socialismo não possa conviver com a democracia: “nossa tese, portanto, é a de que, enquanto sistema político, a democracia não está necessariamente vinculada a um sistema econômico específico.” (KELSEN, 2000c, p. 297). Kelsen inclusive descaracteriza a vinculação entre democracia e eficiência, no sentido de que um sistema autocrático pode conseguir resultados mais sólidos que os alcançados pelos sistemas democráticos (no entanto, não em termos de liberdades).

Consoante visto, Kelsen não oferece um guia de ação política nos exatos termos de um liberal ou de um socialista, cujas concepções de mundo (valores) englobam vínculos com a economia e já se encontram bem teorizadas, aguardando a possibilidade de serem efetivadas na ordem jurídica. Nesse sentido, o “democratismo” de Kelsen está longe de ser assemelhado a um liberalismo ou um socialismo (ao menos na seara econômica).

2 A incerteza democrática institucionalizada

Todavia, se pouco importa como a ordem política deve ser constituída (se em base socialista ou capitalista) em Kelsen, é preciso avançar sobre o problema de se saber qual o conteúdo normativo democrático efetivo, pois até o momento, o mais próximo que se chegou ainda gira em torno da síntese entre liberdade e igualdade. Mas para isso, é preciso tentar apreender a teoria kelseniana nos marcos de um pensamento aberto que prescindir de uma “ordem estatal preexistente”. E toda essa questão trata, conforme já aludido, de uma diferença de mentalidade.

Nesse sentido, argumentar a favor de uma “ordem estatal preexistente” (vinculada ou não a um sistema econômico), ainda que derivada de uma “vontade popular”, corresponde à defesa de uma “fé metafísica-religiosa”, uma fé oposta ao relativismo sobre o qual se funda a democracia kelseniana. No fundo, um “erro epistemológico”, cometido inclusive por democratas radicais. Resgate-se um trecho do texto kelseniano pertinente a essa questão:

Sem dúvida diversos apologistas da soberania popular arriscaram afirmações de tal gênero, e tampouco Rousseau esta tão longe disso quando, para justificar a força obrigatória das decisões da maioria, a autoridade de tal maioria, afirma que a minoria estaria enganada quanto ao verdadeiro conteúdo da *volonte generale*. Mas qualquer um percebe então que os paladinos da democracia recorrem a um argumento completamente alheio à essência dela. Se a ideia de uma relação eminentemente pessoal com o Absoluto, com a Divindade, concedida por graça divina a um único chefe, a um autocrata que se apresenta como enviado, instrumento, filho desse ser supremo, ainda pode ter pretensões à fé do povo, o mesmo certamente não se aplica ao número imenso dos que compõem a massa anônima, a qualquer um. A democracia, se quisesse seriamente legitimar-se desse modo, estaria desempenhando o papel do asno na pele de leão. (KELSEN, 2000a, p. 104).

Assim, segundo Kelsen, querer definir antecipadamente um conteúdo valorativo já exclui a sua significação “democrática” porque se entende, nessa antecipação, não a premissa relativista, e sim, a absolutista. Não há outra saída em Kelsen: se se indica em filosofia um valor como predominante sobre os outros, deve-se abandonar o princípio do pluralismo político (exceto o valor da liberdade política!).

Entretanto, a incerteza quanto a esse conteúdo, derivada de uma concepção crítico-relativista do mundo, parece tornar a defesa da democracia muito pouco atrativa. O problema é que essa democracia gera certa resistência quando se constata que poucas pessoas estão dispostas ou são capazes de aceitar responsabilidades por suas escolhas:

Assim, o relativismo impõe ao indivíduo a difícil tarefa de decidir por si mesmo o que é certo e o que é errado. Isso implica, sem dúvida, uma séria responsabilidade, **a mais séria responsabilidade moral que um homem pode assumir**. O relativismo positivista significa autonomia moral. (KELSEN, 2000c, p. 382, grifo nosso, nota 70).

Daí que muitos prefiram transferir esse encargo para uma autoridade extrínseca que “resolva” quais são os valores “perfeitos”. Ocorre que Kelsen tem como pressuposto a necessidade de se manter a harmonia social a despeito das diferenças de ordem valorativa existentes na sociedade. E a compreensão da relatividade dos valores exige uma forma elevada de compromisso:

O compromisso significa a solução de um conflito por meio de uma norma que não se conforma inteiramente aos interesses de uma parte, nem contradiz inteiramente os interesses da outra. Na medida em que, numa democracia, os conteúdos da ordem jurídica também não são determinados exclusivamente pelo interesse da maioria, mas são o resultado de um compromisso entre os dois grupos, a sujeição voluntária de todos os indivíduos à ordem jurídica é mais facilmente possível que em qualquer outra organização política. (KELSEN, 2000f, p. 412)

Para Kelsen, o que importa é manter-se “pelo menos cético diante da exigência democrática, e suficiente duvidar de que apenas o povo, apenas a maioria tenha acesso ao conhecimento da verdade e do bem” (KELSEN, 2000a, p. 104). A teoria democrática kelseniana torna-se assim “irritantemente” relativista, pois ela não é somente relativista quando contraposta a regimes autocráticos; ela é relativista também quanto ao conteúdo da norma.

Todavia, é diante desse ambiente desfavorável, tenso e problemático, que Kelsen promove seu democratismo. Embora o relativismo kelseniano force-o a se abster de defender conteúdos axiológicos específicos, seu sistema de regras viabiliza a permanência de todos os valores em disputa sem inibir as controversas questões sociais. Consequentemente, a vontade do Estado, isto é, o conteúdo da ordem jurídica, pode ser o resultado de uma conciliação, figurando a democracia como regime político propenso a manter a paz social; mas, frise-se, não há ingenuidade alguma nesse raciocínio: para Kelsen, “democracia é discussão” (KELSEN, 2000c p. 183).

Assim, quanto ao conteúdo valorativo efetivo da norma democrática, não há possibilidade de predefinições; e a incerteza daí derivada faz parte do próprio jogo democrático, funcionando como contraponto à certeza “absoluta”, “autoritária” e “metafísica” da autocracia. Em um regime de liberdades, conforme teorizado por Kelsen, os indivíduos podem mudar de opinião legitimamente através da aquisição de informações e da ação persuasiva de seus interlocutores sociais; no geral, é isso que possibilita que uma minoria venha a se tornar maioria a qualquer momento.

Por outro lado, essa mesma incerteza se apresenta com ampla estabilidade e credibilidade jurídico-institucional (através do constitucionalismo), já que a tomada das decisões políticas se dá de forma jurídica organizada, garantindo que uma maioria não tire a minoria, buscando exatamente a salvaguarda da liberdade. Em suma, o sistema democrático kelseniano é fundamentalmente incerto, não em sua essência, mas em seus resultados; contudo, estes resultados já serão democráticos se a autonomia dos indivíduos for respeitada.

Por tudo isso, segundo Kelsen, a democracia emerge como o modelo que mais se aproxima da perspectiva da liberdade, impondo a indisponibilidade do pluralismo político e a livre manifestação das opções políticas, inclusive afastando

qualquer ameaça de um conteúdo absoluto característico de regimes autocráticos. É assim que Kelsen tenta resolver o “paradoxo” que criou, no sentido de que a própria indefinição sobre o conteúdo é o que lhe fornece significado democrático.

CONCLUSÕES

Esta dissertação partiu da premissa de que a teoria democrática de Kelsen nunca recebeu a devida atenção por parte dos cientistas políticos brasileiros (confira-se os prováveis motivos no Apêndice que segue à dissertação). Em razão desse desconhecimento, sua teoria foi relegada a um segundo plano, o que impediu que se reconhecesse nela uma especificidade que a diferencia de outras teorias democráticas, quer procedimentais quer substantivas. Trata-se de um vínculo necessário entre método e valores, que pode ser interpretado como uma quebra de paradigma em razão do fim dessa dualidade forma-valor, problematizando inclusive a classificação da teoria como meramente procedimental.

Procurou-se demonstrar essa especificidade dividindo a dissertação em quatro capítulos. Recuperou-se os resultados específicos de cada um deles para depois se fornecer um apanhado geral a respeito.

No capítulo I, a pesquisa pontuou e esclareceu os motivos pelos quais Kelsen criticou a “teoria clássica da democracia”. Afastando-se de unanimidades quanto aos interesses sociais, ele concebe o povo somente no seu aspecto jurídico. Rejeitando atribuir significado racional a conceitos como “bem comum” ou “vontade/representação/soberania populares”, não vislumbra neles qualquer substância na realidade democrática.

Com a imputação de uma sobrecarga fictícia à teoria, Kelsen se afasta dos clássicos assim consoante Schumpeter o faria anos mais tarde, numa ruptura teórica que inauguraria uma nova tradição democrática. Todavia, suas críticas não o impedem de reconhecer na teoria clássica um indivíduo racional dotado de autodeterminação e um ideal político que une liberdade e igualdade. Com isso, renuncia-se a construção de uma teoria peculiar, diversa também da teoria schumpeteriana.

No capítulo II, a pesquisa demonstrou como Kelsen adequou a ideologia democrática à sua realização prática numa necessária esfera jurídico-institucional, utilizando-se da metonímia da *vontade estatal*. Partindo da premissa da autodeterminação do sujeito, Kelsen ressignifica a *vontade popular* num conceito jurídico (*vontade estatal*), implicando a participação dos indivíduos na criação da ordem jurídica. Mediante esse construto teórico, onde a própria dialética entre

maioria-minoria pressupõe a presença de princípios axiológicos, Kelsen não apenas formata uma visão procedimental e mais realista da democracia, como também lhe fornece contornos ideológicos que a afastam de elitismos democráticos como o de Schumpeter.

No capítulo III, a pesquisa investigou a teoria kelseniana sob a ótica predominantemente axiológica, apresentando e problematizando seus elementos abstratos. Reconhecendo o vínculo entre liberdade e democracia na teoria, rejeitou a premissa relativista em sua forma tradicional, oferecendo-lhe uma interpretação particular.

Trata-se da existência de uma “dinâmica de intensidades” que atua sobre o “núcleo metodológico-valorativo” da teoria, em sua própria faixa referencial, que culmina por caracterizar formas absolutas e relativas nos próprios elementos que compõe esse núcleo. Ao final, o relativismo kelseniano emerge relativizado exatamente para compor-se com a liberdade da democracia, ratificando a especificidade da sua teoria democrática. Estendida a interpretação para a teoria jurídica do autor, constatou-se um pico de intensidade no seu relativismo que possibilita a admissão de um Estado de Direito independentemente de seu conteúdo normativo.

No capítulo IV, a pesquisa buscou esclarecer qual é efetivamente o conteúdo axiológico da norma democrática na teoria kelseniana a partir do binômio liberdade-igualdade. Constatou que a teoria democrática de Kelsen não se caracteriza por exigir um monopólio oficial de valores a preencher sua formatação conteudística. Em verdade, é exatamente essa incerteza institucionalizada que garante sua expressão democrática, ao permitir a permanência da diversidade de valores que convivem no interior de uma sociedade plural.

Diante do todo da dissertação, a democracia kelseniana pode ser apreendida sob vários ângulos que, no conjunto, também informam particularidades dessa teoria.

Do ponto de vista filosófico, a democracia de Hans Kelsen se apóia numa epistemologia e numa axiologia. Essa apreensão do conhecimento incorpora elementos do neokantismo de Marburgo e do positivismo lógico do Círculo de Viena.

Do prisma da ciência, essa democracia se manifesta como um princípio de racionalização das decisões. Do ponto de vista da psicologia, a democracia kelseniana corresponde a uma atitude mental relativista de um “tipo democrático”; uma personalidade capaz de desejar a liberdade não apenas para si mesmo, mas também para o outro, por reconhecê-lo como igual.

Do ponto de vista político-social, a democracia é “discussão” com vistas à resolução pacífica dos conflitos, feita através de um compromisso temporário entre interesses antagônicos; compromisso que promove a sustentação social dos valores que compõem o sistema. Da ótica institucional, uma democracia de partido arrimada num sistema eleitoral proporcional e com limitação temporal dos mandatos; e um parlamento aberto a reformas.

Do ponto de vista jurídico, uma democracia que não se satisfaz com a legislação, mas propugna uma jurisdição constitucional que lhe garanta normas democráticas; trata-se de democracia forjada num Estado de Direito. Do ponto de vista ideológico, a trindade da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade –, é o seu verdadeiro símbolo. Por outro lado, embora a democracia não se vincule a um sistema econômico, permite-se que valores derivados das ideologias socialista e liberal nela conformem sua normatividade.

Caminhando para o fim, e agora ressaltando a especificidade quanto à relação “método-valor” da teoria, resgate-se o que se verificou na pesquisa: uma teoria que se preocupa com método competitivo de criar governos, mas porque nele identifica o valor da liberdade; uma teoria que ressignifica conceitos clássicos mantendo seu componente axiológico; uma teoria que não predefine seu conteúdo normativo para que este seja definido *democraticamente*.

De certo, a democracia é valor. Mas tal mundo de valores pressupõe certamente o processo como instrumento de resolução dos conflitos e produção das normas que dão ordem à vida coletiva. Por outro lado, também é certo que a democracia é método, mas tal método é inspirado em princípios de liberdade e igualdade, que se realizam impedindo a concentração dos poderes políticos, econômicos, sociais e culturais existentes na sociedade e promovendo a sua difusão. Por tudo, se a teoria de Kelsen não encerra uma dicotomia, ao menos

atenua a dualidade “forma-valor” que ainda separa duas grandes vertentes da teoria política contemporânea.

No fundo, a teoria kelseniana apresenta um conceito pluralista de democracia que se afirmara nas constituições européias em vigor principalmente depois da Segunda Guerra Mundial. Aliás, uma conceituação que corresponde a uma das noções (sobre democracia) de maior sucesso na Europa, que resulta de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão sobre a ordem democrática, a saber:

Aquela pertinente ao poder no âmbito de um Estado de Direito, exercido com fundamento na autodeterminação do povo, de acordo com a vontade da maioria, com observância da liberdade e da igualdade, excluído todo o poder violento e arbitrário.¹⁰⁸

Retome-se então agora a questão proposta na introdução: em que medida pode-se afirmar que Kelsen construiu uma teoria procedimental “valorativa” da democracia? Ora, entendendo que seu formalismo contém intrinsecamente o valor democrático da liberdade, entre outros, como a igualdade e a tolerância; que a *vontade estatal* que se realiza na norma jurídica democrática é composta pelo conteúdo axiológico resultado de um compromisso entre interesses contrastantes advindos da relação dialética entre maioria e minoria estabelecida no parlamento, que por sua vez, forma-se através dos partidos que reúnem as ideias populares.

Entretanto, por certo, todas essas atribuições conferidas à teoria democrática de Hans Kelsen – admite-se –, fazem parte apenas de uma das inúmeras possibilidades interpretativas sobre a teoria. Nesse sentido, o que se apresentam aqui como possíveis “virtudes” continua a merecer questionamentos e problematizações, ressaltando-se suas inconsistências e incompletudes.

Exatamente por isso, não se pode concluir pela defesa da teoria em detrimento de outras formas ideais possíveis, nem mesmo as formas que a democracia efetivamente assume na realidade. Até porque a democracia de Kelsen – reconhecida como uma democracia de partido nos termos de Manin – corresponde a uma determinada conjuntura histórica, que não pode ser simplesmente generalizada ao custo de produzir anacronismos. Não obstante, parece razoável crer

¹⁰⁸ Conceituação citada em CAGGIANO (2011).

que a teoria de Kelsen, por unir ideologia ao procedimento e aproximar decisões do governo da vontade popular, já dispunha de condições para melhor interpretar o fenômeno democrático do que a teoria de Schumpeter.

O que de fato se objetivou com essa pesquisa foi a exaltação de um conteúdo axiológico presente na teoria, pouco notado pelos estudiosos da democracia. É bem verdade que, ainda assim, os críticos poderão entendê-la como dotada de um formalismo cínico, onde o conteúdo da forma, no caso o método democrático, é a própria forma. Seja como for, isto apenas demonstra que o conceito de democracia é suficientemente amplo para abrigar concepções um tanto quanto diversas e potencialmente contraditórias.

REFERÊNCIAS

- ALARCÓN OLGUÍN, Victor. **Hans Kelsen: bitácora de un itinerante**. In: CORREAS, Oscar (org.). *El outro Kelsen*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1989.
- ARAUJO, Cícero. **Representação, soberania e a questão democrática**. Revista Brasileira de Ciência Política (Impresso), v. 1, p. 47-61, 2009.
- _____. **República e Democracia**. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, SP, v. 51, p. 5-30, 2000.
- AVRITZER, L.; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para Ampliar o Cânone Democrático**. In: Boaventura de Sousa Santos. (Org.). *Democratizar a Democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BOBBIO, Norberto, MANTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- _____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- _____. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.
- BONGIOVANNI, Giorgio. **Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato: Hans Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920**. Milano: Giuffrè, 1998.
- _____. **Estado de Direito e Justiça Constitucional**. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920, pags. 379-416, In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.) *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BRANDÃO, Assis. **Bobbio na História das Ideias Democráticas**. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, v. 68, p. 123-145, 2006.
- CAGGIANO, Monica Herman. **Democracia x Constitucionalismo. Um navio à deriva?** Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho/Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n° 1, 2011. Disponível em http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf. Acesso em: 15. ago. 2016.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Aos que não vêm que não vêm aquilo que não vêm: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado**. In: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

- _____. **Kelsen, o positivismo e o ensino do Direito nos anos 70.** In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de direito tributário e finanças públicas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 329-344.
- _____. **Direito e Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2000.
- DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na Obra de Hans Kelsen.** 1. ed. Revista dos Tribunais, 2010b. v. 1. 383p.
- DIAS TOFFOLI, José Antônio; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (Estudo introdutório para a edição brasileira da 'Autobiografia' de Hans Kelsen). In. KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen.** Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt. Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. 301 p.
- DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia.** São Paulo: EdUSP, 1999.
- ELSTER, John, ed. **Deliberative Democracy.** Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FINLEY, Moses. I. **Política no mundo antigo.** Tradução: Gabinete Editorial de Edições 70, 1983.
- FREEDEN, M. **Ideologies and political theory.** A conceptual approach. Oxford. New York: Oxford University Press; Clarendon Press, 1996.
- GAVAZZI, Giacomo. **Introdução.** In: KELSEN, Hans. *A democracia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito em Kant e Kelsen.** 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade, volume I; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Legislação e Liberdade:** Uma nova formulação dos princípios liberais de Justiça e Economia Política. (Apresentação e supervisão da tradução de Henry Maksoud; tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges). São Paulo: Editora Visão, 1985. 3v. 180.

- _____. **Os fundamentos da liberdade**. Introdução de Henry Maksoud; tradução de Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. Título original: *The constitution of liberty*. São Paulo: Visão, 1983.
- _____. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- HELD, David. **Democracy and the global order: from the modern state to cosmopolitan governance**. Stanford University Press, 1995.
- HERRERA, Carlos Miguel. **A política dos juristas: Direito, Liberalismo e socialismo em Weimar**. São Paulo: Alameda, 2012.
- _____. **Kelsen y El socialismo reformista**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), n. 26, Mexico, abril/junio 1997.
- HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**. Tradução: Maria Luiz X. De A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.
- HUPSEL, Walter Mesquita. **Estado, direito e política no pensamento de Hans Kelsen**. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.
- JABLONER, Clemens. **Kelsen and his circle: the viennese years**. European Journal of International Law, v. 9, n. 2, pp. 368-385, 1998. Disponível em: <http://www.ejil.org/pdfs/9/2/1496.pdf>. Acesso em 11. nov. 2014.
- _____. **Introducion**. In: *Weimar: a jurisprudence of crisis* / Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, editors; translated by Belinda Cooper with Peter C. Caldwell ... [et al.]. Berkeley: University of California Press, c2000.
- JESTAEDT, Mathias. **Introdução**. In: KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt. Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli. 4. ed. Rio de Janeiro :Forense, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoría comunista del derecho y del Estado**. Trad. Alfredo Weiss. Buenos Aires Emecé Editores, 1957.
- _____. **A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920** (1924). In: *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo.
- _____. **Teoria Pura do Direito** (1960). 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Autobiografia**. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Introdução de Mathias Jestaedt. Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli. 4. ed. Rio de Janeiro :Forense, 2012.
- _____. **Essência e valor da democracia**. In: *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

- _____. **O problema do parlamentarismo.** In: A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- _____. **Fundamentos da democracia.** In: A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000c.
- _____. **O conceito de Estado e a psicologia social.** In: A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000d.
- _____. **Absolutismo e relativismo na filosofia e na política.** In: A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000e.
- _____. **Teoria geral do direito e do Estado.** 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000f.
- _____. ***Socialismo y Estado: una investigación sobre la teoría política del marxismo.*** México: Siglo XXI Editores, 1982.
- LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas.** Lisboa: Gradiva, 1989.
- LINZ, Juan J. **La quiebra de las democracias.** Formas de organización política. Alianza Editorial. 1987. 169 p.
- LOSANO, Mario G. **Sistema e Estrutura no Direito.** vol. 2 - O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Kelsen Teórico da Democracia e o Corporativismo dos Anos 1930.** In Júlio Aguiar de Oliveira – Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (eds.), *Hans Kelsen, teoria jurídica e política*, Forense Universitária, Rio de Janeiro 2013, pp. 281-320.
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito.** São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MACPHERSON, C. B.; **Canadian Broadcasting Corporation.** The Real World of Democracy. Nova Iorque; Oxford: Oxford University Press, 1966.
- MANIN, Bernard. **As metamorfoses do governo representativo.** Tradução de Vera Pereira. Rev. bras. Ci. Soc. v.10 n.29 São Paulo out. 1995.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Contra o absoluto:** perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. **Positivismo jurídico e autoritarismo político:** a falácia da *reductio ad Hitlerum*. In: Dimitri Dimoulis; Écio Oto Duarte. (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional*. 1ed. São Paulo: Método, 2008, v. 1, p. 103-127.
- _____. **Estado de exceção e ideologia juspositivista:** do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso), v. 54, p. 11-48, 2009.

- MÉTALL, Rudolf Aladár. **Hans Kelsen vida y obra**. Mexico: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.
- MIGLINO, Arnaldo. **A democracia como difusão do poder**. In Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba, PR: ABDConst., 2011. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista3/arnaldomiglino.pdf>. Acesso em 01. out. 2016.
- MORGAN, Edmund Sears. **Inventing the people: the rise of popular sovereignty in England and America**. New York: W. W. Norton, 1989. 318 p.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de. **Os fundamentos da democracia: análise crítica da justificação funcional da democracia por Hans Kelsen**. Revista Videtur, n. 27, 2005. Disponível em: <http://www.hottopos.com>. Acesso em 01. out. 2016.
- O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa**. Tradução: Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- PASQUINO, Pasquale. **Penser la démocratie: Kelsen à Weimar**. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt. Paris: L'Harmattan, 1995.
- PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Tradução de Luis Paulo Rouanet. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- PÉCORA, Gaetano. **La democrazia di Hans Kelsen**. Napoli: ESI, 1992.
- _____. **Introdução ao Pensamento Político de Hans Kelsen**. Tradução de Carlos Magno Spricigo Venerio. Curitiba: Juruá, 2015. 144p. Título original: Il pensiero politico di Kelsen (Editori Laterza, 1995).
- POLTRONIERI, Renato. **Conceitos jurídicos e teoria do ordenamento: introdução ao estudo do direito e da norma jurídica, segundo a teoria da unidade conceitual**. 1. ed. São Paulo: R Poltronieri, 2012. v. 1. 302p.
- PRZEWORSKI, Adam. **Self-Government in Our Times**. Department of Politics New York University, New York University, 2005. Disponível em <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.330.3534&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em 01. out. 2016.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. **A visão integral do direito em Kelsen**. In: PRADO, Luiz Regis (coord.); KARAM, Munir; REALE, Miguel. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- RÊGO, Walquíria Domingues Leão. **Notas sobre o conceito de democracia em Joseph A. Schumpeter e Hans Kelsen**. São Paulo, UNICAMP. 1994. Disponível em:

http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7532&Itemid=363 Acesso em 01. out. 2016.

ROSANVALLON, Pierre. **Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity**. Princeton University Press, 2011.

_____. **La démocratie inachevée**: histoire de la souveraineté du peuple en France. Paris: Gallimard, 2000. p. 15;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SAMUELSON, Paul A. **Schumpeter como Professor y Teorico de la Economia** (in Schumpeter, Científico Social — El Sistema Schumpeteriano.) Barcelona, Ediciones de Occidente S.A., 1965, p. 107.

SANTOS, Boaventura Souza; ARVITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone democrático**. Revista Crítica de Ciências Sociais, 11 nov. 2003. Disponível em: www.eurozine.com. Acesso em 01. out. 2016.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da Democracia Revisitada**. São Paulo: Ática, 1994.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SICHES, Luis Recasens. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. México, DF: Porrúa, 1963. 576 p.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006 (2009).

_____. **O pensamento político de Kelsen**. In: SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: ensaios introdutórios* (2001-2006). Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Notas sobre o pensamento político de Hans Kelsen. *Nomos* (Fortaleza), v. 34, p. 15-27, 2014.

SKINNER, Q. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. **Liberdade antes do liberalismo**. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

SOLON, Ari Marcelo. **A Competência da Assembléia Nacional Constituinte de 1933/34** (Um texto de Kelsen sobre o Brasil). *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, SP, v. 9, 2000a.

_____. **Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

SQUELLA, Agustín. **Idea de la democracia en Kelsen**. *Estudios Públicos*, n. 13, pp. 47-60, 1984. Disponível em: www.cepchile.cl/dms/archivo_1073_914/rev13_squella.pdf Acesso em: 15. ago. 2016.

STRAUSS, Leo. **Direito natural e história**. Lisboa: Edições 70, 2009.

TANNOUS, T. S.. **O Aluno do Aluno**: a controvérsia entre Hans Kelsen e Fritz Sander. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, USP, Brasil. São Paulo, 2013.

VENERIO, Carlos Mano Spricigo. **A concepção de democracia de Hans Kelsen**. Criciúma (SC): Ed. UNESC, 2010.

APÊNDICE

Kelsen, Schumpeter e a Ciência Política brasileira

Este texto compõe uma reflexão que até poderia constar no corpo da dissertação, pois com ele guarda relação. Contudo, pelo seu caráter secundário em comparação ao texto principal, figura apenas apenso àquele, completando o que fora exposto na Apresentação.

Abordam-se aqui duas intrigantes questões acadêmicas que envolvem a teoria democrática kelseniana, a saber: “Por que a teoria democrática de Kelsen não foi recepcionada pela Ciência Política brasileira?” e “E por que, ainda quando o foi (como uma teoria procedimental), não alcançou o *status* atribuído à teoria democrática de Schumpeter?”.

O intuito de propor essas indagações se divide em três objetivos: i) fundamentar, *a posteriori*, a ideia sugerida na Apresentação quanto à abordagem (ou, melhor, a ausência dela) dos estudiosos de Ciência Política brasileira no que tange à obra kelseniana; (ii) oferecer problematizações envolvendo o procedimentalismo kelseniano e schumpeteriano e (iii) dar cabo às questões que vão da mera curiosidade acadêmica à crítica intelectual.

Dito isso, cuide-se então de esclarecer o teor das perguntas propostas, iniciando-se com a primeira: “Por que a teoria democrática de Kelsen não foi recepcionada pela Ciência Política brasileira?”.

É evidente que a pergunta já guarda consigo implicitamente uma afirmação – a de que existe uma não-recepção da obra de Kelsen nos círculos da Ciência Política tupiniquim. E essa premissa encontra sua validade ao se constatar a ausência da teoria kelseniana na grande maioria dos estudos sobre teorias democráticas.

Uma rápida pesquisa nos sites de busca acerca de artigos acadêmicos, por exemplo, é suficiente para averiguar que textos dedicados a Kelsen, escritos por estudiosos da Ciência Política, são raros. Para se ter uma ideia, conferindo a produção acadêmica diretamente relacionada ao autor, consta no Departamento de Ciência Política da USP apenas uma dissertação de Mestrado (*Estado, direito e*

política no pensamento de Hans Kelsen).¹⁰⁹ E esta, se por um lado tem o mérito de relacionar Hans Kelsen e Carl Schmitt, ironicamente revela como este último autor, que não é propriamente um democrata, desperta mais curiosidade no Departamento do que o primeiro.

Mas se válida a pergunta, qual resposta pode lhe ser dada?

Uma primeira hipótese é de cunho mais geral: a teoria democrática de Kelsen não foi recepcionada pela Ciência Política brasileira porque os estudiosos da área não conhecem a produção teórica de Hans Kelsen sobre política; ou, no limite, desconhecem o próprio autor – o que é mais “imperdoável” ainda do ponto de vista acadêmico.

A segunda hipótese – que até pode ser vista conjugada com a primeira –, é a de que a teoria democrática de Kelsen foi desprezada em razão de uma visão (equivocada) sobre sua teoria jurídica. Explica-se: alguns setores doutrinários relacionaram a teoria jurídica de Kelsen (e o positivismo jurídico como um todo) ao nazismo¹¹⁰; e isto pode ter contribuído para ocasionar um certo “desconforto intelectual” na possível abordagem sobre a obra política do autor. Essa acusação a Kelsen não é nova e embora esteja baseada em argumentos já superados, volta novamente à tona a depender da doutrina jurídica em moda nos bancos acadêmicos.

Todavia, ainda que não se houvesse descartado o estudo da teoria de Kelsen por essa “nobre” razão, o fato é que muitos professores de direito ainda o apresentam como um autor formalista (em sentido pejorativo) “incapaz” de reconhecer a *política* no *direito*. Nesse sentido, Kelsen é mesmo um autor estigmatizado. Embora tenha uma grande sensibilidade política – conforme comprova sua teoria democrática –, ainda existem preconceitos que recaem sobre sua obra jurídica. Ao final, acredita-se que esta espécie de “repulsa” ao autor (feita

¹⁰⁹ Conferir HUPSEL, Walter Mesquita. *Estado, direito e política no pensamento de Hans Kelsen*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2004.

¹¹⁰ Representantes de doutrinas jusnaturalistas e moralistas como as de Gustav Radbruch, Leo Strauss e Friederick Hayek tiveram essa postura (com uma espécie de argumento geral chamado de *reductio ad Hitlerum*). No Brasil, muitos autores simpáticos a esse setor doutrinário, de uma maneira ou de outra ainda relacionam o positivismo (e nele, o kelseniano) ao direito nazista. Entre eles, Almeida e Christmann, Neves, Barroso, Pereira, Pasqualini, Venosa, todos eles citados (e criticados) por Dimitri Dimoulis. Conferir *in: Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 257 e ss.

por grande parte dos bancos jurídicos espalhados pelo país), tenha-se espreado para os campos da Ciência Política.

Retome-se agora a segunda pergunta feita no início do texto (que nesse contexto indigesto de desconhecimento sobre Kelsen, inclui a obra de Schumpeter): “E por que, ainda quando o foi (como uma teoria procedimental), não alcançou o *status* atribuído à teoria de democrática de Schumpeter?”.

Nesse ponto, encerram-se as críticas à seara jurídica e volta-se o olhar para o campo acadêmico interno da Ciência Política, trabalhando-se com a premissa de que a teoria é agora ao menos conhecida, embora mal avaliada.

Aqui é preciso apreender duas situações distintas: a primeira, consequência da avaliação da teoria kelseniana como uma teoria formalista. Suspeita-se que assim conforme ocorrera outrora com o preconceito com o “formalismo” kelseniano no direito, assim ocorre também com a democracia. É dizer: aquele estudioso que com a teoria não se identifica do ponto de vista ideológico, tende a dela se afastar, impondo-lhe uma característica pejorativa (no geral, formalismo lá; procedimentalismo cá).¹¹¹

Numa outra situação, tem-se que a caracterização antecipada da teoria kelseniana como formalista ou procedimental provoca nos estudiosos, quase que de modo automático, uma “desnecessidade” de se aprofundar o conhecimento da teoria de Kelsen. Explica-se: a impressão é a de que o estudioso que já domina o conhecimento sobre a teoria schumpeteriana – hegemônica nesse grupo de teorias –, julga não precisar conhecer de maneira aprofundada a teoria kelseniana por concebê-la como “semelhante” ou “próxima” à de Schumpeter.

Nesse sentido, é como se Schumpeter já dissesse o essencial a respeito dessa vertente democrática e buscar a diferenciação entre as teorias soa desnecessário. Permitindo-se uma analogia simplória: para quê conhecer a língua portuguesa se já se conhece o espanhol? Note-se que, verdadeira essa hipótese, explica-se, ao menos em parte, a diminuição do *status* da teoria kelseniana em face da teoria de Schumpeter.

¹¹¹ O próprio Kelsen refutou a crítica ao formalismo imputado à sua teoria democrática: “O argumento do ‘formalismo’, frequentemente usado com o objetivo de desacreditar uma certa corrente de pensamento e, sobretudo, um esquema político, é sobretudo um expediente cuja finalidade é ocultar um interesse antagônico que constitui o verdadeiro motivo da oposição.” Conferir *in*: KELSEN, Hans. *Fundamentos da democracia*. In: A Democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2000c.

Pois bem. Conhecidas as razões do descuido (ou desprezo) pela teoria de Kelsen, chega a hora de esclarecer porque esses motivos são, de fato, equivocados.

Retome-se a resposta dada à primeira questão. Em suma, afirmou-se que (i) ou o próprio Kelsen é desconhecido dos estudiosos da Ciência Política; ou (ii) embora se conheça o autor, não se conhece sua obra política – o que equivale dizer sua teoria democrática; ou (iii) existe um preconceito proveniente dos bancos jurídicos que influencia e afasta os estudiosos da política do interesse pelo pensamento kelseniano (seja pela associação com o nazismo, seja pela acusação de “formalista”).

Quanto ao desconhecimento do autor ou de sua obra, apenas se faz lamentar. Por outro lado, resgatar a má fama proveniente de sua teoria jurídica é relevante para esclarecer a questão. Inicie-se pela relação com o nazismo.

Um argumento muito comum no seio da reflexão jurídica no pós-segunda guerra – num ambiente de retomada da doutrina do direito natural –, foi o de acusar a teoria jurídica de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito) de legitimar moralmente Estados autoritários, como o Estado nazista. O jurista e sociólogo Celso Fernandes Campilongo informa sobre esse contexto de crítica a Kelsen:

Depois da Segunda Guerra Mundial instaurou-se importante debate, nos meios jurídicos europeus, sobre a falta de resistência e até o apoio que, supostamente, o positivismo kelseniano teria oferecido ao direito nazista. Os argumentos dos críticos concentravam-se em poucos pontos: as “despreocupações com os valores e o conteúdo” do direito comprometiam a teoria pura do direito e a tornavam dócil a qualquer uso; a “ênfase na validade formal” do direito, em detrimento da eficácia e das consequências sociais da ordem jurídica, esterelizava e empobrecia a teoria do direito; a “pretensão de neutralidade ideológica” encobria um monismo metodológico infenso aos avanços da teoria social e da teoria do conhecimento. (CAMPILONGO, 2008, p. 334).

Nesse contexto, Friedrich Hayek, fazendo coro com Gustav Radbruch, argumentava que os juristas alemães aceitaram de bom grado as leis dos nacional-socialistas porque o positivismo jurídico os habituara a não colocar o direito em discussão. Ou seja, foi a predominância do positivismo jurídico – e de sua concepção de direito – que deixou os guardiães do direito à mercê da nova investida do governo nazista...

Ora, para não se ir muito longe, basta consultar a análise produzida por Mario Losano a esse respeito e que, sucintamente, demonstra que se os juristas nazistas

tenham alguma doutrina em mente para se adequarem às ideias de Hitler, esta doutrina era a do direito natural – e não do positivismo jurídico.¹¹²

Ocorre que não bastasse essa sombra do passado sobre a teoria de Kelsen, hodiernamente, com a moda pós-positivista, retoma-se a incansável malhação àquela que foi por muitos considerada a maior teoria jurídica produzida no século XX. Pois bem. É preciso afastar de vez interpretações que ignoram as premissas relativistas da teoria kelseniana, e que a associam a uma ideologia específica.

Esclarecida a questão, não há mais razão para que os estudiosos da Ciência Política sejam ainda influenciados com o equívoco produzido por uma parte dos juristas brasileiros que, cedendo à onda do “anti-positivismo”, apresentam Kelsen como um teórico do direito formalista e reducionista, quando não “nazista”. Considerando a importância do pensamento kelseniano para a cultura do mundo ocidental é lastimável que isso continue a ocorrer.

No que diz respeito à vinculação da teoria democrática de Kelsen com a teoria procedimental de Schumpeter, o “equívoco interpretativo” já deve estar suficientemente esclarecido em face do que foi exposto no texto central da dissertação. Mas algo mais ainda pode ser dito.

A maioria dos estudiosos que conhecem algo da teoria de Kelsen a concebem como uma teoria procedimental – muito provavelmente porque esse conhecimento fora proveniente de um crítico dessa vertente teórica que, por qualquer razão, não se preocupou em investigá-la mais profundamente.

Ocorre que, se a atribuição de procedimentalista parece estar adequada à teoria schumpeteriana, essa mesma atribuição, quando aplicada à teoria de Hans Kelsen, soa por demais simplista, precária, senão completamente equivocada na essência, ao desprezar o teor axiológico contido na teoria kelseniana.

Evidentemente, o problema não está exatamente no rótulo em si (procedimentalista), mas sim o que dele se deduz. Tomando as teorias de Kelsen e

¹¹² Conferir LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*. vol. 2 - O século XX. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 235 e ss. Conferir ainda MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da reductio ad Hitlerum*. In: Dimitri Dimoulis; Écio Oto Duarte. (Org.). *Teoria do direito neoconstitucional*. 1ed. São Paulo: Método, 2008, v. 1, p. 103-127. E ainda, do mesmo autor: *Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso), v. 54, p. 11-48, 2009.

de Schumpeter como assemelhadas, a teoria de Kelsen é restringida à sua forma, prejudicando o entendimento rigoroso a respeito da teoria, ignorando seu forte conteúdo axiológico, perpetuando uma interpretação superficial e inquestionavelmente inverídica.

Corrobora para essa situação desfavorável a Kelsen a grande recepção que a teoria democrática de Schumpeter teve nos estudos produzidos pelos cientistas políticos brasileiros sobre a democracia. Detenha-se um pouco nessa questão.

É opinião amplamente generalizada na literatura pertinente que a teoria de Schumpeter figura como um “divisor de águas” que separa a “teoria clássica da democracia” e a teoria moderna. De fato, a revisão feita por Schumpeter foi muito importante para as teorias posteriores.

Uma pista que poderia indicar os motivos da alta receptividade que a teoria democrática de Schumpeter obteve entre os cientistas políticos brasileiros está no aproveitamento de estudos produzidos na economia e transferidos para aplicação na Ciência Política, pois Schumpeter traçou analogias entre agente econômico e agente político, mercado econômico e mercado político.

Outro exemplo nesse sentido é o de Anthony Downs, que foi um dos pioneiros na aplicação de teorias microeconômicas ao estudo da política; conforme diz na introdução de seu livro, seu estudo tinha por objetivo trazer o avanço que o uso da Escolha Racional obteve na economia para a Ciência Política.

Seja conforme for, a teoria schumpeteriana alcançou rapidamente a categoria de exemplo máximo de democracia procedimental, sendo aceita, difundida e aperfeiçoada por outros teóricos como o próprio Anthony Downs.

Acontece que talvez exista *algo* kelseniano na teoria de Schumpeter que não tenha sido notado pelos estudiosos: é Kelsen quem inaugura o elemento procedimental na teoria da democracia, inclusive antecipando-se em vinte e dois anos à teoria democrática de Schumpeter, descrita em *Capitalismo, Democracia e Socialismo*, de 1942.

De fato, para aqueles poucos que conhecem *Essência e Democracia* (o primeiro ensaio de Kelsen sobre democracia, datado de 1920) impossível não vislumbrar ali elementos procedimentais teorizados por Kelsen presentes na obra de Schumpeter. Nesse aspecto, raciocínios e afirmações como quanto ao “problema da

democracia”, “a sua caracterização como método político”, “o tipo de método democrático”, já eram vistas na construção teórica de Kelsen muito antes de Schumpeter. Kelsen produz assertivas como estas:

O problema político-social é apenas saber de que modo o melhor ou os melhores podem chegar ao poder e mantê-lo. O problema é a criação dos chefes. (KELSEN, 2000a, p. 95).

(...)

Tanto a democracia quanto à autocracia são apenas métodos para a criação de uma ordem social. (KELSEN, 2000a, p. 95).

(...)

O método especificamente democrático para a escolha dos chefes representa, pois, em comparação com a autocracia, uma ampliação essencial do material à disposição para a escolha, isto é, do número de personalidades que concorrem ao posto de chefe. (KELSEN, 2000a, p. 95).

(...)

Um método específico de seleção dos governantes pela coletividade dos governados aparece como elemento essencial da democracia real. (...) Esse método é a eleição. (KELSEN, 2000a, p. 91).

Ora, não é preciso muito esforço cognitivo para encontrar similitudes entre as construções teóricas de Kelsen e de Schumpeter. Tais semelhanças foram notadas, meritoriamente, por Assis Brandão ao afirmar que, essencialmente, ambos envolvem uma luta competitiva para a escolha das lideranças políticas; e mais: que Kelsen antecipa muitas das ideias que Schumpeter desenvolveria.¹¹³

Curioso também notar que Schumpeter não se refere a Kelsen em nenhum momento de sua obra, fato que inclusive também levantou a curiosidade também de Assis Brandão, que sugeriu que talvez Schumpeter não conhecesse a obra de Kelsen (ao menos de *Essência e valor da democracia*). Dificilmente se pode considerar a justificativa se se levar em conta que ambos os autores, Kelsen e Schumpeter, foram contemporâneos (nasceram entre 1881 e 1883), compatriotas (ambos austríacos) e inclusive próximos no âmbito pessoal (Kelsen foi padrinho de casamento de Schumpeter no ano de 1925).

Seja consoante for, a abordagem dos estudos na Ciência Política brasileira não tem sido muito favorável a Kelsen. Quando não se desconhece a sua obra democrática, ela é associada indevidamente à obra de Schumpeter; e quando o

¹¹³ Conferir BRANDÃO, Assis. *Bobbio na História das Ideias Democráticas*. Lua Nova. Revista de Cultura e Política, v. 68, p. 123-145, 2006.

fazem, não notam nem que pontos que possibilitam semelhanças são originários em Kelsen; nem que as particularidades da teoria de Kelsen impedem que seja considerada à sombra da teoria de Schumpeter.