UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS

MARCELO BRANDÃO CECCARELLI

O PENSAMENTO POLÍTICO DE HANS KELSEN: a força normativa da política e a democracia como técnica social

CAMPINAS

2019

MARCELO BRANDÃO CECCARELLI

O PENSAMENTO POLÍTICO DE HANS KELSEN: a força normativa da política e a democracia como técnica social.

Dissertação apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas como parte dos requisitos exigidos para a obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Supervisor/Orientador: Andréia Galvão
ESTE TRABALHO CORRESPONDE À VERSÃO FINAL DA DISSERTAÇÃO DEFENDIDA PELO ALUNO Marcelo Brandão Ceccarelli, E ORIENTADA PELA PROFA DRA Andréia Galvão.

CAMPINAS

2019

Ficha catalográfica
Universidade Estadual de Campinas
Biblioteca do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas
Paulo Roberto de Oliveira - CRB 8/6272

C322p

Ceccarelli, Marcelo Brandão, 1990-
O pensamento político de Hans Kelsen : a força normativa da política e a democracia como técnica social / Marcelo Brandão Ceccarelli. – Campinas, SP : [s.n.], 2019.

Orientador: Andréia Galvão.
Dissertação (mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

1. Kelsen, Hans, 1881-1973. 2. Democracia. 3. Norma (Filosofia). 4. Política. 5. Estado. 6. Direito. I. Galvão, Andréia, 1971-. II. Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. III. Título.

Informações para Biblioteca Digital

Título em outro idioma: Hans Kelsen's political thought : the normative force of politics and democracy as a social technique
Palavras-chave em inglês:
Democracy
Norm (Philosophy)
Politics
State
Law
Área de concentração: Ciência Política
Titulação: Mestre em Ciência Política
Banca examinadora:
Andréia Galvão
Fábio Henrique Falcone Garcia
Frederico Normanha Ribeiro de Almeida
Data de defesa: 30-09-2019
Programa de Pós-Graduação: Ciência Política

Identificação e informações acadêmicas do(a) aluno(a)
- ORCID do autor: https://orcid.org/0000-0003-2114-0662
- Currículo Lattes do autor: http://lattes.cnpq.br/6887175795716580

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS

A Comissão Julgadora dos trabalhos de Defesa de Dissertação/Tese de Mestrado/Doutorado/Mestrado Profissional, composta pelos Professores Doutores a seguir descritos, em sessão pública realizada em 30 de Setembro de 2019, considerou o(a) candidato(a) Marcelo Brandão Ceccarelli aprovado(a).

Prof(a) Dr(a) Andréia Galvão

Prof(a) Dr(a) Fábio Henrique Falcone Garcia

Prof(a) Dr(a) Frederico Normanha Ribeiro de Almeida

A Ata de Defesa com as respectivas assinaturas dos membros encontra-se no SIGA/Sistema de Fluxo de Dissertações/Teses e na Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas.

AGRADECIMENTOS

Defender a dissertação de mestrado é um marco na vida do pesquisador. É também o momento de reconhecer que essa trajetória só pôde ser concluída por se tratar de um caminhar em conjunto.

Agradeço minha mãe, Maria José, exemplo de ética e perseverança, pelo apoio de todo dia.

Ao meu pai, Antônio Carlos que, com sua capacidade renovação anima a confiança em dias melhores.

Aos meus irmãos, Morena e Márcio, testemunhas dos meus primeiros passos.

Ao Luís e aos meus sobrinhos Letícia e Leonardo, pela alegria do convívio.

Aos meus tios, Cristina e Sérgio, que me inspiram no mundo acadêmico.

À Luiza, parceira de tantas histórias, obrigado por sua lucidez, paciência e carinho.

Aos professores que fizeram parte desta trajetória, agradeço-os na pessoa do Prof Luis Renato Vedovato, fonte de incentivo e inspiração.

Aos amigos que fiz na Unicamp, agradeço especialmente à Silvana, Hyury, Vitor, Alexandre, Denise, Ester, Kelly, Georgia, Maria Elisa, Thuany, Jean, Maria Vitória, Rúbia, Giovana e Diego. Aos funcionários da Unicamp, na figura do Benetti.

Agradeço minha orientadora Andréia Galvão, aos membros da banca e ao Departamento de Ciência Política.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001.

Obreiros somos – mestre, aprendizes, serventes –

e te construímos, ó grande nave altaneira.

Às vezes chega a nós um peregrino silente;

ei-lo que como um clarão cruza as nossas cem mentes

e tremulo nos traz alguma nova maneira

Galgamos andaimes que ao nosso passo estremecem;

maciços os martelos que nossas mãos sustêm;

isso até aflorar-nos a fronte uma hora que se

irisa e fulge como se tudo soubesse:

como o vento vem do mar, é de ti que ela vem.

Ouve-se então um malhar de martelos inúmeros

que, golpe após golpe, pelas montanhas se expande.

Só te deixamos quando a noite cai e no escuro

podemos já ver-te os vagos contornos futuros

Deus, como tu és grande.

(Maria Rilke)

PAZ SEM VOZ NÃO É PAZ É MEDO (O RAPPA)

RESUMO

Este trabalho aborda o pensamento político-democrático de Hans Kelsen. Sua inserção na teoria democrática exige, por um lado, reconstruir sua participação na formulação da constituição austríaca de 1920; por outro, pensar os fundamentos que estruturam seu edifício teórico. Tem-se assim uma confluência entre história e circulação de ideias. Partindo dessa perspectiva, destacaremos as influências jurídicas, sociológicas e psicanalistas fundamentais na compreensão da sua democracia procedimental como salvaguarda da liberdade em comunidade. Absolutismo e relativismo filosóficos aparecerão como elementos conflitantes de uma teoria crítica que encontra na ideia de forma a resposta para acomodar o conflito *da política*, assim como o *do político*. Entre estrutura e função, a forma democracia e a forma da norma jurídica – aquela que compõe o ordenamento jurídico – estão os elementos que justificam o primado da política sobre o direito. A acomodação do conflito inerente ao ser humano, psicológica ou socialmente, se dará ou por meio do acordo ou da obediência. Heteronomia e obediência vinculam a política à produção tirânica da norma, enquanto autonomia e acordo são o caminho da democracia parlamentar e da solução pacífica do conflito.

O desencantamento do Estado eleva a autoconsciência do homem sobre seu próprio devir. A busca de uma fórmula capaz de garantir que por meio ação humana se encontre os parâmetros da vida em comum, sem a prévia determinação do seu conteúdo, embasa o edifício teórico democrático de Kelsen. Explicar a essência dos conceitos que constituem cada sistema político ideal e a compatibilidade com o estatuto da modernidade é o cerne desta teoria normativa crítica. O elogio à forma aparece aqui como garantia de que seu conteúdo seja determinado: histórica, social e politicamente.

A norma fundamental é explorada como elo entre a política e o direito. Na medida em que o segundo depende do primeiro para existir, e para se renovar conforme o devir histórico, o relativismo surge como sustentação do projeto democrático crítico de Kelsen. Através de uma leitura funcionalista da norma fundamental, se compreenderá as duas etapas normativas com as quais Kelsen trabalha, a política do extraordinário, momento fundacional e de legitimação do ordenamento normativo jurídico e a política ordinária, democrática-parlamentar, espaço de produção normativa em concordância com aquela constituição.

Palavras-chave: Kelsen; democracia; parlamento; Estado; ordenamento jurídico; norma.

ABSTRACT

The present work regards Hans Kelsen's political and democratic thought. It's insertion under the democratic theory demands both the reconstruction of his participation on framing the Austrian constitution on 1920; and to think the foundations the held together his theoretical building. From this jointure one can find certain confluence between history and how ideas flow. Hither one shall put in evidence the influence of law, sociology and psychology that are fundamental to comprehend his procedural democracy as safeguard of community freedom. Philosophical absolutism and relativism appears as conflicted elements of a critic theory that berths upon the idea of form the answer to settle the conflict of politics as well as of the political. Between structure and function the democratic form and the form of juridical norm – that typical norm of a juridical order – are the elements that justify the primary role of politics upon law. To settle the conflict inherent to human psychological or social condition one have either the form of agreement or obedience. Heteronomy and obedience bind together politics to tyranic production of norms while autonomy and agreement is the path to parliamentary democracy and peaceful solution to conflict.

The disenchantment of the state raises man's self-consciousness about his own becoming. A search for a formula capable of ensuring that human action meets the parameters of life in common, without prior determination of its grounded content or with Kelsen's democratic theoretical construction. Explain the essence of the concepts that constitute each ideal political system and the compatibility with the statute of modernity or the issue of this critical normative theory. The praise for form appears here as a guarantee that its content is determined historically, socially and politically.

A fundamental norm is explored as a link between politics and law. The extent to which the second depends on the first to exist, and whether the renewal is historical, or relativism emerges as the underpinning of Kelsen's critical democratic project. Through a functionalist reading of the fundamental norm, understand as two normative steps with which Kelsen works, an extraordinary politics, moment of foundations and legitimation of the legal and political normative ordering, democratic parliamentary, normative production space in accordance with that constitution.

Keywords: Kelsen; Democracy; parliament; State; legal system; norm

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

CAPÍTULO 1: Pensamento e experiência 22

1.1. Trajetória: Anos de aprendizado 22

1.2.Transformações históricas e a formulação de *Essência e valor da democracia* 28

1.3. A experiência constitucional experimentada. Tempo e espaço como impulsionadores do movimento do pensar 33

1.4. A soberania em jogo 40

1.5. A democracia real e a necessidade da corte constitucional 42

Capítulo 2- As ideias em circulação. Fragmentos de uma (re)construção 48

2.1. Kelsen e Jellinek: o parlamento em destaque 48

2.2. Max Weber e Hans Kelsen, um diálogo necessário 52

2.2.1. Kelsen, Weber e a política da ciência 61

2.3. Freud e Kelsen: busca pela origem e a normatividade como elemento compreensivo 67

2.4. Kelsen e os marxistas 73

2.4.1. Kelsen e Renner: o início da democracia, seu fim, um meio. O nascimento do Estado democrático constitucional 80

2.5. Kelsen e Kant: a normatividade crítica e os caminhos da razão 86

Capítulo 3: O projeto democrático radicalizado 96

3.1. O absolutismo e o relativismo filosóficos e a reflexividade crítica do pensamento kelseniano 98

3.2. Norma e formas de governo 99

3.3. Absolutismo filosófico e autocracia 100

3.4. Relativismo filosófico e democracia 103

3.5. Ordenamento jurídico e validade 107

3.6. Democracia e direito, uma relação necessária 111

3.7. Soberania do Estado e comunidade internacional 118

3.8. A norma fundamental na sua perspectiva democrática 123

3.8.1. A norma fundamental enquanto categoria ideal e a possibilidade de isolamento do racionalismo jurídico 124

3.9. Política do extraordinário e instituições estabelecidas 131

Considerações finais 134

Referências bibliográficas 136

Anexo I: A essência e o valor da democracia revisitada 140

Prefácio (1929) 141

Capítulo I: A liberdade 142

Capítulo II: O povo 146

Capítulo III: O parlamento 149

Capítulo IV: A reforma do parlamento 152

Capítulo V: A representação profissional 153

Capítulo VI: O princípio da maioria 153

Capítulo VII: A administração 159

Capítulo VIII: A escolha dos chefes 161

Capítulo IX: Democracia formal e material 164

Capítulo X: Democracia e concepção de vida 164

INTRODUÇÃO

O pensamento político de Hans Kelsen continua sendo negligenciado, apesar de seu prestígio no Brasil existir ao menos desde a era Vargas[1]. Assim, o objetivo principal desta dissertação é compreender a relação entre política e direito no pensamento deste autor.

Esse movimento significa distanciar-se da leitura corrente da obra de Kelsen, que tem na *Teoria pura do Direito* a centralidade analítica de seu pensamento. Por certo que não significa abandonar as importantes contribuições que alicerçam o pensamento científico sobre o Direito ali proposto. Envolve a tentativa de compreender como a ideia de direito (sua existência, validade) diz respeito à visão de mundo que o autor se empenha em construir ao longo de sua fecunda trajetória. A chave interpretativa proposta ao fim do trabalho para que se possa realizar tal guinada é evidenciar para além do estatuto hipotético-lógico contido na ideia de norma fundamental, um elemento político normativo que implica em um dever-fazer democrático e que serve como parâmetro para a legitimação do exercício do poder em uma sociedade constitucionalmente instituída.

O estudo da norma que tradicionalmente é vinculado à instituição do direito enquanto esfera autônoma de conhecimento é parte de um projeto científico maior, cunhado ainda em seu período europeu, e diz respeito à defesa da democracia como a técnica social capaz de preservar a liberdade e a igualdade individuais entre os homens, e assim criar sociedades que, ao se ancorarem na autonomia e pluralidade políticas, sejam estáveis e garantam que o homem tome consciência de seu agir no mundo para além de crenças transcendentes. Em uma frase, o projeto kelseniano é antes de tudo o de tirar o homem de seu estatuto infantil, e romper com a tradição jusnaturalista do direito e do poder. Tal projeto é

[1] Cabe lembrar que o jurista Kelsen foi consultado em 1933 sobre a competência da assembleia nacional constituinte de 1933/4.

antes de tudo político e emancipatório[2]. Assim, tem-se como objetivo secundário esclarecer como Kelsen entende o direito ao mesmo tempo como "espacio y resultado, siempre provisório, de la política; que propone el derecho como mecanismo de la democracia" (CORREAS, 1989, p.13). Com isso queremos mostrar a primazia da política sobre construção da normatividade jurídica, e ressaltar que enquanto método de produção, a democracia procedimental permite a acomodação de todos os conflitos humanos que aparecerem no debate público.

O percurso para compreender a relação entre política e direito no pensamento de Kelsen é nebuloso, exatamente porque o autor nunca sistematizou metodologicamente sua teoria política em conexão com a norma, em particular com a norma fundamental. Reconstruir tal caminho exige, portanto, uma postura de reconstrução das influências tanto teóricas quanto fáticas que levaram Kelsen a construir seu edifício de pensamento. Recolher fragmentos[3], esta é a estratégia do presente trabalho.

Na tentativa de ressaltar o papel do pensamento político na obra kelseniana o caminho percorrido deve ser duplo. De um lado há que se mapear as condições histórico-políticas que marcaram a trajetória do autor, a maneira que ele se coloca no mundo a partir de sua posição especifica, e como articula as capacidades à sua disposição. Com isso se pretende mostrar o quão atento Kelsen é às questões de seu lugar e tempo. Ambas as categorias, lugar e tempo são marcantes para além dos diagnósticos que realiza sobre o (seu) tempo presente, e afloram na maneira como articula a tradição do pensamento com que ou dialoga, ou rompe, ou diverge, ou aperfeiçoa.

---

[2] A inspiração criticista kantiana é decisiva na configuração desse projeto conforme demonstrado por Goyard-Fabre em seu "Filosofia crítica e razão jurídica".

[3] Walter Benjamin inspira essa noção da história como fragmento – "articular historicamente o passado não significa reconhecê-lo tal como ele foi. Significa apoderarmo-nos de uma recordação quando ela surge como um clarão num momento de perigo" (BENJAMIN, p.11, 2003). Significa por revés, que é fundamental ter consciência de seus fragmentos, posto que constituem a própria ideia de história.

Este segundo momento abre caminho diverso, porém complementar ao que expúnhamos anteriormente. O diálogo com a tradição, que será feita aqui por meio da reconstrução de debates com os clássicos que marcaram o pensamento de Kelsen, como Kant, e Rousseau, ou mesmo com os contemporâneos Renner, Weber, Jellinek e Freud, nos informa sobre um projeto científico, que é também politico, e que perpassa toda a obra do autor.

Por fim tentou-se justificar a necessidade de se perceber na obra *Essência e valor da democracia*[4] a centralidade do projeto científico kelseniano, pois condensa fórmulas que serão repetidas exaustivamente ao longo da trajetória de Kelsen, mas que encontram neste texto seu núcleo duro.

Esse projeto, ainda que possua diversas nuances e dificuldades é o de construir uma teoria da democracia com base científicas de legitimação. E, portanto, um projeto de sociedade, civilizatório.

Nesses quase cem anos que passaram desde que Kelsen escreveu a primeira versão de *Essência e valor da democracia*, ainda hoje ambos, autor e texto, interpelam nosso tempo. Era um momento de profunda transformação na sociedade ocidental.

O fim da Primeira Grande Guerra marca um *momentum* entre o passado imperial e o futuro republicano, no qual era possível vislumbrar um caminho de paz duradoura por meio da consolidação de ideias políticas democráticas. O mundo estava aberto para a reconstrução. O progresso civilizatório era uma via possível, bastava aos homens tomarem consciência de si

[4] Cuja primeira edição data de 1920.

para que espaço e tempo estivessem ao seu alcance. Essa era ao menos a visão de boa parte daqueles atores que participaram do debate público de então[5].

Alguns anos depois, já no final da década de 1920 e inicio dos anos 30, as consequências econômicas da paz, parafraseando Keynes, mostraram que o projeto da modernidade ficaria mais uma vez suspenso.

Trabalhar com pensamento político europeu a partir da periferia do capitalismo não é apenas um exercício de elucubração, tomado no sentido pejorativo do termo, mas se trata verdadeiramente de pensar com cuidado as questões teóricas e a dinâmica de um tempo que influenciará também a forma como se pensam as ideias no espaço e tempo da periferia[6]. Ademais, saber de antemão que os projetos emancipatórios da modernidade nunca se concretizaram plenamente no centro do capitalismo ─ tampouco sob o socialismo, nos diria Kelsen─, permite a nós da periferia reavaliá-los e compreender melhor a relação das ideias dentro e fora de seu lugar.

---

[5]Acrescentamos um breve comentário à noção de progresso alemã, já que essa noção estará presente em outros momentos do texto. Nessa tradição do pensamento, e talvez Hegel seja sua mais perfeita expressão, que a humanidade caminha no sentido d progresso, seja ele material- o domínio tecnológico do homem sobre a natureza- seja no seu aspecto do espírito, do pensamento – a ideia de kultur é um bom exemplo disso, posto que mescla cultura e civilização em seu sentido -. O sujeito moderno, fruto desse desenvolvimento histórico acopla em sua estrutura formativa todas as formas do saber posto que resultado delas. O saber absoluto, tempo total, encontraria sua forma perfeita na modernidade. Curioso pensar que Kelsen defenda o projeto moderno (inclusive o sentido do progresso) mesmo enquanto percebe a falência dele. Seu tempo, entre o passado e o futuro vê a fragmentação desse fenômeno, o qual ele acompanha com ambiguidade, num movimento que soa quase como uma reconstrução daquilo que já não é. Walter Benjamin e o anjo da história mostram bem a fragmentação desse conceito. Para nós, a leitura kantiana austríaca parece fornecer as pistas para a explicação desse dilema.

[6] Referimo-nos aqui, por exemplo, ao trabalho de Florestan Fernandes contida na coletânea "Mudança social no Brasil" no qual em muitos ensaios ou palestras – particularmente no texto de 1954 "existe uma crise da democracia no Brasil?" ─ o sociólogo brasileiro pensa a democracia em termos kelsenianos. Como leitura equivocada, nem por isso menos influente, poderíamos considerar toda uma corrente ideológica jurídica que usa a teoria pura do direito e seu isolamento, como justificativa teórica para descolar o direito da realidade (particularmente da realidade constitucional), caracterizada, por exemplo, pela tradição privatista brasileira. Ao situar o direito privado em posição de destaque frente as normas de direito público (fenômeno explicado em parte pela inconstância constitucional brasileira), essa corrente usa da letra morta da lei civil para manter o funcionamento legal do Estado, sem se preocupar com a fonte de legitimidade do poder.

Exemplo deste movimento é a grande aceitação na comunidade acadêmica sobre os escritos de Kelsen sobre o direito, em particular sua célebre obra *Teoria pura do direito*, e o pouco conhecimento a respeito de sua obra política. Em terras brasileiras esse desconhecimento se dá em parte como retaliação ao parecer favorável que o jurista efetuou relativamente à legitimidade da constituição de 1933-34 imposta por Vargas. Doutro lado, parece haver verdadeiro esquecimento ou ignorância deliberada do Kelsen filósofo ou pensador da política, já que este, quando levado a serio, exigiria que se fizesse uma intensa revisão da vulgata em torno de sua obra, como a acusação de que a teoria pura do direito visava legitimar o nazismo.

Desconsiderar o Kelsen político é o mesmo que retirar as noções de espírito do pensamento de Hegel, ou a de paz do de Kant.

A democracia é o grande projeto cientifico de Kelsen, do qual o direito é apenas uma parte. Não será uma coincidência que o presente trabalho tente mostrar muitas vezes relações pouco conhecidas ou explicitadas acerca de sua centralidade nas obras de Kelsen, sem a qual estas ficariam esvaziadas em sua essência e em sua dimensão explicativa. Forma e conteúdo, Estado e democracia, direito, relativismo filosófico, soberania, norma fundamental, liberdade e igualdade (em sociedade), autonomia: essas são algumas palavras, muitas das quais verdadeiras instituições, que serão objeto do presente texto.

Acompanhar a construção e a evolução do pensamento político de Kelsen na chave de um projeto científico que se confunde à construção do político de seu tempo importa na medida em que coloca a questão da democracia como central para pensarmos o Estado, a soberania e o direito nas suas metamorfoses históricas e semânticas. Ademais, a leitura de sua obra como expressão da negação do liberalismo clássico, ao mesmo tempo em que nega a igualdade material como essência da democracia, permite vislumbrar a singularidade do pensamento de Kelsen, e sua inserção no caldo cultural e político de um dos momentos mais fecundos da história do pensamento, no seu caráter crítico e transformador.

A importância da transformação da liberdade individual em liberdade coletiva demonstra a mutação de uma visão pura do liberalismo clássico e da consideração ontológica

de um individuo isolado, que prescinde do Estado, em outro paradigma, o de compreender o indivíduo como um ser social capaz de viver em coletividade e que ancora este convívio na autonomia política. Significa dizer que se a liberdade negativa é constitutiva do seu modelo teórico, este não é compatível com uma ideia de ausência de impedimentos, mas no aumento da participação nas escolhas do Estado, portanto, a necessidade da deliberação pela participação, sendo liberdade positiva a característica fundamental do processo democrático kelseniano.

A partir disso se compreende o sistema democrático partidário, e a busca de intensificação da participação da qual trataremos de maneira pormenorizada adiante. A presença do Estado é também consequência desse modelo. Sua ausência é impensada exatamente porque coloca o homem na situação de anarquia e por isso, em ultima instância, é torna-se, no plano da experiência vivida, a ausência de impedimento tão contestada pelo autor, portanto impeditiva do convívio social.

Surge então a necessidade de tratar a existência do direito enquanto forma. Para Kelsen, a forma direito identifica-se com a forma Estado. Esta forma ideal típica pode se manifestar enquanto fenômeno tanto na sua face autoritária quanto democrática. Mostraremos ao longo do trabalho que, do ponto de vista lógico-formal a ideia de direito, portanto a ideia de que o conceito de direito depende de certos elementos para se constituir, é compatível apenas com a forma da democracia, e que do ponto de vista histórico, apenas o direito entendido como Estado democrático é capaz de adimplir com a promessa da modernidade de paz perpétua. A questão do melhor governo dá lugar na obra de Kelsen à compreensão racional do mundo. Como parte desse exercício está a dessacralização do mundo, a oposição aos direitos naturais e o ser humano enquanto senhor de seu destino, eixo central de seu pensamento.

Apesar de suas críticas aos sociais democratas, dos quais Kelsen era próximo, a advertência de Benjamin parece pertinente ainda hoje, quando se trata da defesa de uma leitura ampliada do projeto cientifico de um dos maiores pensadores do séc.XX, e porque não, da necessidade de defesa da própria democracia e de seu projeto inacabado e em permanente construção.

Compreender as transformações do político e da política ao longo da história é um grande desafio para o pensamento moderno[7]. Essa exploração pode ser feita de diversas formas. Uma dessas maneiras é a analise de trajetória dos atores políticos que deixaram sua marca no pensamento.

Nesse sentido, cabe lembrar Rosanvallon quando se refere à importância de uma obra enquanto expressão da construção de uma ordem social posto que "representa(m) a formalização de um momento histórico, político ou filosófico específico" (ROSANVALLON, 2010, p.46). Ademais, ao propor uma história filosófica do político defende uma abordagem que seja ao mesmo tempo compreensiva - apreende "uma questão situando-a no contexto de sua emergência" (ROSANVALLON, 2010, p.48) ─ e interativa ─ "consiste em analisar o modo pelo qual uma cultura política, suas instituições e eventos interagem para estabelecer formas políticas mais ou menos estáveis" (ROSANVALLON, 2010, p.48) ─ resguardadas suas contradições e ambiguidades.

Pode-se concluir que as ideias não nascem sozinhas, são fruto do contexto socioeconômico e cultural de determinado período histórico, dialogam com a tradição, e ainda que possuam autonomia relativa não significa que só se possa falar e compreender o tempo em que se vive. Trata-se muitas vezes de reconstruir um tempo passado para que se apreender melhor o tempo presente. Pode-se articular (ressalta-se que a transposição nunca será automática, ela guarda, no mínimo, a forma do olhar contemporâneo) uma ideia ou um conceito da Grécia antiga, para auxiliar na compreensão de um fenômeno contemporâneo, por exemplo.

Trabalhar com o pensamento democrático de Kelsen impõe articular uma bibliografia crítica que perceba a trajetória do autor, que leve em consideração inclusive fatos

---

[7] Sobre a idéia do político, tomamos como base o movimento que Claude Lefort realiza para transitar do conflito para o acordo. Todavia, vale salientar que esse movimento é antecipado na obra de Kelsen conforme veremos ao decorrer do trabalho. Na vertente kelseniana, a ideia de forma surge como locus da resolução dessa tensão e se traduz em emancipação, não em destruição e violência.

da vida privada que assumem relevância pública, com a finalidade de criar uma espécie de moldura dentro da qual se pode desenhar o que compõe o pensamento. Implica também apontar algumas das principais correntes teóricas que no decorrer dessa trajetória o influenciaram e que o levaram a deslocar-se no cenário político para um lugar de protagonismo, tendo em vista principalmente o intervalo correspondente aos anos 1910-1930.

Assim, traçando esse quadro explicativo, tentaremos destacar uma outra face do pensamento do famoso jurista, até agora ignorada e que pode servir de ponte para uma leitura deste que fora um democrata acima de qualquer suspeita. Nesse cenário, compreender as obras de pensamento político e democrático de Kelsen se faz necessário.

Nesse percurso, escolhemos priorizar os textos do período europeu de Kelsen, notadamente *Essência e valor da democracia*, texto base para a compreensão da visão de mundo do autor. Este texto é a base angular do projeto político-científico de Kelsen que culmina com a *Teoria pura do direito*. O caminho entre a primeira edição em 1920 daquela obra, sua reedição em 1929, e a primeira edição da *Teoria pura do direito*, não pode ser realizado sem o auxilio de uma breve reconstrução das transformações históricas que Kelsen presencia, tampouco sem localizá-lo na intelectualidade de seu tempo. Por fim, buscamos explicitar o potencial crítico-democrático da obra de Kelsen com o auxílio de comentadores de sua obra política.

No primeiro capítulo focamos em uma descrição dos anos de formação do jovem Kelsen, as transformações histórico-políticas que a Áustria passou, e as questões que eram do interesse público e que afetaram o lugar que Kelsen viria a ocupar no novo Estado.

O segundo capítulo corresponde à tentativa de reconstruir o lugar que a teoria de Kelsen ocupa a partir do diálogo que ele travou com os principais intelectuais de seu tempo. A escolha desses diálogos possíveis foi determinada em razão do fato de que eles se sedimentam ao longo da construção de seu pensamento, e servirão de alicerce para sua obra. Isso explica a ausência de embates teóricos famosos travados por Kelsen contra Eric Voegelin ou Carl Schmitt, por exemplo.

O terceiro capítulo consiste em expor o potencial crítico transformador da democracia como técnica social compatível com a ideia de Direito. Essa relação se baseia na afirmação da norma fundamental como o evento de constituição do político. Ela aparece em seu duplo papel ─ ordinário, e extraordinário ─ como sendo o evento público, político cultural, de maior importância no desenvolvimento do Estado.

CAPÍTULO 1: Pensamento e experiência

Neste capítulo buscamos explorar a relação entre a experiência do real e a experiência das ideias como dois momentos necessários para a reconstrução do debate teórico em que Hans Kelsen se insere.

Partimos da premissa de que o pensar é impulsionado pela realidade experimentada pelo agente e que o diálogo com seu tempo presente é ─ sua formação e as mudanças políticas e sociais que tornam sua realidade tal como ela é ─ fundamental para que se possa ter uma dimensão mais aproximada de suas motivações.

Por essa razão buscamos retratar, através de dados históricos e biográficos o lugar de fala de Kelsen. Sua formação se dará num contexto de grandes transformações políticas e sociais. Sua trajetória o levará a ocupar postos públicos de relevância, além de ter transitado entre os círculos intelectuais mais destacados de seu tempo. Somados esses elementos, seremos guiados a nos mover constantemente entre a prática e as ideias, na trilha do projeto político que acompanhará toda a sua obra: a democracia.

A fim de realizar esse percurso, o presente capítulo será divido em dois momentos. O primeiro tratará de maneira mais detida do contexto histórico, político e social no qual se dá a formação de Kelsen e o início de sua carreira. Na segunda parte falaremos sobre seu trabalho no intervalo entre a queda do Império Austro-Húngaro e a consolidação da república da Áustria, particularmente como assessor jurídico de Karl Renner. Com isso pretende-se elencar algumas das questões políticas que existiam na ordem do dia enquanto Kelsen formulava as bases do formalismo democrático, e sobre as quais participa no debate público.

1.1. Trajetória: Anos de aprendizado

Kelsen nasce em Praga no ano de 1881. Todavia, sua juventude foi influenciada pelo clima da capital do Império, Viena. Muitos chamam a Viena dessa década de “a Antenas do século XX” (Metáll,1976) devido ao seu ambiente sociocultural peculiar. O jovem Kelsen

tinha seus interesses voltados para a literatura[8], e mais tarde, para a filosofia. Sua ida para a faculdade de Direito é motivada preponderantemente por necessidades materiais, em detrimento de suas predileções individuais. Casa-se em 1912 com Margarete Bondi, mas pouco se sabe da vida do casal além de que dessa união nascem duas filhas.

Seu primeiro trabalho de fôlego, o da conclusão do curso de direito, versava sobre o conceito de Estado em Dante Alighieri[9]. A escolha de Dante foi movida exatamente por seu gosto pela filosofia e pela literatura, importante veículo do humanismo do qual Dante sem dúvida é um exemplar. Neste trabalho, segundo Bayer, já é possível verificar os traços característicos das demais obras de Kelsen, a saber, "la difinicion precisa y el piensamiento concluyente" (Bayer, Vida y Obra). A soberania já aparece aí como uma preocupação do autor.

A efervescência desse período é retratada neste trecho do prólogo escrito por Ulisses Schmill da biografia de Kelsen realizada por Rudolf Métall:

"Y em este ambiente permeado de música y arte, brotan rebeldes, osadas lãs corrientes filosóficas, científicas y artísticas que han alimentado culturalmente al siglo XX. Ahí se dieron la escola psicoanalítica, com Freud y susdiscipulos; la música dodecafônica de Schonberg. Alban Berg y Anton Webern; El positivismo lógico (Moritz Schlick,Otto Neurath, Rudolf Carnap y, de algun modo tambien, Karl Popper); la Jurisprudencia pura (Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Franz Weyr, Fritz Sander); la termodinâmica estadística de Boltzmann; em literatura, Schnitzler, Rilke y Hoffmannstal; la pintura Del Jugendstil (Klimt, Schiele, Kokoschka), y El movimento de secesión, así como lós precursores de la escuola de arquitectura Bauhaus com Alf Loss y Otto Wagner, indepiendentemente de lãs figuras ilustres como predominantemente Karl Kraus, Fritz Mauthner, Otto Weininger, Robert Musil, Herman Broch, Ernest Mach, la escuola austríaca de economistas y Ludwig Wittgenstein.

[8] Kelsen chega a escrever diversos poemas ao longo de sua vida.
[9] Sobre a importância de Dante na construção da ideia de soberania – confronto "legislativo" entre o papado e o poder local - ver o livro "A Soberania" de Raquel Kritsch.

Esta sociedad burguesa tradicional era barroca, cortesana, hiócrita, musical, a veces opereta, exactamente todo auellocontra ló que lucharon lãs corrientes culturales mencionadas. En este juogo de espejos, de incesante influencia mutua, que reproducían formas de vida y lenguajes, em diversos perfiles y aspectos, la comunicacíon resultaba compleja y difícil."(Schmill,1976,p.2)

O panorama vibrante descrito acima e que será destrinchado nos capítulos subsequentes nos dá pistas do projeto que se colocava aos intelectuais da época. A busca por ilustração, em conformidade com seu mais alto teor, aquele formulado por Kant: a tentativa de tirar a humanidade do seu estado de infância e colocá-la no seu estágio adulto[10].

A busca constante de Kelsen pela pureza dos objetos científicos, a segmentação do conhecimento, pode ser entendida como parte deste projeto.

O fato de ter nascido ainda no século XIX, de ser educado no contexto do fim do Império Austro-húngaro deixou profundas marcas em sua formação. Exatamente por vivenciar um mundo em transformação, ─ pelo clima espiritual e artístico único que ali se desenvolveu, das transformações na relação de forças que levaram ao colapso da sociedade imperial do XIX, as mudanças no campo da produção e do trabalho, assim como a evolução do conhecimento e da natureza do sujeito moderno ─ o pensamento de Kelsen pode ser lido como a tentativa de tratar o Estado na complexidade exigida pelo século com o desejo de concretizar as promessas inacabadas do XIX.

Durante a Primeira Grande Guerra exerceu diversos cargos e funções, estando no olho do furacão que levaria ao fim do império habsbúrbico, e vivenciou a ebulição da questão nacional[11] e de sua capacidade de modelar os rumos da vida pública. O debate sobre

---

[10] Sintomático desse movimento de formação é a obra de Wilhelm Jaeger, "Paidéia – a formação do Homem grego" de 1936.

[11] Sobre o tema do nacionalismo e seus desdobramentos na periferia ver "Mapa da questão nacional". Sobre o teor da discussão austríaca no campo marxista o texto de Otto Bauer nessa coletânea.

autodeterminação dos povos, sobre o qual Kelsen se posicionou conforme a noção de que os Estados membros do antigo império tivessem a liberdade para configurar-se enquanto nações independentes é sintomático desta experiência.

A condição de assistente do último ministro de guerra do império austríaco lhe concedeu maior visibilidade, e foi decisiva para que fosse aceito como professor catedrático na Universidade de Viena em 1919. Mesmo local onde termina seus estudos em 1906 e obtém sua livre docência em 1911.

Era comum para os intelectuais daquele tempo se filiar a algum partido político. Todavia, Kelsen acreditava que tal vinculo poderia atrapalhar sua independência acadêmica, particularmente posto que naquela conjuntura pública, e este é um fenômeno que extrapola a fronteira austríaca, ser membro de um partido político demandava disciplina e tempo sobre as questões internas partidárias, assim como implicava seguir determinadas correntes ideológicas em disputa nos partidos. Kelsen recusaria ser taxado de ideológico[12].

Todavia, isso não o impediu de ter vínculos de amizade com os intelectuais e políticos da social democracia austríaca. Para além de seminários, boa parte da intelectualidade vienense desenvolvia sua sociabilidade nos cafés.

Ali se reunia com Max Adler, Otto Bauer e Karl Renner. Ademais, Metáll descreve que o círculo de amizades de Kelsen não se restringia aos intelectuais de esquerda, mas que também desenvolveu ao longo da vida relações de amizade com importantes nomes do liberalismo como Ludwig von Mises e Josef Schumpeter. Curioso notar que durante a guerra Kelsen também frequentou seminários privados de Freud, episódio que também marcará sua obra.

---

[12] Não é difícil imaginar que sua proximidade com os sociais democratas não o impedia de recusar o uso tradicional do marxismo como matriz teórica, pois julgava que em última análise essa corrente de pensamento pressupunha o fim do Estado sendo, portanto anarquista, noção contrária à seu projeto político democrata, no qual percebia no Estado um papel regulador fundamental.

Essas amizades lhe foram importantes pois foi por meio delas que Kelsen foi convidado por Karls Renner em 1918, então chanceler do governo transitório austro-alemão para realizar a constituição austriaca definitiva. Em vista que El caciller, doctor Karl Renner, estaba totalmente ocupado com las negociaciones de paz em St. German y com los difíciles problemas econômicos de "gobernar um pueblo de dez millones de habitantes....entre las ruínas Del império", como El mismo decía (...) poco pudo ocuparse de las cuestiones constitucionales, razón pela qual se limito a dar a Kelsen las directivas políticas esenciales. De este modo le prescribó solamente dos principis políticos fundamentales como lineamientos: la democracia parlamentaria y unadescentralizacíon que, correspondiendo com la división de Austria em regones autónomas, no constituyera, sin embargo, uma limitación muy forte a la competência Del gobierno central. Em todo ello, debería tenerse como modelo, tanto cuanto fuese factible, la Constituicín de Weimar, la cual se encontraba tambíen em preparacíon."(Metáll,1976,p.42)

Percebe-se que Kelsen é um ator privilegiado de seu tempo. Participou de diversos episódios marcantes no cenário europeu do inicio do século. Deve-se considerar que ainda que sua função estivesse sempre ligada ao direito, sua atuação era eminentemente política. De grande importância será a confecção da Constituição da Áustria em 1920, e a instituição de uma Corte Constitucional[13] competente para exercer o "controle concentrado" de constitucionalidade.

"La tendência Del prorpio Kelsen era codificar, de manera técnicamente inobjetable, los princípios políticos que se le habían dado, construyendo al mismo tiempo las garantias efectivas de la constitucionalidad para las funciones Del Estado. Kelsen consideraba al capitulo sobre las garantias de la constituicíon y de la administración como El núcleo jurídico de la constituicion, com las cuales podia al mismo tiempo vincular instituiciones de la vieja monarquia como el Tribunal Imperial y El Tribunal Administraativo. Este ultimo pudo ser recogido em la nueva constituicion federal com modificaciones insustanciales. el Tribunal

[13] Da qual trataremos mais detidamente na segunda parte do capítulo.

Imperial, em cambio, fue convertido por kelsen em um verdadero tribunal constitucional, El primero de este tipo em la historia del derecho constitucional". (Metáll, 1976,p.42)

Vale ressaltar que no intervalo entre a I e a II Grandes Guerras, Kelsen fora ministro do Tribunal Constitucional austríaco[14], cargo do qual foi retirado em virtude da reforma constitucional realizada pelo Partido Social-cristão austríaco que passou a dominar a conjuntura política em meados da década de 1920 e pouco a pouco passou a alinhar seus interesses com nacional socialismo alemão.

Posteriormente, foi professor da universidade de Colônia e colega de Carl Schmitt, com quem travou o célebre debate sobre quem deveria ser o guardião da constituição[15]. Nesse momento o antissemitismo ─ Kelsen era judeu ─ já dominava a Alemanha, e os relatos de perseguição contra sua liberdade de cátedra, somada à perseguição de Schmitt, se tornam insustentáveis. É demitido pelo governo nazista, retorna à Viena, de onde parte para Genebra e finalmente migra para os EUA.

Nos EUA passará por dificuldades de se alocar profissionalmente, tendo uma estadia em Nova Iorque, até se alocar em Berkley, aos 60 anos, como professor de teoria e filosofia políticas Passará o resto de sua vida ali.

Essa breve reconstrução do contexto histórico-social sob a qual se deu a formação profissional de Kelsen, sua produção acadêmica assim como sua atuação política num sentido mais amplo, se faz necessária para que possamos compreender as razões, os sentidos e limitações de seu pensamento. Não é de se estranhar que sua produção intelectual seja vivamente marcada pelos principais debates de seu tempo, e que sua fertilidade esteja relacionada à observância de projetos políticos muito distintos que circulavam então. Vale

---

[14] Como sugestão de pesquisa nos parece pertinente e inédita uma investigação sobre as decisões da corte no período da presidência de Kelsen.

[15] Este debate, amplamente documentado, não será objeto específico de análise neste trabalho, mas seguramente as bases conceituais normativas das quais Kelsen se vale serão esmiuçadas e explicadas aqui.

lembrar, por exemplo, que quando fora redator da Constituição Austríaca a revolução russa havia recém acontecido. Desta feita sua vasta obra dialogará tanto com a tradição do pensamento jurídico-político alemão (inovando-o muitas vezes) quanto com o pensamento conservador de seu tempo e mesmo com o pensamento marxista em suas diversas correntes.

Tendo em vista a complexidade do *momentum* histórico, buscaremos a seguir um caminho de compreensão de seu pensamento que permita esclarecer o sentido de um projeto político que acreditamos permear sua obra, em particular na construção de uma teoria do Estado que conecte forma e conteúdo.

1.2.Transformações históricas e a formulação de *Essência e valor da democracia*[16]

A revolução russa, o fim do império Austro-húngaro e a criação de uma república democrática austríaca são fenômenos histórico-sociais que simbolizam algumas das mudanças por que passara o continente europeu nos últimos anos e sobre os quais a primeira guerra mundial fora o desfecho trágico.

Tamanha efervescência é acompanhada de uma intensa vida intelectual, principalmente em Viena, conforme panorama desenhado anteriormente. E é exatamente nesse período de grandes transformações que Kelsen formulará as bases de seu edifício teórico acerca do tema do Estado. *Essência e valor da democracia*, ainda que tenha sido reformulada ao longo dos anos, servirá como o grande fundamento de suas análises sobre política e democracia.

Esse "*trasfondo*" histórico político[17] e a criação da constituição austríaca de 1920 serão destacados agora.

---

[16] Fundamental contribuição ao tema é a obra de (Lagi, 2007), fonte crucial de informação para a presente reconstrução.

Nesse primeiro momento de formação intelectual, vale ressaltar que Kelsen teve contato com as obras de Schoppenhhauer e Kant, influências duradouras (e que serão abordadas nos capítulo seguinte).

As afinidades de tema entre política e direito já aparecem durante a *bildung* (formação) universitária de Kelsen. Influenciado por professores como Edmund Bernatzik, Laband, Gerber e Jellinek, tomou como objeto de estudo a natureza do Estado e da soberania.

A ideia de Estado pessoa, titular de soberania e, herança da construção jurídica do Império, levava autores como Gerber e Laband a atribuir os direitos dos cidadãos como meros "reflexos do poder do Estado". (LAGI, 2007, p.26)

Já para Jellinek[18], os direitos são relacionais e, portanto, serão pensados na chave de pessoas ou entes de direitos. A noção de direito subjetivo será tratada como fruto de uma relação entre sujeitos de direito. Nesse modelo, o Estado se mostra em um duplo grau. O primeiro é o Estado detentor de direitos, pessoa jurídica que cria seu próprio ordenamento. Sua outra face é a daquele que se autolimita ao ordenamento estabelecido, respeitando os direitos dos indivíduos. Disso decorre que há uma relação de submissão e cidadania, entre indivíduo e Estado, conforme a situação em questão, já que a posição de cada um decorre do exercício do poder estatal.

Na verdade, essa relação demonstra uma dupla preocupação de Jelinek, a de compreender o Estado a partir de suas naturezas: institucional e humana. Por conseguinte, trata do tema da soberania como fundamental para se pensar uma doutrina jurídica e outra social do Estado. (LAGI, 2007, p.30).

---

[17] O plano de fundo que permite Kelsen construir sua teoria e a relação com os intelectuais de seu tempo, é particularmente importante para (HERRERA, 1997).

[18] Abordaremos a presença de Jellinek no pensamento de Kelsen no capítulo seguinte.

A soberania em Jellinek enfrenta um novo paradigma se comparada à de Gerber, já que se trata de uma soberania que não se dá em sua totalidade potencial, mas que autolimita-se, ou seja, considera que o ordenamento que limita o súdito e impede o órgão estatal de abolir o direito. Dito de outra forma, se o Estado tudo pode ao formular as normas, está restrito a elas. Percebe-se que neste contexto, a soberania é de titularidade exclusiva do Estado[19].

Essa discussão será importante no que tange à formulação kelseniana sobre a teoria de Estado em Dante Alighieri, sobre a qual versa sua tese de licenciatura. Nesta obra Kelsen tenta aproximar os escritos políticos jurídicos de Dante, com sua obra poética na tentativa de encontrar o verdadeiro sentido da soberania. (LAGI, 2007.p.32). O humanismo (a realização das capacidades humanas) e o universalismo dantesco, que pensa o Estado como espaço dessa realização, deixaram marcas indeléveis no autor.

É apenas nos *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* com a introdução da distinção entre ser e dever ser, que Kelsen liberta-se das influências de Jellinek e dos pensadores do direito público alemão, culminando, portanto na consolidação do direito como uma ciência com objeto próprio. Ela não seria nem uma ciência natural, tampouco parte da sociologia ou do jusnaturalismo, ligadas ao mundo do ser[20]. O dever ser surge como o campo específico do estudo do direito. Ademais, esse dever ser surge em correspondência com a noção de forma, e assim será analisada pelo autor.

Em consonância com sua busca da essência dos objetos do conhecimento, Kelsen supera seu mestre Jellinek ao mostrar que o objeto específico do direito, a norma, se encontra no plano do dever ser, e não do ser, conforme defendia a sociologia jurídica de então. A figura do Estado pessoa autolimitado num poder de fato, numa qualidade do mundo natural não fazia

---

[19] Destaca-se também que este jeito de olhar o estado está conectado à uma visão imperial do Estado, À qual Kelsen se opõe na construção de um novo paradigma de mundo.

[20] O capítulo três abordará diretamente a relação entre o pensamento político democrático e a ciência do direito enquanto um momento necessário da democracia.

mais sentido. A partir de 1911, a ciência do direito conhece o Estado como um ordenamento jurídico-normativo. (LAGI,2007,p.37)

Essa clareza metodológica, que será mais bem abordada no capitulo seguinte, permitirá que ele conclua o tempo de formação acadêmica com a maturidade intelectual suficiente para olhar os problemas do amanhã, e transitar para um período fundamental na sua atuação política.

Durante o período que Kelsen assessora o chanceler do governo provisório austríaco, o social democrata Karl Renner, na formulação do que viria a ser a constituição Austríaca promulgada em 1920, já trata no seu *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Volkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* da soberania como um atributo do ordenamento jurídico, e portanto como uma questão de hierarquia entre normas, fundamentada na Grundnorm, disponível ao sujeito cognoscente no campo do dever ser, portanto ideal, porém objetiva (sistemática)[21].

No mesmo ano, a primeira edição de *Essência e valor da democracia* é lançada. Nove anos depois, em 1929, esta versão será ampliada e reeditada. Isso indica, que ao contrário do que se prega na leitura crua e mal intencionada do positivismo kelseniano, o autor é um interprete cuidadoso e preocupado com as questões políticas do seu tempo. Desenvolverá com cautela e ineditismo fórmulas sobre o sistema democrático parlamentar, desconstruirá a ideia de soberania como matriz do mundo político e, rebaterá as críticas mais ácidas contra a democracia parlamentar. Essas questões estão na ordem do dia da Áustria, e da Europa em reconstrução.

A noção de que a liberdade política e civil, somada às liberdades individuais, garantidas na democracia, fundamenta a criação da vontade estatal, por meio de procedimento

---

[21] Por ora, não entraremos numa análise aprofundada dos conceitos chave do pensamento de Kelsen, busca-se apenas colocá-los em evidência histórica.

específico, a saber, eleições, será o núcleo desse pensamento. É importante destacar por ora que o dispositivo procedimental da democracia kelseniana serve como mecanismo de garantia concreta do valor liberdade[22].

Ademais, a pouca explorada proximidade entre Kelsen e Freud, em particular na análise dos movimentos de massa, sua relação com o Estado e a decorrente crítica de uma figura paterna (ou do chefe) como exemplo de autoridade, ou ainda identificável com o ordenamento jurídico é praticamente ignorada[23]. Essa preocupação evidencia a existência de um pensamento ontológico nas formulações científicas de Kelsen.

Esse grande emaranhado de questões levará Kelsen a adotar e compor uma dupla empreitada sobre a análise das normas. De um lado, sua preocupação enquanto cientista jurídico é de analisá-la na sua forma. Doutro lado, como teórico da política, e defensor da democracia, buscará sempre no método científico a justificativa de suas escolhas analíticas. Não será diferente ao demonstrar como a partir do respeito aos procedimentos da formação da maioria política, o político pode ser formado em consonância com o relativismo filosófico.

Por isso, será um defensor da forma das coisas. Ao mesmo tempo em que ele realiza diagnósticos de época precisos, Kelsen sabe que não tem sentido afirmar que uma certa verdade deva ser imposta, mas que a defesa de seu posicionamento, e a possibilidade de acordo a partir de elementos em comum com os outro homens, deve ser preservada para que não se retorne ao mundo do império.

É apenas no primeiro sentido que o direito se identifica com o Estado. Atribuir à democracia um sentido procedimental é correto, posto que ela garante a forma, mas é insuficiente pois há o valor liberdade (em comunidade) a ser levado em consideração, e o

---

[22] Na sequencia mostraremos que esta liberdade é diferente da liberdade do liberalismo, posto que é a liberdade social ou política. E não a liberdade germânica.

[23] Destaca-se que este tipo de análise política-psicológica que Kelsen antecipa já no final da década de 1910, começo da década de 1920 será popularizada principalmente pela escola de Frankfurt alguns anos mais tarde.

método transcendental, neokantiano, permite a Kelsen fazer uma defesa também do conteúdo, ou melhor, da democratização da democracia.

Este sentido do pensamento kelseniano, ainda que pouco explorado, tem sua expressão no famoso debate que trava com Carl Schmitt sobre o guardião da constituição, assim como a reedição de sua obra sobre a essência e valor da democracia, na salvaguarda dos direitos políticos e civis. Há, portanto uma preocupação com a efetivação dos valores democráticos. Ser e dever ser têm, cada um, espaço específico no projeto cientifico kelseniano. Cabe dizer por enquanto, que no jogo de interpretações sobre quem decide sobre o político, Kelsen defende um modelo constitucional de democracia como o mais compatível com a modernidade.

Ao mesmo tempo em que Kelsen esvazia a história como método jurídico, ele enaltece o procedimento democrático como aquele no qual os indivíduos melhor preservam sua liberdade. A liberdade é garantida via autonomia. A produção normativa é feita por aqueles que à ela se submetem. O funcionamento da política e do direito, ambos acontecem dentro de um sistema que se retroalimenta do ponto de vista da forma de ambos. A democracia representativa[24] enquanto forma é, antes de tudo, uma construção humana, uma técnica social datada.

1.3. A experiência constitucional experimentada. Tempo e espaço como impulsionadores do movimento do pensar

Neste momento trataremos com mais proximidade do desenvolvimento do pensamento de Kelsen frente os desafios institucionais que a transição império-república acarretou na vida política da Áustria alemã.

[24] Com todas as nuances das quais falaremos nos capítulos seguintes.

O nascimento e vida da república democrática austro-alemã se dá entre Outubro de 1918 e Março de 1919, momento de estabilização social do pós-guerra e de formação do quadro constitucional do Estado austríaco de 1920. Este é o período de gestação de *Essência e valor da democracia* que será publicado em 1920, e colocará o tema do parlamentarismo como central no debate sobre a forma democracia.

Após o parlamento imperial declarar a abdicação dos Habsburgo, e dada a onda separatista nacionalista do antigo império, foi constituída a assembleia nacional provisória do Estado independente austro-alemão.

LAGI (2007) nos ensina que a constituição do novo governo, feita a partir do quadro eleitoral da ultima eleição realizada no Império, ocorrida em 1911 (num total de 102 nacionalistas, 70 sociais cristãos e 39 socialdemocratas eleitos), logo que realizada já enfrentava diversos desafios. O pós-guerra trazia à tona dilemas formais e materiais cruciais para o sucesso do governo de transição. Além de garantir sua existência formal (institucional), a relação entre poder central e províncias, colocava sua estabilidade em risco. A crise econômica trouxe consigo a intensificação de movimentos sociais. O aumento dos preços, em particular do pão, fez com que os trabalhadores realizassem diversas greves, e que surgissem os conselhos de trabalhadores e soldados, o que aumentava a temperatura dos desafios institucionais.

Uma das primeiras atitudes do governo provisional, formado por representantes das três alas políticas majoritárias do país, foi a de organizar um Conselho de Estado e uma comissão constitucional. A primeira para lidar com os aliados, e, portanto negociar os tratados de paz; e a segunda para cuidar do sistema de votação para a eleição da assembleia nacional constituinte.

No plano do discurso o tema era a autodeterminação dos povos. A disputa sobre como definir o território, e do que consistia a Áustria alemã foi central para os três principais partidos acima citados (social democracia; nacionalistas; social cristão).

A tensão girava principalmente em torno do tipo de relacionamento a ser desenvolvido com as nações outrora pertencentes ao império austro-húngaro e com a própria Alemanha. O tema do nacionalismo e de sua relação com a língua fica aqui evidente, em particular no debate sobre a anexação do território austríaco ao alemão. O que diferenciava os austríacos dos alemães? Esta pergunta é fulcral, e será respondida conforme analisarmos o devir histórico. Aproximação e afastamento será parte importante do jogo político do entre guerras.

O posicionamento do partido social cristão remetia à força do antigo império. Nela, a autonomia do povo austríaco alemão estava condicionada à união com a Alemanha, já que acreditavam que a união garantiria um Estado forte através da liga do Danúbio. Este também era o posicionamento de importante ala do partido social democrata, capitaneada por Viktor Adler, para quem uma federação formada com a Alemanha e os antigos Estados do império era a melhor garantia de um Estado autônomo.

Todavia, o caminho vislumbrado por Karl Renner, jurista e político austríaco, representante da ala moderada do partido social democrata, era diverso. Renner percebera que a parte alemã do império austro-húngaro havia se convertido num povo sem Estado e que o *momentum* político e histórico era propício à reinvindicação da soberania e da autodeterminação dos povos (LAGI, 2007). Significa dizer, que o mito fundacional do Estado constitucional se abrira como possibilidade histórico-política. Tomando emprestado de Kalyvas[25] a expressão, ali se criou o momento do extraordinário.

Renner era a favor da formação de uma república democrática de caráter representativo, tendo como fundamento a soberania popular enquanto ideia fundacional da república (povo é o titular, o sujeito gerador do poder e não a assembleia). A representação política surge então como método moderno do exercício da soberania, e a democratização do

[25] O tema da política do extraordinário é recorrente nas obras de Kalyvas, 2006. Aqui nos inspira particularmente o artigo: *The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's legal and political theory* de 2006.

voto (direito e universal) como resposta a um pleito antigo da história política austríaca, que se resolve no nascimento da nova república, mas que já era pauta no império devida a necessidade de acomodar a então soberania divina com os anseios dos povos que o integrava.

A diferença entre a forma parlamentar que teve lugar no fim do império e a proposta por Renner (da qual Kelsen terá grande participação e a partir da qual pensará muito de seus problemas) é importante exemplo de como o passado interfere na criação do novo, e mostra com clareza que as escolhas políticas são oriundas do devir e das condições históricas-politicas das quais emergem seus atores.

A soberania mudava de lugar, deixava de ser a do monarca, concretizada num modelo de monarquia constitucional para o modelo da soberania popular. Se em ambas existia o parlamento, a justificativa da natureza do Estado fora totalmente invertida, e consequentemente, seu fundamento. O sistema partidário e o voto direto serão mecanismos fundamentais na constituição do novo Estado. A representação passa a ser do povo, não mais do monarca. A relevância do poder legislativo e do parlamento aumentam qualitativamente. Vale dizer que Kelsen não concorda com esse diagnóstico, pois ele já considerava que o Estado (entendido como direito) é que definiria quem é o povo, e não o contrário.

O debate internacional acerca do fundamento da democracia moderna, sua fundação política e jurídica na figura da soberania popular, e, portanto, do papel dos poderes e suas competências (da fonte do poder político e jurídico e de seu controle) é grande. Na sua configuração austríaca Renner defende que o poder popular seja exercido por meio da representação.

A transformação na noção do conteúdo da soberania é também uma mudança de sua forma. E esse paradigma é fundamental. Ainda que em sua essência última a vontade seja seu conteúdo, a formação da vontade toma lugar de destaque na configuração do político.

O poder legislativo se torna o grande ator com a virada republicana e democrática[26]. É sob esse guarda chuva de questões que Kelsen emerge como ator político. Sua participação no mundo da política se caracteriza por uma atuação de bastidor, ainda que seu protagonismo seja digno de nota. A acomodação das forças internas do partido socialdemocrata, o SPÖ, na figura de Renner e a adoção do projeto reformista e democrático serão decisivas para que tal participação aconteça. A visão hegemônica do partido era de que qualquer tentativa de um movimento operário revolucionário tomar o poder acarretaria uma dupla repressão, fosse por parte dos conservadores austríacos ou das forças estrangeiras da Entente. Desta feita a construção do socialismo deveria passar pela via democrático-partidária. Essa defesa "legalista" será feita não só por Renner, mas também por Otto Bauer, em seu *Der Weg zum Sozialismus* (LAGI, 2007, p.99), figura essencial do austro marxismo e que no texto supracitado defenderá que a queda da monarquia, a criação da assembleia nacional e o estabelecimento da ordem democrática seriam fatores históricos fundamentais para a obtenção da paz, da estabilidade do trabalho e, portanto de uma guinada para o caminho do socialismo.

Bauer aposta na transformação da democracia liberal em socialista pela via institucional e pacífica. Naquele contexto histórico isso significava o diagnóstico etapista do marxismo, renuncia de um projeto socialista radical, que aproveitasse a situação de caos social fomentado pela transição do campo para a cidade como consequência da guerra. Paz e trabalho seriam fundamentais para essa guinada no sentido do projeto de poder que se diferenciava da experiência soviética e que ficou conhecido como reformismo.

Digno de nota é o papel e o lugar do intelectual no debate público, mas principalmente o movimento das ideias que se tornam instituições[27].

---

[26] Quando trata do parlamentarismo Kelsen ressaltará a importância crucial que a noção de soberania teve na evolução do projeto democrático de tipo parlamentar.

[27] Também é digno de nota a postura de Kelsen de não se filiar a partidos políticos, algo comum em seu meio como podemos perceber ao acompanhar o desenrolar desse debate.

A posição social democrata foi vencedora nos debates sobre a soberania. Consequentemente temos no novo modelo republicano ─ a constituição austríaca de 30 de outubro ─ a inversão da estrutura do ordenamento imperial, ou seja, por meio da soberania popular, instituiu-se um mecanismo parlamentar forte, proporcional, capaz de controlar o executivo, e não mais o contrario[28].

Note-se que a conhecida metáfora da pirâmide de Kelsen, dialoga com esse estado de coisas, da nova formação do Estado austríaco. É o território preenchido do povo, que determina o paradigma constitucional a ser observado, que atribui legitimidade ao ordenamento. Estado, território e povo são os elementos constitutivos da pirâmide[29].

Da discussão sempre calorosa entre historiadores e sociólogos acerca do tema das rupturas e continuidades, o debate sobre a institucionalização da república democrática a partir da ruína de uma monarquia secular nos esclarece ao menos que não se pode ignorar o antigo para realizar o novo, ainda que o novo apresente seus próprios problemas para serem resolvidos.

A participação dos titulares do direito seria feita por meio de eleições constitucionais, e a partir dessa eleição seria criada a nova república:

> "fue Renner quien leyó ante la Asemblea el texto con el que los ciudadanos serían informados sobre la elección que acababa de llevarse a cabo. El documento anunciaba la voluntad de la Asemblea nacional provisional de: fundar el estado austro-alemán como república, es decir, como um estado libre, popular cuyas leyes provienen del pueblo y cuyas autoridades son elegidas, sin excepción, por médio de los representantes del pueblo." (LAGI, 2007, p.105)

O conflito entre o antigo e o novo pode ser visto no quadro austríaco como o embate entre forças locais, os "Lander", ─ "unidades autônomas", ou caudilhos, como

---

[28] Notável também a influência que o velho exerce na concepção do novo. No caso específico, funcionou como espelho invertido.
[29] Ainda que não se possa considerar a soberania popular como o topo da pirâmide.

ficaram conhecidos na literatura latino-americana ─ e o poder central[30]. Isso acontecia, pois caso o poder descentralizado ganhasse força e esses territórios se autonomizassem a tal ponto que se opusessem ao poder central, ─ aproveitando-se do caos pós-guerra e do momento de reconstrução do Estado austríaco ─ as forças que representavam o atraso monárquico ganhariam mais poder com a descentralização. Essa preocupação concentra a tensão modelar das novas instituições.

A federalização dos estados sem a representação centralizada como força de coesão superior era uma possibilidade real, dada a força dos Länder e sua tentativa de influenciar o governo central de Viena. A solução final, como veremos, foi dar aos municípios e aos Länder autonomia administrativa. Reconheceu-se também um poder central como soberano. Haveria um Estado unitário, organizado a partir do centro.

A criatividade para solucionar os problemas do nacionalismo é digna de nota nesse primeiro momento da Áustria alemã. O território não assumia papel determinante na definição da cidadania. Estava presente muito mais a noção do Estado como uma comunidade de sentidos. A ideia de um Estado austro-alemão compreendia assim, a totalidade de alemães que vivessem no antigo território imperial dando à noção de nacionalidade um especial valor.

O caráter provisional da primeira república austríaca exigia que se mobilizassem as forças políticas nacionais no sentido de criar um novo Estado a partir das exigências de um novo tempo e de um paradigma fundacional novo, a democracia representativa. A questão da representatividade real da sociedade no parlamento se configurou como central para legitimar a nova ordem. Por isso, a constituinte teve que debater em minucia o sistema eleitoral.

---

[30] Nosso trabalho não trata diretamente sobre o governo social democrata, ou sobre o austromarxismo como experiência singular do pensamento marxista no contexto europeu. Ressaltamos porém a importância histórica da Viena Vermelha como desdobramento da tensão entre centro e caudilho. A eventual falência desse projeto em detrimento da ascensão conservadora e nazista. Sobre o tema vale a leitura das obras de Giacomo Marramao, particularmente sua “Austromarxismo e socialismo de esquerda”.

Formou-se consenso[31] sobre a instituição do sistema político proporcional. Este era visto como forma necessária tanto pelos socialdemocratas como pelos nacionalistas alemães e conservadores. Para os últimos, como forma de evitar a ditadura de classe encabeçada por uma possível vitória dos social democratas, e uma guinada mais radical do projeto socialista.

A política feita na monarquia era a de representação de interesses estamentais. Com a república democrática, a representação parlamentarista prometia uma mudança na qualidade da representação, já que a estrutura formada comportava a maior parte possível das visões de mundo, não só a profissional.

As transformações constitucionais da forma de governo que se construiu na Áustria foi campo fértil não só para a produção no campo jurídico-constitucional para o jurista Kelsen, mas principalmente para suas reflexões no campo da ciência política. Em 25 de novembro de 1918, Kelsen foi nomeado assessor da chancelaria constitucional presidida por Renner, e que seria responsável pela redação da carta constitucional de outubro de 1920.

1.4. A soberania em jogo

Cabe ressaltar que a tensão entre Bund (poder central) e Länder (províncias autônomas) é decisiva na configuração histórica do Estado austríaco. Estava em jogo na visão de Kelsen a formação ou de "1) Estado burocrático centralizado; 2) sistema de administração autônoma, 3) Estado federal" (LAGI, p.169, 2007). Do resultado desse confronto, estava a questão da origem da legitimidade do ordenamento.

No exercício da função na chancelaria, Kelsen desenha seis projetos constitucionais distintos, cada um pesando uma alternativa de acordo diferente. Nesta altura

---

[31] Ainda que por razões conflitantes, uns viam este sistema como idealmente mais democrático, outros com o oportunismo do jogo político, como mais eficaz para assegurar seu poder real.

deve-se considerar que Kelsen é mais afeito a um ideal específico, porém não lhe cabe a decisão, apenas a redação do acordo escolhido pela assembleia provisional.

Naquele momento havia uma chance real de que as províncias autônomas, com vistas a garantir a manutenção do seu poder local, fizesse da república austríaca uma federação. Graças ao fundamento de legitimidade da assembleia constituinte, a lei de 30 de outubro de 1918 formulada por Renner "Sobre a soberania", isso não aconteceu. Tal lei estabelecia que o fundamento da assembleia se encontrava na soberania popular, e não num acordo entre os poderes regionais[32].

Entre os projetos feitos havia aqueles que favoreciam o poder local em detrimento ao central. Este projeto fora fortemente influenciado pelas estruturas federais suíça de 1874 e norte-americana. Nele não havia hierarquia entre as câmaras federal e as estaduais.

Segundo Lagi (2007), Renner refuta esse modelo de paridade de forças e pede à Kelsen que redija dois outros projetos que fossem inspirados na recém-criada constituição alemã de Weimar. Neles, Kelsen deveria desenhar um modelo que preservasse o poder central, tomando como motes a ideia de republica democrática e a soberania popular.

A pressão das províncias transformou-se em uma derrota parcial para os social democratas. Ficou acertado que se a estrutura do governo seria bicameral moderada, assegurada tanto ao centro (Bund) quanto às províncias (Länder) recorrer ao tribunal constitucional. A prerrogativa de formação do governo federal, porém, restou exclusiva para o parlamento federal. Percebe-se que este sistema, melhor dizendo, o acordo possível já antecipava a continuidade dessa tensão entre as forças conservadoras das províncias e as de centro ou mais progressistas, centralizadoras.

---

[32] Antecipa-se que essa motivação corresponderia à uma tendência centralista, à qual também o tribunal constitucional deverá responder. Destaca-se nesse contexto, que a adoção do controle concentrado de inconstitucionalidade servirá à essa arquitetura garantidora da unidade do ordenamento e do estado central.

Além da defesa da centralidade do parlamento, Kelsen tentou emplacar o procedimento de oficio como parte do projeto de um tribunal constitucional que funcionasse como defensor da constituição. Este mecanismo possibilitava a autotutela constitucional por parte do tribunal. Todavia, ele não foi aprovado.

Por fim, cabe ressaltar o principio da legalidade como norteador da administração pública. Esse elemento é o elo que fecha o ciclo entre executivo, legislativo e tribunal constitucional que será pensado nessa conjuntura como guardião da constituição, e, portando será um dos espaços possíveis de acomodação da tensão centro-província.

1.5. A democracia real e a necessidade da corte constitucional

Sabe-se que na teoria pura do direito, Kelsen expressa de maneira definitiva a hierarquização das normas como pressuposto de validade do ordenamento, ou seja, que o fundamento de validade de um dever ser, não pode justificar-se a partir do ser. O ordenamento é válido se autorizado por uma norma hierarquicamente superior.

Se assumirmos como verdadeira essa lógica sistêmica, e passarmos a retirar as conclusões políticas dela, devemos perguntar: quem controla se uma norma está ou não em consonância com sua superior hierárquica? Por um lado estaria correto argumentar que este controle deve acontecer no momento do nascimento da norma nova. Esta afirmação, apesar de correta, não leva em conta que há de haver um controle externo dessa lógica de confecção normativa, para os casos de incompatibilidade, ou de dúvida acerca da compatibilidade sistêmica da norma.

Neste contexto, surge a necessidade de existência de uma corte constitucional nos moldes defendidos por Kelsen. A democracia enquanto técnica social precisa garantir a funcionalidade do ordenamento. O tribunal constitucional, guardião da constituição, será o responsável por garantir que as demais instituições atuem em conformidade com a constituição, e na democracia, que ela mesma funcione democraticamente.

Isso equivale a dizer que, para Kelsen, além da importância teórica, a existência de um tribunal que desempenhasse esse papel era uma necessidade que surgia da experiência do real. Sua autonomia em relação aos outros poderes, mas não à constituição, era novidade para uma sociedade que, até então, via no "poder moderador" ausência de impedimentos por sobre os assuntos públicos.

A dupla função desempenhada por Kelsen era a de esboçar projetos constitucionais para a Áustria e, com base em premissas de um ordenamento republicano e democrático fazer a transição (o termo recepção não é utilizado para evitar controversas acerca da novidade que marca o evento constitucional) do tribunal imperial (Reichsgerichtshof) para a corte constitucional. Do ponto de vista prático, significava a consolidação da república democrática em meio à disputa das forças centralizadoras republicanas e o interesse das províncias autônomas que compunham a Áustria alemã[33].

Ainda que a ruptura seja o tom do novo, é importante que se reconheça que o movimento constitucional não é fruto de um ato concentrado, mas possui história própria. Ainda que esse não seja o foco do presente trabalho[34], cabe assinalar algumas particularidades desse debate e que remete ainda ao período imperial.

A ideia de corte superior toma força ainda no contexto do império austro-húngaro no século XIX, e em março de 1849 toma corpo como resposta do imperador às tendências revolucionarias europeias de 1848. O tribunal administrativo (Reichsgerichtshof) é então criado com o objetivo de julgar violações de direitos cometidos por funcionários do Estado, e também para acomodar (resolver) as já existentes disputas entre o poder local (Länder) e o poder central imperial. Configurou-se como parte de uma tentativa mais ampla de constitucionalizar a monarquia dos Habsburgo. Tal movimento só se consolidaria a partir de

[33] No subsolo dessa disputa, a forma de inserção no capitalismo europeu no pós-guerra.

[34] Para uma analise mais aprofundada do tema ver o trabalho de Pedro Cruz Villalón, "La formacion del sistema europeo de control de constitucionalidade (1918-1939)".

1867 com a instauração da constituição do império que se fundava em três leis: a garantia dos direitos dos cidadãos; a autoridade judicial; da instituição do Reichsgerichtshof, vinculado ao hall de direitos anteriormente exposto.

Lagi (2007) informa que em 1885 o jurista Jellinek publica seu "Um tribunal constitucional para Áustria" motivado pela defesa de um tribunal constitucional dotado de elevada força reguladora com a finalidade de restringir o poder do parlamento, posto que considerava perigosa a auto-regulamentação de um poder. Conforme demonstra essa autora, o grande argumento que faz de Jellinek uma figura avessa ao parlamento, reside na suposta ilegalidade de um parlamento ser ele próprio responsável pelo julgamento de irregularidades eleitorais. Esse argumento seria válido se o contexto no qual fora desenvolvido não fosse o da defesa do poder imperial, já que o controle de constitucionalidade no formato por ele proposto seria prévio, e deveria passar pelo aval também do imperador[35]. Todavia, não deixa de ser um argumento relevante, a partir do qual ele concluí que apenas um tribunal isento poderia fazê-lo. Temos que a ideia do tribunal constitucional surge para impedir que o parlamento atue em benefício próprio, resguardadas as prerrogativas do imperador de promulgar[36] as leis. O terror de Jellinek, dentro do ideário do liberalismo clássico ao qual este se vincula é a ditadura da maioria.

> "La solución residía, de nuevo, em um órgano judicial que debería tener las características de um Tribunal arbitral, de um <<terceiro neutral>>, lejano de la realidade política de los partidos, para que la Constituición y su necesario respeto no acabasen por depender del <<arbitrio del partido dominante y de las posiciones de los partidos>>." (Lagi, 2007, p.163)

Para Jellinek, este espaço também serviria para que minoria recorresse das possíveis inconstitucionalidades exercidas pela maioria.

---

[35] Claramente esse sistema de controle prévio de constitucionalidade e da "promulgação" necessária pelo imperador significava o controle político prévio das leis formuladas no parlamento e o enfraquecimento das câmaras, e por conseguinte, um fortalecimento do poder imperial. A pouca representação estamental existe no período seria ainda mais mitigada.

[36] Novamente, o uso e o sentido preciso da palavra importam. Aqui se utiliza promulgação e não outorga já que as leis idealmente são formuladas no parlamento. Acontece que com o controle prévio, o poder do imperador, ainda que potencialmente, é ampliado.

É importante destacar que quando Jellinek pensa a estrutura e a função, seja do parlamento, seja de uma corte administrativa isenta da contaminação política, ele não o faz levando em conta a natureza específica do objeto, mas o faz em defesa de um valor político do qual compartilha. Sua produção acontece no seio do império austro-húngaro, e, portanto, em uma conjuntura em que a estrutura do Estado residia na figura do imperador.

Entre as rupturas e continuidades que englobam a formação de um Estado, particularmente no processo constitucional austríaco, fruto de uma transição acelerada, movida pelo fim da I Guerra e a consequente queda do Império, ressalta-se que a maneira como o se dá o enfrentamento das antigas estruturas de dominação é o ponto nevrálgico do processo. A escolha informada a respeito de como a transição se dá deve ser feita com extrema cautela. Nesse sentido, Kelsen encontra na formulação de uma revolução pacífica a justificativa para o abandono do formato das instituições anteriores e o advento das novas formas, com o imperativo de serem democráticas. Somente assim poderia sê-lo já em sua confecção, fruto do processo democrático,

A descontinuidade de uma corte superior tal qual a da era imperial decorre em parte da desconstituição de um sistema pensado para excluir a voz de uma certa parcela da sociedade. Para Kelsen o novo tribunal constitucional deveria servir à preservação da forma democrática e, por conta disso, ao fortalecimento do efetivo jogo democrático no parlamento.

Essa mudança de foco aparece em um memorando produzido enquanto Kelsen exercia o cargo de assessor de Renner no final de 1918. O documento chama-se “Projeto de lei sobre a instituição do tribunal constitucional” e nele Kelsen defende a ruptura completa com a antiga constituição, e, portanto, o abandono de todas as normas que a fundamentavam. As transformações políticas, sociais, culturais e jurídicas implicavam no fim da legitimidade do ordenamento que tinha como fundamento a pessoa do imperador. Em uma republica democrática, a validade das instituições imperiais deixava de existir.

Por outro lado, seria um engano considerar que as experiências institucionais passadas não seriam aproveitadas, tampouco a do tribunal imperial. No tocante ao conflito

entre poder central e províncias autônomas, o tribunal constitucional atuaria como lugar de sua resolução, neutra, analisando inconstitucionalidades, garantindo direitos individuais.

Diferente de Jellinek, Kelsen ressaltava que a função do tribunal era salvaguardar a constituição, pensada como fruto da criação humana, realizada por uma assembleia representativa, com base no acordo, no respeito à pluralidade, às diferentes visões de mundo preservadas, ─ e como parte dessa construção, o parlamento como espaço pacífico da resolução de seus conflitos.

Novamente, a formulação política a respeito do papel do tribunal estava em consonância com a perspectiva do chanceler social democrata.

Em 25 de Janeiro de 1919 é aprovada a lei que instituía o tribunal constitucional no formato desejado por Renner e Kelsen. Três eram suas competências principais: dirimir os conflitos de competência, julgar pedidos de inconstitucionalidade e sobre temas de violações de direitos políticos.

A moldura que se desenhou nas páginas anteriores tenta reconstruir para o leitor um Kelsen pouco conhecido, imerso em um mundo de grandes transformações, afeito aos dilemas de seu tempo. Homem público que, ainda em sua juventude, ajuda na construção de um novo paradigma de sociabilidade e que como vimos até aqui, tendo plena noção do jogo real de forças que permeiam as instituições políticas e sociais, é capaz de propor uma solução teórico-racional não só para os dilemas de seu tempo, mas para que tal solução, seja ela qual for, aconteça numa arena propícia às exigências da modernidade[37].

Após compreender como sua formação intelectual influenciou a forma como Kelsen olhava o mundo ao seu redor, pretendeu-se expor os desafios institucionais que a

[37] Ao menos se se tomar como verdadeira a ideia de progresso que se faz presente na sua obra.

consolidação da nova república apresentava na realidade experimentada por Kelsen, e que aparecerá como subtexto, implícito ou explicitamente, em sua produção teórica.

Assim, mostrou-se que os desafios institucionais acarretados pela mudança de regime político na Áustria[38], a consolidação da democracia enquanto forma de governo e, por fim, na institucionalização da corte constitucional como sua contribuição pessoal nesse processo, são elementos indissociáveis de sua obra.

[38] Assim como na Europa como um todo com o fim dos grandes impérios.

Capítulo 2- As ideias em circulação. Fragmentos de uma (re)construção

Após colocar o "Kelsen europeu" em perspectiva histórica, devemos avaliar a maneira pela qual ele circula no campo das ideias. Para isso, o presente capítulo trata de sua relação com alguns dos autores com os quais Kelsen dialoga. A escolha de tais autores não se justifica tanto pela diferença que a obra de Kelsen toma em sua relação, mas à consolidação das premissas teóricas Kelsen desenvolve em diálogo com eles e que, a nosso ver, são essenciais para uma reconstrução de seu pensamento político democrático.

Destacado o intenso cenário cultural do qual Kelsen participou, não é de se estranhar que o autor tenha sido marcado por diversas tendências teóricas. Desta feita, se antes falávamos da necessidade do pensar a partir das experiências experimentadas, vividas pelo autor, agora devemos tratar de maneira mais cuidadosa de algumas influências teóricas que marcam a postura teórico-democrática de Kelsen.

Das artes ao nascimento da psicanálise freudiana, passando pela virada linguística, pela antropologia e sociologia de seu tempo, Kelsen beberá em diversas fontes. Todavia, cinco influências teóricas se destacam para a compreensão do projeto cientifico desenvolvido por Kelsen. São eles: Jellinek, Weber, Freud, a corrente marxista de pensamento, com destaque para Karl Renner e por fim mostraremos a adequação do pensamento de Kelsen ao projeto kantiano.

2.1. Kelsen e Jellinek: o parlamento em destaque

Jellinek fora professor de Kelsen durante a faculdade. O próprio Kelsen reconhece que foi discípulo dessa escola de pensamento e que a produção do mestre teve importância significativa na sua trajetória. Conhecedor da obra de Jelllinek[39], Kelsen realizará a crítica[40] a

[39] A importância da obra de Jellinek para o direito público é amplamente conhecida

seu mestre com um profundo senso de progresso do conhecimento. O lugar do parlamento é particularmente sintomático desse movimento de mudanças na perspectiva da teoria do Estado.

Sara Lagi destaca que Kelsen discorda dos fundamentos de direito público dos quais Jellinek baseava sua obra. Particularmente interessante nessa inversão é o cuidado que Kelsen tem com o sentido dos signos que fazem parte da construção do conhecimento, e o processo de abandono das ideologias que constroem o pensamento e responsáveis pela falsa consciência.

Jellinek partia do suposto que o Estado era dotado de vontade. A vontade do Estado por sua vez era representada por pessoas jurídicas. Percebemos que nesta configuração, o que Kelsen considera como ficção, significa para Jellinek a coisa em si. Decorre deste pressuposto, que no pensamento de Jellinek, o direito é fruto da vontade de um ser inanimado. Nesse sistema, caberia aos órgãos de Estado dizer qual a vontade do Estado, dentro dos parâmetros definidos pela constituição. O parlamento aparece aqui como um desses órgãos representativos da vontade estatal.

> La voluntad del estado tomaba forma y se manifestaba *en los y a través de* los órganos, entre los cuales Jellinek apuntaba precisamente el órgano legislativo como <<órgano participante de la formación de la formación de la voluntad del estado>>, cuya voluntad valía como voluntad estatal. (Lagi,2007,p.60)

Apresentando tal característica, o parlamento seria constituído a partir de um outro órgão, o eleitorado, que teria por função o voto. Nesse sentido, os eleitores representados no parlamento aparecem como meros protagonistas de segunda classe, já que o protagonismo da manifestação e criação da vontade estatal partiria sempre deste, quase como numa relação de servidão. Isso porque a voz do povo se resumiria às eleições, e a ideia de

---

[40] O termo crítica é usado aqui em sentido técnico, e portanto não se apresenta como simples refutação, mas indica um procedimento da razão que envolve o reconhecimento do estatuto em que as proposições de um autor se encontrava, e sua evolução possível. A partir disso queremos ressaltar que a autenticidade do pensamento de Kelsen não é fruto de um "gênio" específico, mas de um dialogo constante com o estatuto científico e com o tempo experimentado pelo autor.

representação se extinguiria na eleição, e, ademais, a vontade a ser representada já seria estatuída na constituição. Quem constituía o povo era o Estado, e não o contrário.

Até aqui, as distinções acerca do papel do parlamento podem parecer muito próximas às defendidas por Kelsen. Acontece que o tema que leva Jellinek à essa formulação é aquilo que ficou conhecido na literatura como a tirania da maioria. A garantia dos direitos da minoria, e o medo das massas é tema recorrente no liberalismo clássico. É necessário então discutir o papel da autolimitação na relação entre Estado e cidadãos. Como efetivamente tutelar os direitos das minorias? Haveria espaço para a diversidade no modelo parlamentar? Como evitar que a maioria se colocasse pela força?

Diferentemente de Kelsen, que se preocupa com a democracia, Jellinek está preocupado com a não interferência do Estado na vida do indivíduo moderno. Há uma preconcepção das funções do Estado. É isso que permite a esse autor pré-estabelecer as vontades do Estado (e também do porque desta teoria se encaixar bem num contexto de uma monarquia constitucional). A liberdade permanece no plano do discurso como o ideal a ser defendido pelo Estado, mas é sempre a liberdade individual da qual o liberalismo clássico compartilha. No plano da efetividade, há uma conservação do poder do Estado entre os atores com maior capacidade de influir na decisão sobre os órgãos do Estado e também uma menor alternância de poder.

Na sua concepção, a eleição não poderia ser concebida como um momento de escolha individual, tampouco o eleito representaria os interesses de seu eleitor. Ambos deveriam desempenhar sua função de Estado (o voto e a representação, respectivamente), com vistas ao interesse público, caracterizando condutas e deveres supra individuais. O dever do representante é para com o Estado e os demais órgãos deste, incluso o dever do monarca. Nesse quadro, todas as vontades se submetem à do Estado. O controle do voto e da representação (no caminho do modelo americano) lhe parecia um bom sistema.

A preocupação de Jellinek, seu medo da parlamentarização do Estado e a consequente ditadura da maioria, que aparecerá com outra roupagem em Weber, ainda está

presa à noção de Constituição imperial (seja a alemã, de Otto von Bismark ou a austríaca), e se relaciona com a conservação do poder no seio da elite imperial.

O medo de que a voz da maioria fosse ouvida levava ao centralismo em sua vertente imperial[41]. A preocupação de blindar a voz da maioria será abolida no pensamento de Kelsen. Este inclusive inova ao atribuir ao tribunal constitucional o papel de guardião da minoria, e, portanto com a criação de um espaço propício de resolução do contraditório que garanta sempre a existência do outro[42].

Ademais, a confusão da coisa em si, com o valor que o autor julga ser o melhor para preservar as liberdades individuais já indica uma opção valorativa, sua descrença na política em seu sentido emancipatório, e será diagnosticada por Kelsen como a confusão entre ser e dever ser. Esta descoberta possibilita que Kelsen supere seu mestre. Nesse sentido, o empírico e o normativo podem ser fielmente distinguidos[43].

A crítica sobre a natureza da vontade estatal em Jellinek é precisa. Kelsen aponta na sua obra *Problemas fundamentais de direito público* que ele mistura o conceito de vontade individual e vontade geral. Para dirimir este falso dilema, Kelsen emprega a imputação como elemento de distinção entre ambas as vontades. Com isso a vontade do Estado ganha caráter objetivo, deixa de ser a execução da norma prescrita pelo órgão do Estado e passa a se referir apenas ao conteúdo normativo, ideal.

Os conteúdos normativos, que traduzem as ações das quais o Estado pode se valer, e que regulam o convívio em sociedade ─ que configuram a vontade do Estado ─

---

[41] O caráter elitista da democracia apresentada por Joseph Schumpeter em seu *Capitalismo, Socialismo e democracia* deve ser lido em conexão com os desdobramentos do debate europeu que tratamos aqui. Ademais, as significantes transformações que o centro do capitalismo passa, o advento das formas autoritárias de governo, fazem parte do subtexto do trabalho, e mereceriam uma pauta específica de trabalho.

[42] Antecipamos que para Kelsen a democracia se guia pelo princípio majoritário-minoritário

[43] Kelsen não via na produção sobre o direito público anterior à sua, a devida separação entre as matérias causais e a imputação, método próprio do direito.

formam o ordenamento jurídico. A vida social tem no conceito da imputação sua tradução no plano ideal, sua legitimidade. O processo de transferência de legitimidade é o legislar.

O ato legislativo confere legitimidade ao ordenamento jurídico. É o momento em que os elementos amorfos penetram as estruturas fixas do Estado e a preenchem de conteúdo, formando assim a vontade estatal. Essa determinação procedimental, formal, permite englobar sociedades de tipo autocrático e democrático. É a vida social que determinará seu conteúdo. É possível então distinguir a defesa da democracia em Kelsen como um fenômeno valorativo, de exaltação da liberdade. Conforme veremos, é também uma defesa a partir de certa visão de ciência, baseada no relativismo filosófico.

O ato legislativo é assim o cordão umbilical que conecta a política e o direito. O direito será compreendido como construção histórica, e aquilo que Kelsen atribui como sendo o fundamento de toda a validade do direito, a norma fundamental, pode ser lida exatamente como o fator de legitimidade do ordenamento. Além de ser um instrumento lógico-hipotético, possui na realidade dos fatos, enquanto caldo cultural, sua verdadeira manifestação. A formação da vontade política, as origens do político, estão aqui postas.

Com isso, pode-se compreender outra importante distinção entre Kelsen e Jellinek. Para este, o Estado seria o produtor do direito. Já para Kelsen, como o parlamento deixa de ser um órgão de Estado com função restrita e assume protagonismo inédito. O ineditismo decorre do fato de que a vontade do Estado será doravante formulada a partir do compromisso formulado no parlamento.

Em Kelsen, a vontade do Estado está adstrita à vontade formada a partir do voto. A participação surge como importante fator no jogo político. A noção hegeliana de Estado ficava para trás...

2.2. Max Weber e Hans Kelsen, um diálogo necessário

Apesar de contemporâneos, Max Weber e Hans Kelsen nunca se encontraram em vida. Tal oportunidade surgiu quando Kelsen vai estudar na Alemanha, mas não se concretiza.

Apesar de não se conhecerem pessoalmente, a obra de Weber se mostrará fundamental na construção do arcabouço teórico a ser explorado por Kelsen na sua tentativa de interpretar o mundo com base na construção de uma ciência positiva. Isso fica claro, por exemplo, no desenvolvimento do conceito de Estado. O autor austríaco parte da concepção de Estado weberiano e cria sua própria, o que lhe permite avançar no debate sobre os fundamentos de uma ciência jurídica e sobre a separação entre a sociologia (jurídica) e o direito. Passamos agora a investigar a pouco explorada relação entre estes autores fundamentais para a construção da ideia de Estado, e da política no século XX.

Dentre a vasta produção de Weber, exploraremos com mais atenção neste capítulo à coletânea póstuma que ficou conhecida como *Economia e Sociedade*, em particular, as bases de sua sociologia compreensiva. É a partir da compreensão do método sociológico weberiano e sua explicação do poder que Kelsen encontra os fundamentos para constituir sua teoria da norma jurídica e, que na sua especificidade, permite a identificação do Direito com o Estado, sua grande inovação teórica. Esta inovação terá consequências para a teoria política ou, se preferir para o pensamento democrático, conforme veremos no capítulo subsequente.

Nessa obra Weber define a sociologia como "uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos." (Weber, 2009, p.3,) Ademais, define o conceito de ação como

> "comportamento humano (tanto faz tratar-se de um externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um sentido subjetivo. Ação social por sua vez, significa uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso." (Weber, 2009, p.3)

Desta formulação decorrem diversas implicações. Para o presente texto, é importante destacar a ideia de que não é possível "reviver" a ação em sua inteireza, todavia é possível a reconstrução de seu sentido, sentido esse que muitas vezes não é percebido nem mesmo pelo próprio agente que o executa. Cabe àquele que reconstrói e interpreta o fenômeno atribuir esse sentido. Este é o papel do sociólogo para Weber. Desta feita, pode o sociólogo, por meio da construção científica de tipos ideais buscar as conexões de sentido (a ideia de objetividade não está diretamente ligada à das ciências exatas) que levam o agente a atuar da forma como o faz. Meios e fins são fatores relevantes nessa abordagem.

Para tal, a compreensão se vale do "meio inseguro da "experiência ideal", quer dizer, a eliminação *imaginada* de certos componentes da cadeia de motivos e a construção do desenvolvimento *então* provável da ação para alcançar uma imputação causal."(WEBER, 2009, p.7). São então criados os tipos ideais, com base nos quais se pode explicar (na medida em que o fenômeno se aproxima ou distancia deste), as conexões de sentido das ações.

Na esteira da legitimação do seu campo de conhecimento, Weber busca mostrar proximidades e distanciamentos entre o conhecimento sociológico e o histórico. Dessa relação deve-se contar o fato da sociologia buscar "regras gerais dos acontecimentos", isso significa que ela não precisa utilizar-se dos fatos históricos na sua expressão real, mas que pode se valer de abstrações dos fatos da realidade, mostrando-os por meio de conceitos vazios de sentido histórico. Essas abstrações são os tipos ideais.

Tal metodologia permite que se descreva o sentido das relações sociais. Relação é entendida por Weber como "o comportamento reciprocamente referido quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência" (WEBER, 2009, p.16), portanto se ancora na probabilidade de manutenção de uma conduta social num determinado sentido.

Sendo assim, a existência de uma relação social está condicionada à probabilidade de que ocorra uma ação correspondente ao sentido que o observador atribuiu àquele ato. Nesse sentido, a existência do Estado, sociologicamente, depende dos indivíduos atuarem no sentido (em meios e fim) que os observadores lhe atribuem enquanto probabilidade do agir. Dessa forma, não é o direito, mas a ação que determina a existência sociológica do Estado (como a ação de tipo médio se dá). Esse ponto será trabalhado mais adiante, já que essa distinção será ponto divergente quando da comparação com a análise kelseniana do Estado.

Outro conceito que auxiliará a compreender a influência de Weber no pensamento de Kelsen é a ideia da representação de uma ordem legítima, que possibilita que este pense na vigência de tal ordem.

Por vigência de uma ordem, Weber entende algo mais que uma mera regularidade, há um "sentimento de dever" por parte daqueles que a cumprem[44].

> "Ao conteúdo do sentido de uma relação social chamamos a)"ordem" somente nos casos em que a ação se orienta (em média e aproximadamente) por "máximas" indicáveis, e somente falamos b) de "vigência" dessa ordem quando a orientação efetiva por aquelas máximas sucede, entre outros motivos, *também* (quer dizer, num grau que tenha algum peso na prática) porque estas são consideradas vigentes *com respeito* à ação, seja como obrigações, seja como modelos de comportamento." (Weber, 2009, p.19)

A questão central que se coloca para o intérprete é: como se dará a ação pela vigência em relação ao sentido de cumprimento ou de contorno (violação) dessa ordem? Desde que tenham efeitos práticos, Weber não considera um impedimento a existência de diversas ordens convivendo simultaneamente, e contraditórias entre si[45].

Ordem nesse caso, possuí um sentido amplo, podendo conviver num mesmo ato ordens de caráter ético, moral e de direito. Kelsen criticará essa posição de Weber, destacando o caráter exclusivo da ordem jurídica, conforme se verá ao longo do capitulo. Para Weber é uma questão de como a ação se dará efetivamente, para Kelsen, a qualidade da ordem é fundamental. Não é que Kelsen não conceba a possibilidade de uma ordem moral conviver com a ordem jurídica. Ele mostrará a impossibilidade de convivência de mais de uma ordem jurídica simultaneamente à outra, posto que seria impossível que ambas formassem o mesmo Estado.

Interessante notar que Weber parte da menor esfera de análise para então desenvolver seu modelo de ciência, daí a importância da intenção estar contida no sentido da conduta. Aí reside para Weber uma diferença fundamental, por exemplo, entre sociologia e a

---

[44]Quando falarmos de (Kalyvas, 2006) e da política do extraordinário, não estaria ele vinculando a aceitação de uma constituição à ideia de uma vigência no sentindo weberiano? Ou seria ela um momento anterior à esse momento da aceitação?

[45] É a partir dessa dificuldade com a ideia de vigência weberiana e a simultaneidade de diferentes ordens que Kelsen cria a distinção entre validade e efetividade do ordenamento jurídico.

dogmática jurídica, já que enquanto a primeira se ocupa do sentido subjetivo, a segunda o faz do sentido objetivo.

Segundo Ulisses Ordónez para Weber a existência de uma relação que caracterize amizade ou um Estado depende daquilo que o observador julgar que existiu, a partir da análise da conduta de determinados homens, e da consideração dos meios para tal finalidade.

Conforme as ações se dão, criam-se máximas que orientam a ação dos indivíduos no tocante às expectativas criadas pelo sentido das mesmas. Isso significa que os indivíduos passam a se orientar reciprocamente, em determinado tempo e espaço, criando vínculos que podem inclusive ser passados de uma geração para outra. A reiteração dessas máximas cria normas de conduta que podem ou não ser respeitadas.

O conteúdo de sentido de uma ação é a "ordem". A ordem não é a máxima em si, mas o conteúdo de sentido a ela atribuído. Entendida assim, a ordem não pode existir puramente em seu postulado e exige a observância da ação.

Para Weber, a legitimidade da norma pode ter várias origens, sendo o direito apenas uma das formas de legitimidade (diferente da racional afetiva, religiosa, convenção, etc). Neste caso, ela se dá por meio da probabilidade da coerção externa (física ou psíquica), a ser exercida por um quadro administrativo especializado de indivíduos.

> "Es conveniente tener presente que el "orden" del que habla Weber comprende máximas o normas, como se quiera, que solamente especifican la conducta obligatoria. No comprende, en manera alguna, las consecuencias normativas (castigos, sansiones) de esas conductas como parte *integrante de la norma.* Weber omitió llevar a cabo la introducción de la coacción en el contenido de la norma, lo que sí hizo Kelsen, modificando con ello todo el concepto de la normatividad. Y en esto se encuentra la *diferencia fundamental* entre ambos autores, pues para este último, por esa introduccíon, todo se convierte en un problema normativo, de carácter semántico, i. e., *deóntico*, mientras que para Weber es un problema pragmático, pues la sanción no es un contenido de la norma, sino una garatía de ella y, en consecuencia, es externa a ella. La norma es entendida sólo como una máxima que impone obligaciones y sua garantia se encuentra dentro del campo de los hechos, no dentro del ámbito semántico de las normas. En consecuencia, lo que para Kelsen contituye una necesidad normativa, en Weber se disuelve en una probabilidad real." (ORDÓÑEZ, 1989, p.172-3)

Desta feita, se compreende a razão pela qual para Weber não há sentido em analisar as normas em si, mas problematizá-las frente à ação dos indivíduos uma vez que elas são sentidos abstratos das condutas destes. Nisso recai o objetivo da Sociologia: estudar as normas de conduta dentro do âmbito dos fatos sociais, sua observância, ou não observância, é importante na medida em que é analisada no campo da realidade. (ORDÓÑEZ, 1989, p.173)

Importante destacar que o Direito nesse caso é aquela norma capaz (provável) de ser imposta por meio da força *externa* (coercibilidade difusa), caracterizada por um quadro (grupo administrativo) especializado em fazê-las cumprir.

Ademais, isso significa que um ordenamento jurídico não necessariamente excluí que ações individuais sejam tomadas com base em outro ordenamento, legitimamente funcional. Assim, se admite que o mesmo sujeito (ou grupo de sujeitos) esteja sob a égide de mais de um ordenamento.

Weber entende que se o direito se ocupa exclusivamente da norma, a sociologia se ocupa dos fatos, das condutas.

> "Una asociación de dominación debe llamarse ascoación *política* cuando y en la medida en que su existencia y la validez de sus ordenaciones, dentro de um ámbito geográfico determinado están garantizados de un modo continuo por la amenaza y aplicación de la fuerza física por parte de su quadro administrativo. Por *estado* debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al, *monopolio legítimo* de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente." (Weber, 2009, p.44-45)

Kelsen, ao contrário de Weber, entende que a existência de um Estado, deriva do seu ordenamento jurídico, portanto do direito (ambos estariam identificados na mesma figura), e não da capacidade de manutenção de um ordenamento pelo monopólio da força. Interessante notar que Weber reserva a coação de tipo psíquica para outras associações que

não o Estado[46], mas que esta existe na concepção weberiana de direito. Desta feita, direito e Estado não se confundem, apesar de se relacionarem na medida em que o Estado é uma associação na qual a dominação se dá pelo uso da força física legítima, como a condição da sua existência específica (além do território, povo). Abre-se caminho para a existência de mais de um direito além do estatal.

Em primeiro lugar, é importante destacar que apesar dos dois autores caracterizarem o direito como uma ordem jurídica, Kelsen atribui a este caráter normativo, ou seja, não basta para que haja direito a existência de diversas leis, elas devem constituir uma unidade, ainda que seu conteúdo seja plural. Direito é um sistema fundamentado. Vale dizer que para que um ato de vontade seja uma norma, é necessário que ela respeite os limites normativos que especificam sua criação enquanto tal.

> "la ciencia del derecho, habiendo decidido el criterio con arreglo al cual considerará una máxima como formando parte integrante del orden jurídico objeto de su estudio, deberá rechazar como norma juridica todas aquellas máximas que no satisfagan de un modo sistemático ese criterio. Dada a la ciência jurídica sólo están las normas que ella puede determinar aplicando sus proprios criterios sistemáticos. Cualquier "norma" que no pueda de esa manera de determinar, será considerada como nula, absoluta o relativamente." (ORDÓNEZ, 1989, p.179)

Interessante que, ao contrário de Weber, Kelsen parte da norma para interpretar a realidade. Por isso mesmo, se vê obrigado a confrontar a questão da criação e da origem da norma, temas que serão abordados ao longo do trabalho.

O que se destaca por ora, é que o autor parte do sentido objetivo (a norma) para interpretar o sentido subjetivo (a conduta) da ação. Nesse caso, a norma passa a ser a significante da ação.

---

[46] Quando Kelsen escreve sobre a psicologia das massas, a relação entre os tipos psíquicos e a necessidade de agrupamento em torno de uma figura antropomorfizada que substitua a autoridade paterna aparece como um dos olhares possíveis sobre o Estado (ainda que fale não sobre a natureza específica do Estado, mas sim dos que dele fazem parte).

Portanto, a significação objetiva das condutas, e, inclusive das normas, é decorrente de outra norma. Uma norma pode existir, porém simultaneamente pode não ser válida posto que quando confrontada com sua superior hierárquica. A norma válida é mais que um ato de direito, ela está em conformidade com o direito entendido aqui como sistema normativo.

O estudo da ciência do direito se resumirá ao estudo das normas. Por essa tentativa de isolar o direito como uma ciência autônoma, Kelsen será largamente reconhecido. Acontece que quando ele justifica a legitimidade de um ordenamento jurídico numa outra norma (superior àquela), nasce a necessidade de se justificar o sistema como um todo. A solução adotada por Kelsen é a da norma fundamental[47].

Segundo o próprio autor, ela é "uma justificativa lógica". Igualmente, é um campo privilegiado de intersecções entre áreas do conhecimento, pois permite um rico debate sobre os fundamentos do poder. Esse debate é uma das ideias que compõem o subsolo deste trabalho, pois nos ajudará a compreender a importância de um fundamento ontológico das análises de Kelsen, muito marcado pela busca do sentido das ações, e de certo tipo ideal de sujeito que as conduz.

Sobre o conceito de norma e sua perspectiva sistêmica no pensamento de Kelsen, é preciso considerar que ao mesmo tempo em que ele assimila as considerações weberianas sobre o Estado, esta apropriação não se dá na vertente estática, ela é fagocitada e transformada em algo novo. Nessa esteira, Kelsen desloca a noção de coercitividade que em Weber era externa à ordem normativa, para o interior do conceito de norma. Essa mudança é de extrema relevância.

Isso significa que no interior de cada norma está contido seu caráter repressivo, e, portanto esse não reside num "corpo administrativo externo" como queria Weber. Se isso é

[47] Do ponto de vista da ciência política, esse será um golpe mortal na ideia de soberania (SOLON, 1997).

verdade para a menor medida de análise (uma norma individual), isto também o é para o conjunto de normas, o ordenamento jurídico.

Assim, se o aparelho coercitivo entra na análise weberiana como aparato externo, na concepção de Kelsen ela integra o ordenamento jurídico e já é prescrito por este. Nas palavras de Ordénez

> "Mientras que para Weber el derecho es un orden, en el sentido explicado, que regula la conducta humana imponiendo obligaciones a cierto sujetos, orden cuya efectividad está garantizada por coacciones físicas o psíquicas, externa al orden, para Kelsen el derecho es un orden, entendido como conjunto de normas, que disponen el uso de la fuerza física para la ejecución de las sanciones previstas por él. La diferencia es radical." (ORDÓÑEZ, 1989, p.186)

Se direito e Estado na tradição de pensamento alemão, em Weber e Jellinek, por exemplo, eram entes desassociados, a partir de Kelsen eles passam a figurar como faces da mesma moeda.

O emprego da força é pré-determinado pelo ordenamento, e restrito a essa configuração normativa. Isso significa que a figura do aparato coercitivo não se encaixa mais nesse modelo, sendo suplantada pela referida identificação entre Direito e Estado. Os limites deste último estão contidos exatamente no conteúdo daquele. Entendido como Direito, o Estado passa então a ser uma ordem jurídica.

Significativo que Kelsen pense o direito como um produto da ação humana e que se contraponha tão fortemente à ideia de direito natural[48]. Por ora, basta sabermos que tal movimento do pensamento direciona Kelsen à positividade do Direito, no sentido em que é a própria norma (produto da criação humana) que permitirá, objetivamente, julgar se uma conduta humana está ou não acontecendo em conformidade com a norma. Dito de outra forma é a própria norma que determinará como outra será produzida, e assim, o seu caráter repressivo, a sanção, também derivará deste conteúdo normativo.

---

[48] No capítulo três abordaremos mais profundamente este tema.

A produção da norma é, conforme expressado anteriormente, o que permite uma análise da norma como poder. A delimitação de poder está contida na norma fundamental (hipotética). Dela nasce a legitimidade de um Estado, inclusive no que tange o uso da violência.

A pluralidade de ordenamentos não é possível em Kelsen. Qualquer tipo de conflito normativo será resolvido pelo próprio ordenamento através da hierarquia de normas.

2.2.1. Kelsen, Weber e a política da ciência

Feitas tais observações, passaremos para a análise de um texto específico de Kelsen: *Forma de estado y visón del mundo*[49].

Este texto de 1933 é importante, pois ele explora alguns dos elementos citados acima, e os articula de maneira tal, que é possível reconhecer no seu desenvolvimento os traços que marcam o perfil acadêmico de Hans Kelsen.

O próprio Kelsen reconhece a importância de Weber na evolução de sua teoria do Estado. Entretanto não o faz diretamente, o que torna necessário evidenciar que o binômio autocracia/democracia é tratado pelo autor como tipos ideais. Para cada uma das estruturas acima citadas, Kelsen atribui um tipo ideal de sujeito que conduz suas ações segundo um ou outro paradigma ideal.

Muito de seu projeto intelectual está ligado às noções ali explicitadas, em particular sua insistência e crença do olhar o mundo a partir da ciência. Tal compreensão irrigará as noções de Estado, política, direito, e ciência. O "iluminismo austríaco" que tratamos na primeira parte do capítulo 1, sintetizado na aposta da racionalidade como meio de evolução civilizatória, aparecerá na maneira como Kelsen desenvolve o seu próprio projeto

[49] Este texto se encontra na coletânea "El otro Kelsen". "Forma de estado y visíon del mundo" data de 1933.

científico[50]. Ademais, ilumina o propósito maior deste trabalho, que é a de analisar o autor sob a égide de seu pensamento político.

Buscará em seu artigo por meio de uma análise científica a compreensão de dois tipos de forma de governo, suas raízes, e assim seu espírito, a saber, democracia e autocracia. Cabe antecipar, que essas formas serão descritas e estudadas detalhadamente em capítulo que segue, porém há que se fazer uma imersão nessa discussão sob o olhar da construção do objeto de pesquisa em Kelsen, e quem sabe apontar até mesmo possíveis fundamentos ontológicos que guiam o autor.

Kelsen toma como ponto de partida a ideia de que a história dos homens é a luta dialética entre dominação e a tentativa de libertar-se desta. Ou seja, é a luta entre um homem que tenta sujeitar os outros ao seu domínio contra daqueles que buscam sua liberdade. A chave de sua argumentação é pendular, e se movimenta entre a sujeição e a liberdade. Prossegue argumentando que este movimento de indecisão histórica é representado por outro, do espirito, contido nas ideias de democracia e autocracia.

Para ele, a teoria social ou política e a teoria do conhecimento estão intimamente ligadas. Por esta razão, pensar uma conexão possível entre a relação sujeito conhecedor e objeto conhecido é fundamental na teoria do conhecimento, assim como o tema da dominação o é para se pensar a política.

> "la raíz comúm de la creencia política, como la de conviccíon filosófica, es siempre la estructura psíquica, el carácter del político o del filósofo, el tipo de ser que tiene, la forma en que este ser experimenta en relación con el objeto, el "tú" o el "eso". Sólo si reconocemos aquí, en las particularidades de los hombres las bases que, en útima instancia, determinan la conformación de sus sistemas políticos y filosóficos, pedremos explicar lo irreconciliable de las oposiciones, la impossibilidad de una comprensión mutua completa, la emponzoñada violencia con la que se enfrentan estas antíteses, también desde el ámbito intelectual, como divergencias de opinión, y no como conflictos de poder en primera instancia. Una tipología de las doctrinas políticas y filosóficas debe culminar en una caracterología o, cuando menos, procurar una combinación con ésta. Tratándose del hombre mismo, que posee

[50] Ressaltamos que o esforço científico de Kelsen é simultaneamente um projeto político.

> ciertas ideas acerca de su relación con el mundo en general y la possibilidad de conocerlo, podemos suponer que una visión determinada de la vida y, en especial, una actitud política determinada, están relacionadas con una determinada visión del mundo que los corresponde" (Kelsen, 1933, p.225)

Acrescenta que seria errôneo considerar que somente porque uma pessoa possui uma tendência filosófica ou epistemológica, ela se conformaria politicamente no mesmo sentido que aquela. Ainda assim, utiliza-se da história do pensamento para ponderar que algumas mentes são sintomáticas dessa identidade, e que são particularmente representativas desse fenômeno. Justifica assim, a possibilidade de traçar tal conexão de sentido.

> "Al intentar descobrir las relaciones entre forma de estado y visión del mundo, debemos recordar, ante todo, que la naturaleza del homebre es, en el fondo, irracional, luego ilógica, y que a voluntad del homebre tiene el poder de invervir el judicio que es contrario no sólo a las inclinaciones originales sino a los postulados de la coherencia. Debemos tomar en consideración las circunstancias externas que, si bien no han puesto ya límites a la especulación filosófica, pueden abolir o amenazar a liberdad de opinión política." (Kelsen, 1933, p.225-6)

Deixa claro que sua preocupação é com a posição daqueles que classifica como possuidores de um espírito superior e que, de certa forma, pensam e participam da política enquanto atores privilegiados.

A vinculação entre a atitude política e a filosófica dos agentes (no caso, pensadores da política) se dará a partir da construção dos tipos ideias autocracia e democracia.

Essa clara influência weberiana no pensamento político de Kelsen é fundamental para alcançar as dimensões políticas do discurso científico de Kelsen. Esse discurso se coloca num contexto específico, e numa realidade histórica em que fica evidente que a disputa de ideias é também a disputa por formas reais de vida em sociedade. Muitas vezes pergunta-se por que as ideias importam. A empreitada científica de Kelsen responde por si só tal questão.

Não à toa, democracia é para Kelsen "a ideia de liberdade como autodeterminação" e se constituí pela manutenção da autonomia no seio do Estado parlamentar. A liberdade está fortemente atrelada à outra ideia, a de comunidade (e também de representação). Por esta razão, a igualdade em comunidade é pressuposto tão essencial quanto a liberdade. É a partir desses conceitos que, no seio da prática política se recorra às

ideias de representação na forma do princípio da maioria, já que o principio da unidade não permite que se avance na formação da vontade comum.

O princípio de igualdade traz consigo outro desdobramento lógico, o de que os homens se submetam à alteridade:

> "Es el tipo de personalidad cuya experiencia básica es el *Tat twan asi,* el hombre que, al mirar hacia el otro, oye una voz dentro de sí que le dice: ése eres tú. Este tipo de pesonalidad se reconoce de nuevo en le otro, experimenta al otro a priori, no como algo esencialmente ajeno, no como enemigo, sino como un igual y un amigo, y no se siente único, sin comparación y sin igual. En él, el sentimiento del yo está relativamente dominado; es el tipo de hombre comprensivo, pacífico, no agressivo, el tipo de hombre cuyos instintos primitivos de agresión están dirigidos no tanto hacia afuera como hacia adentro, y se expresan en una tendendcia a la autocrítica y como inclinación a un sentimiento de culpa y de responsabilidad. " (KELSEN, 1989,p.228)

O transcrito acima reflete uma ontologia do tipo ideal democrático que, somados aos ensinamentos de Freud e da preocupação kelseniana com o sujeito, se eleva à questão da dominação como problemática central[51]. Para ele: "La actitud del sujeto ante el problema de la autoridad, el problema básico de la política, está fundamentalmente determinada por la intensidad con que la voluntad de dominar opera en el individuo que la posee." (KELSEN, 1989,p.228)

Na construção de um projeto de sociedade, ainda que a norma seja elemento basilar no discurso científico de Kelsen, está presente em sua obra um leque de problemas a serem explorados que não se encontram no plano do Direito, mas compõem aquilo que Raymond Williams chamou de estruturas de sentir[52]. Assim que:

> "Cuento más fuerte es esa voluntad de dominar, más pequeño es el valor que se da a la liberdad. La negación absoluta de este valor, la superlativización de la dominación, es la idea de autocracia. En ella, la orden gubernamental procede de una sola persona, a la que todas las demás están subordinadas – y no participan bajo nengún concepto en la formación de la voluntad – y que se alza por encima de ellas,

[51] Mais uma vez Kelsen aparece como grande intérprete de um tempo.
[52] Ver Williams *Marxismo y literatura* a dominação para ser efetiva é experimentada, guia as ações do indivíduo, não é mera imposição, é conquista das almas, e por isso mais difícil de ser vencida.

> y contra ellas, como ente que, por ser único, es completamente distinto, como su señor y dirigente." (KELSEN, 1933 ,p.228)

Pensar a estrutura autoritária envolve considerar um sujeito que desconhece a igualdade como valor ético, pois esse tipo de individuo não reconhece o outro, só se vê a si mesmo. A vontade de mais poder anula inclusive a possibilidade de paz, pela tendência à agressão. Ademais, o superego de um sujeito sob tal ordem, se formará tendo como referencia de sujeito o próprio dominador (ditador).

> "No se trata en modo alguno de una contradicción y – psicológicamente hablando – no es sino lógico que precisamente este tipo de persona sea la más ávida de una estricta disciplina y una obediencia ciega, y que encuentre su felicidad tanto en obedcer órdenes como en darlas. Identificación con la autoridad: ha ahí el secreto de la obediencia." (KELSEN, 1933, p.229)

Conclui-se que se não há um poder absoluto na democracia, a disciplina é constantemente remanejada, não pode haver tampouco o domínio absoluto da maioria. Em outras palavras, a discussão é constitutiva dessa forma de governo, e a vontade do Estado é gerada com base no compromisso[53] e no pluralismo.

Kelsen destaca que pressuposto para esse compromisso não é a liberdade econômica do liberalismo, já que a democracia pode existir em diversas formas de sociedades (socialista, liberal), mas sim a liberdade do espírito. A liberdade do espírito inclui a liberdade científica, e sua objetividade. Esse traço é fundamental, pois é a busca da racionalidade (inclusive quando supõe a formação de um tipo de sujeito) que permite que o movimento do pendulo entre democracia e autocracia seja também compreendido como uma construção humana. Ademais, esse pensamento crítico, libertador do espirito é fundamental para colocar o homem frente a outro numa atitude de curiosidade e tolerância.

Já na autocracia o querer se sobrepõe ao conhecer, e como o bom é decidido unilateralmente pelo Estado, não há espaço para o diálogo e nem para o outro.

---

[53] Por compromisso entendemos a técnica social que rege a lógica do funcionamento parlamentar.

> "Nada hay más característico de la inclinación hacia una actitud autocrática que el hecho de que la creencia en la posibilidad de una ciencia independente de intereses políticos y, por lo tanto, merecedora de liberdad, empiece a desaparecer – cuando el ideal de la objetividad del conocimiento es abandonado en favor de otros ideales." (KELSEN, 1933, p.230).

Ao mesmo tempo em que o autor diz isso, fica claro que seu propósito é demonstrar que a racionalidade deve se sobrepor ao irracional, e, ao fazê-lo, coloca a discussão no âmbito da disputa política que se desenvolve também campo do pensamento científico.

Há na democracia uma tendência de deslocar-se da órbita das funções governamentais para se tornar um governo das leis. Assim, ao contrario de um governo autocrático que busca na confusão entre Estado e governante, a ideia de justiça é substituída pela de estrita legalidade, o que justifica uma maior inclinação ao positivismo jurídico. Por consequência, ao se distanciar do valor justiça, se distancia da ideia dos direitos naturais.

No tipo ideal da ditadura:

> "cada manifestación de autoridad lleva consigo la pretensión de ser una realización de justicia; una justicia que no se expresa racionalmente en leyes universalmente válidas, sino que se manifesta solamente en cada caso, adaptándose perfectamente a sus pecularidades. Ser el único poseedor de esta justicia, como virtud, don y gracia divinas, es lo que constituye la cualidad inalienable del gobernante, la fuente legitimadora de su poder dictarial." (KELSEN, 1933, p.231)

Na democracia os mecanismos de controle do Estado são fundamentais. O dever de informar é sintomático como tendência de um modo democrático de vida. A "razão crítica como tribunal supremo" (GOYARD-FABRE, 2006) é condição dessa forma, pois é a maneira de se controlar as "forças irracionais da alma humana".

Kelsen defende que o Estado é uma construção humana[54]: "son los hombres quienes componen el Estado; que, como orden particular de la conducta humana, el Estado no

[54] À semelhança do que Rilke faz em relação à Deus

existe fuera ni por encima de los hombres, sino dentro y através de ellos."(KELSEN, 1989, p.236).

Por isso mesmo, é fundamental para o autor diferenciar uma teoria política que corresponde à: *l'état, c'est nous* de outra autoritária, em que o Estado se identifica com um só. Por isso, nega a metafísica como forma de pensamento que leva à defesa do absoluto, de uma verdade, e mostra como a racionalidade leva a entender o relativismo de valores como a melhor experiência possível para o governo dos homens. A democracia aparece como a melhor forma de convívio social, pois nela igualdade e liberdade são possíveis de conviver.

2.3. Freud e Kelsen: busca pela origem e a normatividade como elemento compreensivo

Interessado em traçar os fios condutores que levam à compreensão de uma obra é fundamental observar o que estava sendo produzido na contemporaneidade de sua execução. Não é incomum verificar que grandes questões surgem e são trabalhadas simultaneamente por mais de uma mente, cada uma à sua maneira. Entre as obras e autores de destaque que coexistiram com a produção de Kelsen temos mais uma vez que rememorar Freud, e destacar a contribuição que a obra *Totem e tabu*, escrita entre 1912-1913 teve na concepção da norma fundamental em Kelsen. A proximidade entre os trabalhos de Kelsen e Freud não pode passar despercebida ao leitor atento aos círculos intelectuais do período.

Destaca-se de pronto que o tema da origem, da razão primeira de organização em sociedade e, portanto dos códigos que configuram o trato social e político dos indivíduos está presente na obra de ambos. As causas primeiras da estrutura social e política são exploradas pelo psicanalista a partir do ponto de vista do sujeito constituído tanto por uma esfera consciente quanto outra inconsciente. O tratamento psicanalítico clássico é voltado para as condutas individuais do ser. Kelsen adota em suas análises outro ponto de vista, o das estruturas. Aparentemente distantes, seria um engano excluir os paralelos possíveis entre elas, da mesma forma que seria um engano excluir uma ontologia do pensamento kelseniano que permeia a maneira pela qual este trata os indivíduos em sociedade.

Hobbes talvez seja o autor que os una nesse ponto. Isso porque a ideia de um indivíduo que deve lutar contra seus instintos para viver de forma organizada em sociedade é um elo importante para os autores. Dito de outra forma, a ausência de impedimentos, a falta de racionalidade da ação, um sentido de normalidade e normatividade, são temas comuns. Seja por meio da analise da estrutura psíquica do neurótico, do homem no seu estado de guerra permanente (natural), ou ainda do ponto de vista do que une e legitima um ordenamento jurídico.

Este paralelo, além de colocar em evidência a relação entre tabu e a norma fundamental ─ pensada a partir de uma formação democrática e participativa ─ permite conceber a autocracia como uma forma degenerada da política, oriunda de uma relação neurótica obsessiva, tal qual a do filho em relação ao pai.

Kelsen remete no prefácio de sua obra de 1929, *Essência e valor da democracia*, ao mau uso do termo democracia por parte dos diversos atores políticos ─ herdeiros das revoluções burguesas de 1789 e 1848 ─, alega a perda de seu sentido fundamental, assim como um uso obsessivo da terminologia, mesmo quando o objetivo do ator fosse negá-la. Sua argumentação continua, e este verifica que a partir da nova dinâmica geopolítica criada com fim da Grande Guerra mundial, não há mais pudor, e a ideia de democracia passa a ser substituída, ainda que seu poder mítico permaneça como referência, por menções vazias, e manipuladas, para favorecer causas declaradamente autocráticas, tanto por parte da esquerda (o exemplo é o partido bolchevique russo), quanto da direita, exemplificado pelo fascismo italiano.

Este cenário é descrito para que na sequência o autor faça a defesa da forma democrática de governo frente aos autoritarismos modernos (partidários) e que podem se comparar aos autoritarismos monárquicos, outrora combatidos. Não nos interessará aqui o conteúdo completo do ensaio, mas apenas compreender qual o núcleo da ideia liberdade para Kelsen. A liberdade se traduz em autonomia. Assim sendo, o autor considera que sua forma mais elevada não é aquela em que o sujeito está na posição de súdito, mas sim aquela em que o próprio homem decide sobre seus próprios assuntos. Para se realizar, a liberdade pressupõe contiguamente a ideia de obediência. Esta adota não mais a forma da obediência ao pai (esse

seria o exemplo da autocracia), mas associa-se ao status social da liberdade, na qual o principio majoritário (e não direto ou absoluto) permite a mutação da ordem estatal. Preserva-se assim o maior numero de liberdades possíveis, assim como sua igualdade potencial.

Noutro texto, este de 1955-6, chamado *Fundamentos da Democracia*, o autor explora a noção de tipo democrático de personalidade. Ou seja, busca um tipo ideal (weberiano) para traçar os parâmetros psicológicos do sujeito democrático. Ele nos esclarece que o homem que foi capaz de realizar a transição da qual falávamos, da liberdade individual para a coletiva, e, portanto incluir a noção de igualdade ─ vê o outro não como inimigo, mas como amigo ─ ao reconhecer no outro a si mesmo. Assim, possibilita a vida em comunidade ao mesmo tempo em que aumenta seu grau de liberdade. Na medida em que se liberta de seu próprio mundo e de suas próprias verdades, percebe as outras vontades e as respeita. Reflexo dessa postura será a formação da vontade do governo com base neste movimento dinâmico de igual teor.

Por outro lado, a vontade autoritária é uma vontade de poder, e não de liberdade. Ela está voltada para o domínio e não se preocupa com a observância do outro. Surge a figura do governante como único legislador capaz de garantir a unidade do sistema. Análoga é a ideia freudiana da autoridade do pai que tudo pode e ao qual o filho deve obediência. Esta noção aparece no ensaio de Freud *Totem e tabu*. Perceba que nesse caso, a origem da lei é completamente externa ao sujeito que a ela se submete. Não há o outro, apenas a imposição do outro. Kelsen ainda compara o absolutismo filosófico, base epistemológica da autocracia, "a um tipo de exagerada consciência do ego" (KELSEN, 1955-6, p.182).

O autor encerra seu texto caracterizando o tipo ideal do homem. Por ser pautado pelo diálogo, pela discussão, ele não poderia ser autoritário (obsessivo).

Passemos agora a analisar a norma fundamental e sua conexão com a ideia de tabu. Em sua obra de 1961, *Teoria geral do direito e do Estado* Kelsen vai além e coloca a norma fundamental como uma norma jurídica de caráter obrigatório. Antes, porém, em 1934, Kelsen trata em seu célebre livro *Teoria pura do Direito* da *Grundnorm*, ou norma fundamental como se costumou traduzir para o português, como sendo uma norma jurídica

pressuposta, fundante de toda legitimidade do sistema jurídico do qual derivariam as diversas constituições históricas. Ela se torna o fundamento primeiro e esquecido de validade, um pressuposto lógico, "fundamento de validade comum de todas as normas" (KELSEN, 2009, p.216).

Toda norma é fruto de atos da vontade humana. Já se ressaltou o caráter coercitivo que Kelsen atribui a ela quando da forma Direito. Há uma consequência extraída dos atos de vontade que são convertidos em normas jurídicas, não há, portanto que se falar em normas que não sejam frutos de relações entre homens, seja na via autoritária seja na democrática. A norma fundamental, formulação necessária do pensamento, pode ser lida como sendo o tabu. Verdadeiro imperativo categórico, organiza a vida em sociedade. Esclarecemos que com isso não tratamos especificamente deste ou daquele tabu, mas sim do tabu enquanto forma de organização da sociabilidade.

Voltemos os olhos para a concepção de totem e de tabu em Freud para assim aprofundar possíveis conexões sobre as formas de governo (autocracia e democracia) e a norma fundamental em Kelsen.

Sobre a autocracia, uma pesquisa interessante seria explorar os elementos trazidos por Leo Strauss em seu livro *Sobre a Tirania* no que concerne à dupla face do tirano, que sofre com os impedimentos totêmicos, tão bem sugeridos por Freud, já que apesar de ser visto como aquele que manda, é na verdade o mais triste dos mortais. Sua vida é um "sofrimento e um fardo insuportável". Estão obrigados a "uma servidão muito pior que a de seus súditos" (FREUD, 2016, p.88). A tensão neste movimento contraditório ficaria entre os termos "supostamente" e "propriamente" que atuariam em dois planos da consciência no tabu. Sendo supostamente protegido dos demais, o líder está propriamente isolado e guardado no seu próprio tabu. Da mesma forma que a ideia do Estado autoritário pode ser lida à imagem que o filho tem do pai, ao mesmo tempo estimado e temido, posto que detentor do poder, e por que não dizer da lei e da ordem. Esta perspectiva de análise é explorada por outras escolas, como por Adorno e a teoria crítica, mas pouco explorada no pensamento de Kelsen.

Conforme adentramos a relação de adoração e medo que o tabu coloca, percebemos que uma de suas maiores implicações consiste no não diálogo. Ademais, Freud explica que essa relação ambivalente, da qual o ódio é motriz, acarreta em adoração por parte da personalidade obsessiva, forma de suprimir a hostilidade que há no próprio fato de se depositar tamanha confiança na figura do governante, por exemplo. Esse movimento expressa uma tendência de proteger o soberano, mas também de proteger-se deste.

A causa dessa ambivalência de comportamento frente ao outro deve ser explicada. Ela está não no ato de aceitação ou recusa do outro, mas sim num movimento do inconsciente. Daquilo que afetou a relação, mas que doravante não há enquanto realidade material consciente. Freud explica que não é possível provar que a origem do tabu seja uma "proibição antiquíssima que um dia foi imposta do exterior" (FREUD, 2016, p.66). Todavia, mostra um sentido de transformação dessa relação totêmica nos povos chamados por ele de tradicionais, de converter essa proibição em legislação[55], em *ethos* social. Para o leitor atento de Kelsen, não é surpreendente a similitude com a noção da norma fundamental como pressuposto lógico, não passível de comprovação histórica, mas funcional do ponto de vista da racionalidade reflexiva.

Outra similitude que se deve assinalar a partir da evolução do pensamento de Kelsen em relação ao de Weber, é que se para este a ordem coercitiva está noutra esfera que não na própria norma, é um aparato especializado, em Kelsen esse mecanismo integra o ordenamento. Como dito, Freud trabalha com a ideia de tabu a partir de uma proibição antiquíssima, imposta do exterior, portanto por meio de uma autoridade e que é "voltada contra os mais fortes desejos do ser humano" (FREUD, 2016, p.65), ainda nos explica que a transgressão é uma constante no inconsciente (já que a natureza seria a satisfação dos desejos), mas que aos que respeitam o tabu, a ambivalência de postura de que se falava antes permanece. Apesar de sua origem transcendental (ou logico-hipotética), ela se encerra em si

[55] O termo aqui é utilizado em sentido ampliado, algo como o que foi discutido em Weber sobre o sentido da ação.

mesma, assim como a norma traz em si a proibição. Veja, a contenção das pulsões é essencial para a vida em sociedade.

Nessa relação de obediência ao tabu, a contrapartida é um movimento de renúncia. A noção de renúncia nos leva até Hobbes (2003), quando do contrato social. O leviatã é formado por aqueles indivíduos que renunciam à ausência de impedimentos e delegam a espada ao monarca em nome de sua segurança.

Também para Kelsen haverá renúncia, independentemente da forma de governo que se escolha. Na autocracia por conta do caráter heterônomo da norma. Na democracia por conta da ideia de liberdade em comunidade. Ainda que se saiba da preferência do autor pelas formas democráticas, a noção de tabu freudiano parece se encaixar perfeitamente na forma da norma fundamental enquanto a justificativa primeira do poder Estatal. Tal qual como acontece na neurose, onde o inconsciente recoloca o tabu noutros objetos ─ que lembram aquele totem primeiro ─, também assim o fazemos na crença lógica de uma união em torno do poder Estatal, ou do Direito.

O tabu funciona como elemento social e político estruturante, legitimador da ordem social. O fato da norma fundamental poder ser equiparada à constituição de um Estado, ─ com fundamento, por exemplo, na chamada constituição histórica ─,e ser passível de substituição, também pode ser explicada por meio da associação com o tabu.

Sua violação simboliza um perigo social. Freud explica que "se substituímos os desejos inconscientes pelos impulsos conscientes, tal perigo realmente existe. Ele consiste na possibilidade da imitação, em virtude da qual a sociedade logo se desagregaria." (FREUD, 1926, p.63). A desconstrução do ordenamento, ou a violação do tabu, seriam uma constante. Novamente a forma democrática de governo se mostra como estabilizadora desse movimento ─ a autonomia possibilitada através da liberdade em sociedade associada ao principio da tolerância e do voto majoritário a acomodação desse fenômeno ─ pois revela maior possibilidade de estabilização dos sentimentos por meio da satisfação normativa da opinião publica, do diálogo e do respeito ao outro que é também eu.

Olhemos agora a essência do tabu que reside na proibição. No caso do individuo atuar em sentido contrário a esta proibição fundamental, torna-se ele mesmo tabu. Violar os preceitos do totemismo, portando daquilo que é ao mesmo tempo sagrado e profano, faz com que as qualidades deste sejam transferidas para o violador. Se pensarmos no caso da mudança de regime político, que normalmente acompanha a ruptura de um ordenamento estaríamos diante do mesmo fenômeno. Este novo ordenamento apresenta duplo caráter, o de sagrado, pois funda novo tabu, e o de profano, exatamente porque este só foi possível de existir por colocar em cheque a estabilidade do tabu original. Os desejos e a consciência se alteram[56]. Essa ambivalência é a atitude natural frente ao tabu, que resiste enquanto forma estruturante, tal qual a norma fundamental.

Essencialmente, a relação que surge a partir da noção de tabu é uma relação de poder. É por meio dele que uma sociedade organiza aquilo que é permitido e proibido em seu meio. É norma (jurídica ou moral) que dá sentido às ações individuais e coletivas. É também pacto, pois uma vez que se estabelece opera de maneira universal. É nesse sentido que Freud afirma que o tabu corresponde ao imperativo categórico kantiano.

A exploração acerca das conexões entre Freud e Kelsen, parece ser mais profunda que as elencadas até aqui[57]. Todavia, assinalar que ambas ideias de norma e de tabu contêm em si mesmas a noção de proibição e a sanção do ato violado; que há uma preocupação com o indivíduo dotado de potencial racionalidade sobre os seus atos, e que estes são essenciais para a vida em coletividade; e que a maneira que uma sociedade se organiza ao redor daquilo que possibilita formalmente a sua existência coletiva, parece ser um bom começo para mostrar que Kelsen desenvolve uma teoria social e política de envergadura comparável apenas aos grandes nomes do século XX.

2.4. Kelsen e os marxistas

[56] Por isso a necessidade do dinamismo normativo jurídico conforme nos informa Kelsen quando trata do direito como ordenamento jurídico de caráter dinâmico.
[57] E sem dúvida constitui uma agenda de pesquisa própria.

Para a compreensão do projeto democrático de Kelsen, se faz necessária uma breve referência ao seu diálogo com o marxismo. Para tal analise, nos valeremos principalmente da visão critica de Juan Ruiz Manero sobre os escritos de Kelsen em *Socialismo e Estado* em seu texto *Sobre la Critica de Kelsen al Marxismo*.

Manero inicia seu texto se apropriando da ideia cunhada por Mario Losano de que a obra jurídica de Kelsen se caracterizaria por ser um *opus perpertuum*, para também classificar sua critica ao marxismo como tal, seja por sua importância, sua permanência, por sua autocrítica e constante revisão ao longo do tempo, seja por sua peculiaridade, e unicidade. Posteriormente, ele destaca que o teor das criticas kelsenianas ao marxismo não são de caráter ideológico-valorativo, mas atingem o mérito científico das teorias políticas e jurídicas daquela vertente de pensar. São criticas de "sus presupuestos filosóficos, consistencia interna y rigor conceptual, su potencia explicativa en la esfera del derecho y del Estado, su capacidad para trazar cursos de accíon no incompatibles com el conocimiento objetivo" (MANERO,1989, pp.114-115).

Para Manero, Kelsen simpatiza com um socialismo não marxista, que seja reformista e que valorize o papel do Estado como elemento essencial na transformação social. Fica claro que ele não é adepto de uma ação revolucionária que tem por finalidade a extinção do Estado. Vale assinalar que Kelsen valoriza como referência política o caso trabalhista inglês. Para ele, uma alternativa democrática à ditadura do partido comunista na busca por uma sociedade emancipada.

Feita essa ressalva, é de suma importância entender por quais razões para Kelsen o socialismo de cunho marxista se enquadra como uma forma de governo autoritário. Especificamente no caso soviético, ele considera que a universalidade dos interesses do proletariado significaria uma maneira absoluta de se tratar a política, caracterizando-se como uma ideologia teocrática. Aponta em seguida para uma desvirtuação por parte de Lenin do termo democracia, esvaziando-o de seu significado metodológico na criação de uma ordem social, para compreendê-lo como um conteúdo dessa ordem, o que acabaria por justificar um sistema ditatorial. Considera, nesse sentido, a Constituição Soviética de 1936 uma fachada.

O marxismo, por sua vez, seria incompatível com uma teoria pura do direito, já que a produção jurídica soviética seria permeada por um caráter ideológico, na sua vertente do jusnatural. Para Manero, Kelsen vê o marxismo não como uma teoria científica, mas como uma filosofia teleológica da história.

Ao mesmo tempo em que faz essa crítica, Manero nos mostra que o conceito de Estado para Kelsen também comporta a ideia de exploração de classe. O Estado, na sua vertente capitalista, efetivamente explora uma classe em detrimento da outra. Esse fenômeno é característico do modelo econômico, e não da teoria do Estado. O Estado também poderia agir no sentido de suprimir as classes sociais. Nesse sentido o caráter ideológico de uma concepção de Estado não como forma, mas como interesse comum, visaria uma finalidade, a obediência daqueles contra os quais o Estado age. Sobre esse tipo de definição estatal,

> "se pierde precisamente ló especificamente jurídico-estatal, que no es una determinada funcion o contenido sino precisamente una forma – esto es, el construir um "sistemas de normas que ordenam la construcción" – que, en cuanto tal, puede servir para realizar cualquier función social o, ló que es ló mismo, puede llenarse de cualquier contenido" (CORREAS, 1989,p.126).

Fica clara a oposição entre o Estado funcional dos marxistas e o formal, condizente com a teoria pura da direito proposta por Kelsen.

Assumido o caráter finalístico do Estado na teoria marxista, o seu destino é o de deixar de existir. Kelsen busca então responder se o Estado pode ou não ser extinto[58].

> "en primer lugar, la extinción del Estado como programa político es inconsistente com el programa económico del marxismo, que propugna la absoluta socialización de la economia y la centralización de las decisiones econômicas; en el segundo lugar, um orden social sin constricción, esto é, sin Estado, riquiere determinadas condiciones factuales cuya realizabilidad no se encuentra em modo alguno

[58]Interessante notar nesse ponto a importante distinção observada nos escritos de Manero sobre a questão. O autor busca mostrar que Kelsen faz uma cuidadosa distinção entre os escritos de Marx e Engels, observando fissuras e oscilações teóricas a respeito do tema, dizendo inclusive que este não consegue visualizar em suas teses este ponto como razão central da ação. Em contraste com essa analise, Manero observa que Kelsen atribui aos chamados marxistas de segunda geração o fim do Estado como o ponto programático central de suas teorias.

> fundamentada y es, en todo caso, incompatible com ló que se sabe de la naturaleza humana".(Correas,1989,p.129)

Desta afirmação, Manero deduz uma importante critica a argumentação de Kelsen, a saber, que este se utiliza de um fundamento jusnaturalista para desclassificar uma teoria cientifica. Talvez esta afirmação seja mais bem compreendida se nos recordarmos da influência que a teoria hobbesiana tem em Kelsen,

> "si el marxismo cree posible uma sociedad básicamente aconflictual (y por ló tanto, capaz de prescindir de um orden coercitivo) es porque considera que el antagonismo económico – que reduce a su vez el antagonismo de classe – es la única raíz relevante del comportamiento desviado y de la conflictividad social. Frente a tan sumario diagnóstico, la opinion kelseniana es que "ló que verdaderamente hace necesario um ordenamiento coercitivo" radica em ciertas cosntantes de la naturaleza humana situadas mucho más allá de la explotacíon econômica de classe: se trata de "la oposición existente entre el ordenamiento social y los instintos, deseos e intereses de los hombres, cuyo comportamiento es regulado por el ordenamiento, para producir el estado de cosas querido por este". Por ello, la misma supresión de la exploración de classe requiere, para que esta ultima no resurja, um orden coercitivo: pues "la explotación econômica, no estando em la naturaleza de las cosas, puede surgir tan sólo de la naturaleza de los hombres y por consiguinte – si no se confía em la completa transformación del hombre – debrá siempre ser impedida". Y esta confianza "em la completa transformación del hombre" – esto es, la predicción de que la supresión de la explotacion habrá de generar uma comunidad em la que los hombres actúen espontáneamente de forma solidária em sus diversas relaciones mutuas – constituye, por su parte, "el ejemplo escolástico de uma utopia no cientifica, por no estar baseada em experiência alguna"." (Correas, 1989, p.132)

Percebe-se por meio deste fragmento que a ausência de conflitos no comunismo, conforme a leitura de Kelsen, derivaria mesmo de uma falha no entendimento da natureza humana.

Por fim, Manero destaca a distinção kelseniana entre ideologia como uma criação dos homens (objetos ideias criados pelos homens em contrapartida da realidade natural) e como representação deformada da realidade (oriundas de juízos de valor sobre o conteúdo do direito), para mostrar que entre os marxistas existe uma confusão entre o que seja o direito e o discurso do direito. Ora, o direito não poderia ser ideologia no segundo sentido do termo, conforme atribuição de muitas das correntes marxistas de então, posto que é da natureza

científica do direito regular o dever ser, e não o ser. O ato de vontade que o constituí sim, mas não o direito pensado[59].

Apesar de todas as críticas que Kelsen realiza sobre a teoria marxista, cabe lembrar que um dos integrantes do marxismo austríaco era o chanceler da transição do império à democracia austríaca, Karl Renner. A abordagem do marxismo da qual Renner era membro ficou conhecida como austromarxismo, e ainda é pouco conhecida no Brasil. Escolhemos introduzir a relação entre o pensamento democrático de Renner e sua ligação com o pensamento de Kelsen porque é a corrente de Renner do partido social democrata que dará o tom da transição, e porque no seio daquele debate, questões referentes à transição foram amplamente debatidas. Não significa, porém que consideremos o pensamento de Renner uma síntese dessa complexa experiência intelectual. Lembremos rapidamente do peso de nomes como os de Otto Bauer, Karl Kautsky, Hudolf Hilferding, Vitor Adler, entre outros.

Esclarecido o retorno a Renner, voltemos ao debate acerca legitimidade interna das formas de governo. Isso porque a opção austromarxista consistia na aposta na democracia como mecanismo de transição, mas também como fim em si mesma.

Uma das questões centrais para Renner ainda nos anos do império é a representação por interesse, método escolhido naquele sistema político para se construir a voz pública nas questões do Estado. Tal estrutura para Renner dava voz a poucos homens, os que detinham maior poder. Para ele, enquanto este formato continuasse, ─ fosse a forma de distinção estamental, classista ou censitária ─ os reais anseios da população não se fariam representar. A resposta para esse impasse seria a forma representativa parlamentar. E a liberdade política como fundamento de um sistema político com base no sufrágio universal

[59] Apenas reiteramos que o objetivo não é apontar os debates específicos entre Kelsen e outros pensadores como Stucka, Pasukanis ou Vysinskij apenas dar um panorama geral do teor da critica de Kelsen aos marxistas, que permita nos exemplificar, a importância que os escritos de Kelsen dão ao principio da maioria-minoria assim como à liberdade em sociedade. Para isso retornaremos ao debate com Renner sem entrar especificamento no austromarxismo. Para esse exploração ver o trabalho de doutorado de Diego De Bernardin Stadoan: *A utopia democrática para hoje: o austromarxismo e o socialismo democrático europeu dos anos 1915-1945.*

para garantir o funcionamento. O diagnóstico da democracia como resultado civilizatório característico de seu tempo é nítido em Renner. A liberdade (política, portanto individual) aparece como noção chave para tal perspectiva. Esse era também o pressuposto para a convivência pacífica dos povos do Danúbio, segundo Renner (LAGI, 2007, p.130).

Ainda buscando democratizar o império, Renner observava que seria necessária a transição de um modelo de Estado baseado na territorialidade (modelo esse natural, no qual entendia a união proveniente da força de se manter um território uno), para o princípio da personalidade. Esse princípio de organização juridicializava o Estado (movimento semelhante ao descrito por Kelsen quando se aprofunda no conceito de norma em Weber, e a transforma, colocando a coerção como fator intrínseco à própria norma). A nação passa a ser entendida como sujeito de direito. Percebe-se que esse projeto se interliga necessariamente com a reconfiguração da representação no império, alterando o sistema político de então para o parlamentar, e a convivência pacifica das diferentes nações, representadas em parlamento. Democracia para ele era a convivência de maiorias e minorias nacionais, assim, lugar da convivência pacífica, não o da imposição via força (ou aparato coercitivo externo).

Sob a ótica da circulação de ideias Lagi sustenta que o caminho traçado por Renner se aproxima daquele defendido por Eduard Bernstein, segundo o qual não haveria incompatibilidade entre o socialismo e aquilo que o movimento histórico do liberalismo agregava de avanço civilizatório. Ela nos informa que:

> "En las numerosas contribuiciones aparecidas entre finales del siglo XIX y el primer decênio del XX, Rener no puso nunca en duda que la democracia previera el gobierno de la mayoría, pero sin implicar de ninguna manera la coerción de la minoría, que em Renner indicaba tanto la parte política que no se reconocía en la mayritaria, como, en la compleja realidad multiétnica austriaca, el componente minoritário. Renner consideraba que el enfretamiento pacífico y respetuoso de las distintas opiniones no debía caracterizar sólo las relaciones entre las naciones, sino tambien las relaciones entre los partidos de mayoría y de minoría presentes en el parlamento" (LAGI, 2007, p.137).

Fica claro a partir dessa proposição, que a chamada democracia liberal é para Renner um meio, mas também um fim: atingir o socialismo. Portanto, não poderia ser abandonada enquanto construção histórica que levaria à forma socialismo.

O processo de formação do Estado austríaco coloca em evidência a urdidura entre a força das ideias e a arquitetura institucional. A própria noção de democracia, que pode ser tomada em si como uma instituição, estava em disputa.

Os socialdemocratas alemães, chamados de reformistas – nesse hall as ilustres figuras de Renner e Bernstein – consideravam a democracia simultaneamente como meio e fim. Nela estaria a forma política estatal necessária para que a luta pelo socialismo pudesse se desenvolver. Ademais, o caminho para o socialismo aqui é tomado a partir de uma atuação pacífica e gradual. Seu desenvolvimento pleno não viria sem a conquista dos espaços institucionais, tampouco sem as mentes e os corações daqueles que viveriam sob sua égide. Caminho e fim. Sufrágio universal, a luta por direitos de igualdades, participação das forças sociais nos procedimentos legislativos, inclusive a possibilidade da associação partidária. O Estado (Kelsen acrescentaria, o Direito) não é compreendido como mero balcão de negócios ou garantia destes. A ideia de compromisso e democracia são fundamentais para essa forma de pensamento.

Há uma leitura bastante difundida sobre o pensamento democrático de Kelsen na qual sua concepção de democracia se assemelharia à de autores como Schumpeter. Nesta visão, o foco é quase exclusivo na perspectiva procedimental que ela possui[60]. Tal visão, ainda que não seja errada é incompleta por ignorar a importância dada por Kelsen às instituições, sua formação e funcionamento, e na primazia do espaço público. Nela, é descartada a ideia de que as instituições são construídas, e que tal construção uma vez edificada retroalimentará (portanto também moldar) a ação do indivíduo. A instituição controla o indivíduo apenas porque este participa de sua formulação, ainda que no mundo contemporâneo a divisão de trabalho exija que isto seja feito por meio da representação. Liberdade e igualdade somadas na forma democrática aparecem como elementos chave para compreender esse movimento que torna Kelsen um dos teóricos da democracia mais importantes do século XX. Outrossim, tal equivoco parece ser fruto da falta de

[60] Ver Nadia Urbinati em seu *Representative democracy.*

contextualização histórica do pensamento de Kelsen. As profundas transformações de seu tempo não podem deixar de ser levadas em conta. Em particular os episódios que marcam a dinâmica entre ruptura e continuidade e sua resolução. A motivação derradeira de tal fenômeno nos parece ser o descuido com as bases epistemológicas de Kelsen, seu racionalismo e em particular na justificativa do pluralismo político como fator marcante de sua formação teórica.

2.4.1. Kelsen e Renner: o início da democracia, seu fim, um meio. O nascimento do Estado democrático constitucional

É necessário então retomar a influência que o pensamento de Renner possui na consolidação da teoria democrática de Kelsen enquanto instrumento emancipatório contrário à dominação autocrática. De antemão já anunciamos que este debate dentro do marxismo é mais amplo, à exemplo da postura correlata de Bernstein.

Voltaremos a discutir analiticamente a participação de Kelsen conquanto membro do gabinete de Renner, pois a face mais direta desse diálogo se dará com a instauração do sistema proporcional de votação na república Austro alemã e a lei publicada em 18 de dezembro de 1918.

O sistema eleitoral é uma das questões-chave para se garantir que a voz de todos os membros de uma comunidade seja ouvida no processo legislativo. Desta feita, sua configuração determina o grau de representatividade real que um povo possui através de seu voto. Isso significa dizer que, mesmo adotado o sufrágio universal, este não é o bastante na garantia de representatividade. É o sistema eleitoral que proporcionará maior ou menor interação entre eleitor e candidato.

A discussão acerca dessa construção do sistema eleitoral austríaco, leva Kelsen a publicar artigos defendendo o sistema eleitoral proporcional tanto na revista *Der österreichische Volkswirt*, voltada para o público conservador, quanto na *Arbeiter Zeitung*, próxima aos sociais democratas. Seu objetivo era convencer a todos que participariam da

assembleia constituinte das vantagens (ainda que políticas imediatas) da estrutura proporcional simples.

Kelsen argumenta a prevalência do sistema proporcional simples sobre as outras formas de eleição, pois, ao contrário do sistema majoritário, ele contemplaria um número maior de partidos e vozes na assembleia constituinte. Ademais, vale notar que essa discussão já havia tomado lugar na voz de Renner em 1904, quando este critica o voto majoritário no império austro húngaro e sugere a revisão para proporcional[61].

Ainda que por razoes históricas distintas, ambos apontam em seus artigos para a problemática do princípio da maioria absoluta e da divisão do território em colégios eleitorais, como herança maldita do império. Este modelo, colocava a estrutura pública a serviço dos interesses de poucos. Problema que persistia mesmo após a instauração do sufrágio universal em 1907.

A questão da geometria do voto aparece como fator fundamental na preservação de um sistema democrático que é pensado (e agora nos referimos especificamente à Kelsen) com fundamento no pluralismo político oriundo epistemologicamente do relativismo filosófico. Nesse diálogo implícito com Rousseau, Kelsen enxerga a autonomia como um atributo da liberdade (em comunidade) que, comungado com a noção de igualdade, é essencial para a construção do ordenamento jurídico, construído por meio da democracia representativa.

---

[61] Na concepção de Renner, o sistema político moderno não poderia se exaurir no momento do voto, mas deveria incluir a participação, a estimulação do eleitor a participar dos partidos e da escolha da lista prévia de candidatos que concorreriam às cadeiras no parlamento. Somente por meio da participação e da educação política poderia se desenvolver um projeto emancipatório. A representação, mais que garantir o voto neste ou naquele candidato deveria ser guiada pelo projeto político partidário que o eleito representa. Ademais, Renner estava convencido de que este sistema seria o único capaz de assegurar a participação das minorias no jogo político. Qualquer semelhança com o pensamento kelseniano sobre representação política não é pura coincidência. Ademais, tal logica serviria de ruptura com a tradição das cúrias imperiais.

Afinal, como conciliar a representação por interesses com a noção moderna de democracia política, cuja base se encontrava na representação popular se este mesmo povo era discriminado em setores (campo-cidade) e subdivisões e não na noção de povo unitário e igual que se demandava nesse novo tempo histórico?

É como se para os autores o estágio civilizatório político da modernidade fosse tal que não houvesse alternativa à convivência política da maioria e/ou da(s) minoria(s) dos setores populacionais, representada no parlamento pela intermediação dos partidos políticos. Quanto mais próxima da representatividade do real, melhor. Esse momento civilizatório vale dizer, está impregnado com a noção de progresso que é tão cara ao pensamento alemão,[62] na esteira de pensamento de Kelsen, um dos fatores relevantes de seu projeto político. O trauma do pós-guerra implica em conter formas não violentas de resolução de conflitos. Igualmente, condizente com esse elemento, não lhes parecia plausível o uso do sistema majoritário já que este inviabilizaria a existência do contraditório, princípio democrático responsável pela existência da minoria enquanto artífice do ordenamento jurídico por meio do compromisso. Compromisso que deveria ser respeitado já que hipoteticamente a minoria de hoje poderia se tornar a maioria de amanhã.

Na leitura de Renner havia uma necessidade real de incentivar estruturas que garantissem acordos duradouros para preservar a democracia. Para ele, a forma proporcional de eleição estimularia a formação de partidos de centro, que preservariam os acordos travados em assembleia (ou parlamento) e a tendência seria o isolamento dos partidos de extremas direita e esquerda. Não seria possível fazê-lo sem a presença das minorias políticas. (LAGI, 2007, p.144)

Kelsen vai mais longe e afirma que tal sistema evitaria um “diktat” (imposição pela força) da maioria. O compromisso político entre maioria e minoria serviria, em ultima instância, para a não deturpação fática dos valores democráticos baseados na representação da

vontade coletiva, da composição de novas maiorias, e da auto composição das leis no relativismo.

Para Lagi, é a partir dessa influência do pensamento reinneriano que Kelsen se distancia de seu mestre Jellinek e ultrapassa tanto o pensamento político liberal como a tradição alemã que ele representava, e se torna um pensador liberal democrata. A defesa da democracia representativa e da igualdade de direitos. Consequência direta dessa transformação é que Kelsen resolve o tema da ditadura da maioria, tão cara a Jellinek na sua crítica ao parlamento, pela justificativa da existência deste, e em acentuar que no seu próprio funcionamento está o controle das maiorias.

Tal mudança de foco no sentido possível do parlamento acentua a ideia de participação política como necessária à consolidação de uma democracia e da garantia de sua efetiva representação.

Demonstramos acima a convergência entre os pensamentos de Renner e Kelsen a respeito da necessidade da implantação do sistema eleitoral proporcional. Todavia, há que se notar que por si ele não resolve a questão da representatividade. O formato de sua implantação será agora investigado.

Renner divide em duas as possibilidades de aplicação do sistema proporcional. São elas a lista aberta e a lista proporcional.

Essa arquitetura será ponto divergente entre os autores, muito por conta de uma diferença pragmática. Kelsen defende a pureza do melhor sistema, enquanto Renner observa uma desvantagem política imediata.

Ambos ressaltavam o perigo do culto partidário que a lista vinculada poderia gerar, assim como a perda de confiança pessoal do eleitor em seu candidato posto que a escolha do candidato seja feita pela elite partidária.

De outro lado, percebiam que a lista aberta possibilitava maior abertura para que os candidatos se adequassem às perspectivas dos eleitores assim como para a possibilidade de substituição deste por aquele, caso os eleitores assim deliberassem, na medida em que a influência partidária estaria mitigada.

Este tópico é fundamental para a configuração da assembleia constituinte austríaca, e fonte de calorosas discussões, posto que a maior parte dos partidos já havia cedido à pressão da assembleia ser constituída a partir do voto proporcional. Defender uma forma simplificada de eleição tinha aqui duas funções práticas. A primeira, a de garantir que o sistema eleitoral do império não fosse retomado; a segunda que fraudes fossem evitadas nos resultados gerais das eleições.

Para Kelsen, o novo sistema eleitoral não se resumia ao formalismo jurídico, mas fundamentalmente à uma questão de garantir a voz dos representados. É importante notar que Kelsen, no momento de formação e estruturação da constituição, atribui fundamental importância à questão da voz dos representados. Isso é relevante uma vez que desmente a leitura exclusivamente procedimental da democracia em Kelsen e abre espaço para analisarmos uma teoria da participação como uma das vertentes fundamentais para a preservação da autonomia.

Por outro lado, era uma maneira de dizer que na forma representativa de governo, valiam mais as convicções individuais somadas do que o conceito de territorialidade outrora aceito e defendido ─ circunscrito e dividido em blocos e colégios eleitorais. Sinaliza-se assim, que diferentemente de Schmitt, que considera o *nomos* como a fonte primeira da normatividade, ou seja, a delimitação da terra como evento originário de ordenação, Kelsen não entende ser esse o fundamento da norma, tampouco da soberania.

Em Kelsen a ideia de consenso salta aos olhos como justificativa plausível do pertencer, já que coloca igualdade, liberdade e a pauta do reconhecimento como interligadas. Não adianta um único individuo dizer que tal terra seja dele, há que se colocar isso perante o grupo, e através do legitimo reconhecimento de todos os indivíduos gozando de sua liberdade e igualdade, chegarem à conclusão de que de fato aquilo se realiza enquanto verdade. De

outra forma, o objeto seria constantemente disputado, ou restaria como pura ficção da imaginação do pretenso senhor. A relação é a base da convivência humana, não há nada fora do relacional para Kelsen.

A cidadania aparece em sentido forte, pois:

> "el sistema proporcional se convertía así em parte integrante de una concepcíon democrática que vinculaba la eleccíon de la Asemblea nacional constituyente a las personas, a los indivíduos portadores de derecho, entendidos como sujetos activos y partícipes de la vida política y democrática, que se unían sobre la base de comunes convicciones, ideales, intereses"(LAGI, 2007, p.149)

A mudança da justificativa territorial para pessoal demonstra que a titularidade dos direitos cabe fundamentalmente ao homem, e não à terra.

Para Kelsen, a solução para a maior representatividade passa pela apresentação de uma lista prévia dos nomes dos candidatos que cada partido pretendia colocar na eleição. Esta lista passaria pelo escrutínio individual, e depois seriam computados os nomes mais votados de cada lista para compor a lista partidária definitiva, esta sim, objeto de votação para compor a assembleia constituinte

Renner defendia outra estratégia, mistura de proporcionalidade atrelada ao formato de colégios eleitorais, contra os quais Kelsen atribuía forte fator de desigualdade entre os eleitores. Claramente influenciado pelas ideias de Rousseau, Kelsen se opôs ao projeto de Renner, pois via nesse caminho intermediário o perigo de repetição da fórmula imperial, na qual a minoria do povo era a maioria representada no parlamento.

Esse passo era fundamental na transição do império ─ monarquia constitucional ─ para uma república democrática. Junto a isso, a sua repulsa às listas vinculadas expressam o mesmo medo, de uma aristocracia, agora partidária, comandando a política parlamentar, ao revés da representação fiel da população. Em termos contemporâneos, a sensação de pertença política é item indispensável, inclusive em momentos revolucionários.

Assim, compreendemos que para Kelsen, ainda que o mandato parlamentar não fosse imperativo, a questão da efetividade, entendida aqui como a correspondência entre norma e cumprimento da norma era fundamental. A política é entendida como técnica social, não como uma meta para um fim específico.

Percebe-se aqui que a oposição de visão de mundo não era impedimento para a resolução das questões da prática política.

2.5. Kelsen e Kant: a normatividade crítica e os caminhos da razão

As categorias do pensamento possuem uma história própria, e ainda que o uso da categoria possa ser feito sem a devida referência a tal percurso, muitas vezes é pertinente que ele seja ao menos pincelado, para que se atinja melhor compreensão do todo exposto na moldura que se configura ao redor daquele tema.

Conforme nos explica Kelsen, a norma fundamental cumpre papel de legitimar o sistema jurídico positivo. "A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum" (KELSEN, 2009, p.217). Isso quer dizer que ele parte de determinada racionalidade jurídica para conseguir formular tal ideia da razão. Por outro lado significa que existiram ao longo do tempo diversas formas de se justificar o exercício do poder legítimo, para tomarmos emprestada a expressão de Weber.

A história da racionalidade jurídica[63] remonta a períodos remotos, mesopotâmios e perpassa os chamados "povos sem história" aos quais se referia Hegel, isto é, aqueles em que a escrita não era conhecida. Ainda que hoje seja possível a reconstrução da organização dessas sociedades, cabe para os fins da presente análise dizer que conceitos de direito, de

[63] A reconstrução do caminho que a razão (jurídica) percorre é feita com maestria por (GOYARD-FABRE, 2006), (GOYARD-FABRE, 2003), autora e obra que serão fundamentais na nossa reconstrução do sentido que o pensamento jurídico assume no projeto político de Kelsen.

constituição e de democracia são ideias sobre as quais temos registro. Surgem a partir de um longo processo histórico político-social na Grécia antiga e envolvem a tomada de consciência da necessidade de se resolver as questões mundanas no plano da ação humana, e não apenas como fruto das decisões dos deuses olímpicos.[64] O fenômeno que ali ocorreu poderia ser equiparado, evocando novamente Weber, ao que foi chamado de dessacralização do mundo por meio da racionalidade na modernidade[65], já que ele se dá a partir do choque entre o mundo dos deuses e dos homens.

Após esse período, a racionalidade escolástica, os contratualistas irão pensar o direito na chave do direito natural, ainda que haja um processo tendencial de positivação cada vez maior do sistema. O processo de reflexão sobre a racionalidade específica do direito, e do elo que une os homens em torno de um Estado, configura também um movimento crítico sobre a própria razão[66].

A categoria de teórico crítico do direito se adequa ao perfil de Kelsen, já que ele busca afastar a metafísica como categoria de explicação última do direito. Desenvolve uma justificativa racional para todas as ordens jurídicas possíveis, valendo-se de um procedimento lógico-formal, atribuindo a legitimidade de um sistema normativo um caráter cientifico. A lógica funcional do sistema é a base para que obtenha validade em sua crítica reflexionante.[67] Tamanha aposta na razão não pode ser feita, ao menos após Rousseau ─ o que dirá após Freud ─, sem que se indague sobre a potência da razão sobre os homens. A resposta a esse tema, o da falência da razão, já foi esboçado anteriormente quando se tratou da relação entre Freud e Kelsen, mas pode ser respondido também a partir do movimento reflexionante crítico

[64] Para uma bela reconstrução desse fenômeno a partir da relação entre arte e política ver "The Greek Discovery of Politics, de Christian Meier (MEIER,1990)

[65] Não é nosso objetivo aqui entrar na obra de Schmitt, mas o movimento contido em sua "Teologia política" é oposto à esse procedimento da razão

[66] Sem que com isso se defenda necessariamente a linearidade desses procedimentos ou uma ideia de progresso inexorável do homem.

[67] É dessa especificidade que trata Goyard-Fabre quando diz que "A relação entre o direito e a razão é uma relação normativa que, segundo o pensamento crítico, está incluída na razão. Noutras palavras, a formação das normas jurídicas confunde-se com a pura produção do sentido e da validade delas, de modo que- como o mostram, na época contemporânea, os epígonos longínquos do criticismo kantiano – a crítica encontra seu ponto culminante, no plano universal, na metacrítica não metafísica do direito." (GOYARD-FABRE, 2006, p.XVI)

da razão, que ao pensar sobre si mesma deve utilizar do método racional inclusive para compreender sua própria falência. Para que tal afirmação faça sentido deve-se pensar transcendentalmente e admitir a pureza da razão "que, ao mesmo tempo, orienta o pensamento, interroga-se, reflete e julga" (GOYARD-FABRE, 2006, p.XVII).

Considerar a falência da razão jurídica para explicar o real funcionamento do direito sob esta perspectiva metodológica é frustrar a autonomia do direito e reduzi-lo "à funesta estratégia das relações de força" (GOYARD-FABRE, 2006, p.XVIII), por conseguinte deixaria de existir enquanto tal.

De pronto deve-se retomar que o direito não é idêntico à noção de força[68], mas constitui-se a partir de pessoas e ideias. Essa é uma das maneiras de se descrever o projeto da modernidade[69], a aposta nas capacidades do homem e da razão para guiá-lo. O racionalismo crítico reflexionante serve para retirar o homem de sua condição de minoridade e, no que tange ao racionalismo jurídico, informar sobre os poderes e os limites do direito.

Nem todos os autores que influenciaram Kant compartilhavam da aposta da razão. Rousseau, autor fundamental para a consolidação do edifício crítico racional de Kant foi um crítico severo da razão triunfante das luzes e não se furtou a questionar tanto em teoria quanto na prática sua eficácia.

Para além da sua crítica à razão e as consequências que esta terá na configuração de um projeto universalista, Rousseau nega sua viabilidade racional. O autor, em suas *Confissões*, relata o "instante de devaneio"[70] em que compreende que tudo está radicalmente vinculado à política.[71] Tal afirmação possui uma força normativa incalculável para a tradição

---

[68] Tema abordado quando do debate sobre a relação entre o pensamento de Kelsen e o de Weber.
[69] Vale ressaltar que a modernidade filosófica pode ser resumida à transição do homem como medida de todas as coisas para uma concepção de homem como senhor do mundo.
[70] Rousseau parte aqui de um evento que é lido na chave da emoção, é um sentimento sobre um evento.
[71] "A força de renovação que povoa a reflexão de Rousseau perante o estado que lhe revelam o direito e a política despertou no "instante de devaneio" do ano de 1749 durante o qual, na estrada que levava ao forte de

do pensamento, e sem dúvida ecoará em Kant e Kelsen. Ademais, tal evento faz com que Rousseau abandone a análise do direito feita a partir do domínio fático (causalidade) e busque interpretar os fatos pelo direito. Essa virada epistemológica é crucial para entender o processo pelo qual se chega à norma fundamental.

A partir dessa virada, o problema central para Rousseau será a busca da legitimidade das principais estruturas que legitimam a existência da sociedade civil. Paradoxalmente, ao se questionar sobre essas questões, Rousseau é levado a construir sua versão do contato social. Como não pretende que este contrato tenha faticamente existido, Rousseau trabalha no plano ideal e, ainda que instintivamente, utiliza do modelo ideal puro[72] que será formulado posteriormente por Kant. Sem tirar o mérito de Kant, parte importante de seu esforço teórico foi de explicitar o conteúdo implícito nos escritos políticos de Rousseau (GOYARD-FABRE, 2006).

Kant retoma a perspectiva rousseauniana a partir de um mergulho profundo na racionalidade ocidental. Para ele, a substituição da ideia de Deus como razão de todas as coisas pela do homem como motor do mundo permite que a filosofia atinja seu momento crítico reflexionante. Tal movimento leva o pensamento para a busca de suas próprias fundações, não da verdade sobre este ou aquele objeto. Esta perspectiva é abandonada e, no caso do direito, deixa-se de perguntar sobre a boa ou justa ordem jurídica e se indaga sobre a sua própria validade, aquilo que lhe faz ser o que é.

O pensamento critico-reflexionante é assim chamado por impor pensar o próprio pensamento, é um "metapensamento". Julgar-se a si mesmo impõe ao pensamento um procedimento de purificação capaz de revelar suas próprias "capacidades normativas" (GOYARD-FABRE, 2006, p.74). Outrossim, não se trata de conhecer o direito (por isso não

---

Vicennes, onde seu imprudente amigo Diderot estava preso, ele compreendeu num lampejo que tudo se vinculava radicalmente à política" (GOYARD-FABRE, 2006, p.65).

[72] "(...) levando o direito ao tribunal crítico da razão reflexionante, ele mesmo não se tenha compreendido inteiramente ou tenha ficado assustado com a magnitude dos requisitos da razão prática à qual, sem saber ainda nomeá-la, ele recorre" (GOYARD-FABRE, 2006, p.70)

se pode buscar "o melhor direito"), apenas instaurar o "fundamento racional puro que lhe confere sentido e valor" (GOYARD-FABRE, 2006, p.74) ─ o valor é entendido aqui como validade, sua natureza específica.

Há uma importante lacuna (ou opção metodológica) no tratamento dado à norma e sua coercibilidade em Kant. Para ele, a idealidade da norma basta para sua validade. Já se sabe que este tema é caro a Kelsen, mas somente Fichte colocará novamente o tema em evidência ao propor sua leitura do projeto kantiano a partir da relação entre filosofia e realidade prática. A coerção será para este autor a mediação necessária para a realização do direito. (GOYARD-FABRE, 2006)

Ao pretender isolar o direito de possíveis considerações valorativas, portanto de análise do conteúdo específico de um ordenamento, Kant caminha no sentido de justificar idealmente o direito, por meio do uso da razão pura prática, universalmente. A forma direito será revelada, e cada sujeito poderá encontrá-la seguindo o mesmo método. Assim, a exigência de autonomia constituirá a própria normatividade do direito.[73] Em outros termos, a contribuição kantiana ao pensamento jurídico é que a racionalidade (jurídica) tenha base suficiente para ser julgada pelos seus próprios critérios. Este procedimento da razão será perseguido por Kelsen ao longo de toda sua produção acadêmica, sendo esta a régua que ele utilizará para distinguir os diversos campos do conhecimento[74] com que trabalha.

O projeto filosófico kantiano quando julgado a partir da visão kelseniana apresenta um vício de origem, a saber, a manutenção da justificativa do direito a partir do jus natural (*Naturrecht).* Ele opera com ideia da razão. É "a exigência universal e pura que, inserida nos próprios limites da razão prática, fundamenta toda ordem de direito em sua legitimidade jurídica" (GOYARD-FABRE, 2006, p.153-4).

---

[73]"Daí resulta que, na área prática do direito, o homem, na medida em que é um ser racional, atribui a si mesmo, na transparência a si, suas próprias normas: ele afirma uma autonomia pura que, tanto no campo jurídico como no campo moral, faz sua dignidade"(GOYARD-FABRE,2006,p.75).

[74] As diversas "ciências", se quiser.

A tentativa de atribuir ao direito natural uma justificativa positiva o coloca na trilha do humanismo, mas não é suficiente para excluir a subjetividade que tal formulação traz consigo. A objetividade do sistema crítico reflexivo permanece em jogo. Para Kant, ele assume papel aglutinador e sistêmico à ordem jurídica. É verdadeiro princípio regulador e, portanto, dotado de conteúdo externo ao ordenamento.

Apenas com o tratamento científico dado por Kelsen sobre a normatividade de um sistema jurídico é que o direito encontrará uma categoria "puramente formal de autorização" (GOYARD-FABRE, 2006, p.162). A importância da existência apenas de direito público se dá exatamente em contraste com a existência em Kant do *naturrecht* de inspiração privada. Para Kelsen, não há direito fora do Estado, portanto na esfera pública. A forma piramidal é escolhida a dedo para fechar o sistema normativo contra influências naturalistas. A norma fundamental, hipotética e lógico-transcendental, coroa o sistema preservando a forma e excluindo ingerências de conteúdo.[75] Fosse de outra maneira, qualquer relação privada geraria legitimidade e o direito não seria mais direito.[76] É nessa esteira de pensamento que o monismo se justifica.

Adentramos o terreno das fundações, da justificação do poder organizado na figura do Estado. O contrato social pensado como mito fundacional lógico coloca de pronto o dilema de se esse mito se funda num contrato agregador da vontade individual ou de sujeição. A pergunta que se faz aqui é verdadeiramente esta: qual a origem da sociedade civil organizada em torno de um mesmo código?

Rousseau coloca o problema nos termos de "possibilidade e validade da ordem política" (GOYARD-FABRE, 2006, p.171) e coloca como condição cognoscente o método

[75] Há uma sutil distinção que deve ser feita. A norma fundamental, assim como o direito estatal cumpre aqui papeis fundacionais do direito, ideias, não reguladores no sentido de estabelecer os regramentos (conteúdo) de direito. O comando da publicidade estatal das normas é condição da razão enquanto forma.

[76] Cabe lembrar do célebre exemplo do assaltante que subtrai valor para si e do estado que o faz por meio de impostos. A legitimidade de cada ação é pautada pelo respeito ou não ao sistema normativo, ainda que no primeiro caso seja estabelecido privadamente um pagamento, e que uma relação intersubjetiva aconteça, ela não será conforme o direito.

da separação do mundo do ser (dos fatos) do dever ser (normativo-ideal). Outro dado importante é que Rousseau quebra com a visão aristotélica de mundo ao conceber a política não como uma capacidade natural do homem, mas como uma construção social.

A chave aberta por Rousseau de se pensar a instituição social e não o contrato que regulamenta a instituição ilumina a própria natureza do contrato. Hobbes, por exemplo, pensa o contrato que forma o Estado na chave de um contrato privado, que se assemelha a qualquer outro negócio jurídico. Essa visão reducionista do acordo que forma o Estado deixa de lado a perspectiva dinâmica da formação de um Estado. Este não se esgota no mesmo momento em que o contrato é firmado e executado. Há uma especificidade na formação do Estado, que é a sua contínua transformação. Para Kant o contrato que forma a comunidade jurídico-política é um "dever incondicionado e primeiro" sem que lhe caibam finalidades empíricas (GOYARD-FABRE,2006,p.176) e deve por sua natureza regular as relações de cidadania posto que regula o "a condição de possibilidade não da sociedade, mas da sociedade "civil"" (GOYARD-FABRE, 2006, p.177).

A crítica à empiria hobbesiana[77] fica evidente já que ele condena a tentativa do autor de converter facticidade em legitimidade formal. É o pacto pensado que torna o direito

[77] "para confirmar isso, vale o confronto entre a posição kelseniana e a hobbesiana, na qual não se pode não pensar quando se fala de redução do direito à força. Em relação a hobbes, sim, é licito falar de uma redução da justiça à força, porque uma das bases de sua doutrina é que não existe outro critério de justiça senão a lei, valendo o princípio de que é justo aquilo que é mandado e injusto oque é proibido. Kelsen, ao contrário, se limita a dizer que o direito existe (independentemente do fato *de ser* justo ou injusto) só quando a norma, , além de válida, também é eficaz (chamado principio da efetividade).Nunca se poderia extrair da concepção kelseniana o princípio de que o direito é justo enquanto é comando, porque nenhuma passagem de Kelsen se pode extrair a conclusão de que o direito, o qual existe enquanto for for comandado (e passando a valer com a força), seja também justo. E não se pode tirar tal conclusão, pois Kelsen, ao contrario de um jusnaturalista como Hobbes, nunca se posiciona, em sua teoria pura, no terreno da justificação moral do Direito, e, portanto, da da construção do Estado ideal, mas simplesmente sobre *o* da descrição e da construção do Estado efetivamente existente." (BOBBIO, 2008, p. 35)

possível. A regra coercitiva-externa, típica desta forma, é o que torna o direito diferente da vontade individual passível de ser ocupada, por exemplo, pelo desejo de vingança[78].

A força da razão crítica em Kant não exclui a questão de que ele considera que as liberdades individuais devam coexistir no sistema jurídico enquanto "índice da natureza normativo-objetiva" (GOYARD-FABRE, 2006, p.179). A coerção aparece como o fator garantidor da coexistência humana dotada de força legal. O que temos então é um comando externo à norma que legitima seu funcionamento.

Veremos mais adiante que é possível pensar num conteúdo normativo racional intrínseco à própria noção de norma, e que mantém o espírito crítico da razão em forma mais acabada. Antes, porém, é necessário apontar mais um dilema a ser resolvido pelo sistema kantiano.

Rousseau refutava a possibilidade da construção da paz mundial pelo direito[79], fundamentalmente por não acreditar que o direito das gentes seria capaz de se sobrepor à soberania nacional de cada Estado[80]. Por outro lado, Kant colocará como finalidade do direito a paz perpétua e, de quebra justifica sua adesão ontológica à ideia hobbesiana do homem mau. Apresenta uma positividade curiosa ao defender que o sentido do progresso é do "pior para o melhor". Goyard-Febre descreve que a história dos homens para Kant seria regida da "guerra à paz".

A adesão ao projeto pacifista por parte de Kelsen é clara. Escreve em 1944 *A paz pelo direito* e já na introdução alerta para o fato de que o intelectual deve lutar nas trincheiras

[78] As condições da razão pura prática parecem estar mais associadas à noção do político do que às condições políticas de sua existência.

[79]"A paz do mundo é, portanto, um porto inacessível. O direito das gentes é, desde sempre, uma perspectiva carregada de sofismas e o direito internacional dos "modernos" que visa instaurar a coexistências pacífica dos Estados nacionais tem um caráter quimérico que todos os esforços da razão não podem superar. (...) Os projetos de paz do direito das gentes cinzelados pela razão jurídica são fadados ao fracasso" (GOYARD-FABRE, 2006, p.195).

[80]Para uma análise aprofundada sobre a possibilidade da soberania em Rousseau ver MATOS, Olgaria C. F. Rousseau, uma arqueologia da desigualdade. São Paulo: MG, 1978

que lhe cabe para levar à paz à humanidade.[81] Tal filiação já denota que o projeto universalista e pacifista de Kant ganhará força. No devido momento será adicionado a esse movimento a autonomia democrática. É curioso perceber que enquanto ideia da razão, tanto Kant quanto Kelsen exploram a paz no seu mais alto sentido[82].

Decorre disso que há um comando ideal, portanto no plano do dever ser, que envolve a paz perpétua. Para além de ser a finalidade ideal dos povos, ela impõe à razão uma conduta, um dever-fazer[83] constante no horizonte prático-normativo. É a ideia que inspira o sistema jurídico internacional a se organizar enquanto tal. É importante notar que o conceito da paz em si é inalcançável a partir da perspectiva teórica que envolve o pensamento crítico. Parte-se então do "eixo prático de reflexão. Então, em vez de procurar desvelar o estatuto ontológico da paz, ele explica "a necessidade da razão" deve ser absolutamente sua instância reguladora" (GOYARD-FABRE, 2006, p.204).

É só a partir das considerações anteriores que compreendemos a filiação kantiana de Kelsen, que se encontra numa nota de rodapé ao fim de seu *Essência e valor da democracia*:

> "A posição de Kant é bem peculiar. Acostumamo-nos a qualificar seu sistema como "idealismo", opondo-se ao positivismo. Mas isso não é correto. O idealismo kantiano já é positivista em virtude de seu caráter crítico. A filosofia transcendental

---

[81]"Há verdades tão evidentes em si mesmas que devem ser sempre proclamadas e incessantemente reiteradas para que não sejam condenadas ao esquecimento. Uma dessas verdades é: a guerra é assassinato em massa, a maior desgraça de nossa cultura, e nossa principal tarefa política é garantir a paz mundial, uma tarefa muito mais importante que decidir entre democracia e autocracia, ou capitalismo e socialismo, pois não há possibilidade de progresso social enquanto não e criar uma organização internacional que impeça com eficiência a guerra entre as nações do mundo." (KELSEN, 2011, p.XII).

[82]"A razão, dando a si mesma a Idéia da paz, confere-lhe uma validade incondicional; ela pensa desde então como o centro da organização de todo sistema jurídico internacional possível" (GOYARD-FABRE, 2006, p.199).

[83] "As leis da razão possuem uma "majestade" que, tal como um compasso, proporciona ao procedimento crítico um espírito de pesquisa aberto a todos os problemas do universo humano. Não se entenda – pois isso seria encerrar-se de novo no sistema fechado do racionalismo dogmático – que, no mundo dilacerado dos homens, os caminhos da paz são de traçados antemão. Muito pelo contrário, a razão crítica, pensando a paz como o *dever-ser* que é a finalidade ultima dos povos, indica com o mesmo movimento um *dever-fazer:*o dever de procurar atingi-la, ainda que essa busca devesse permanecer in-finita já que visa um Ideal, ou seja, a trancendentalidade de uma Idéia que pertence ao horizonte numênico." (GOYARD-FABRE, 2006, p.202).

> pode ser justamente interpretada apenas como uma teoria da experiência. Pensada com lógica e profundidade, ela deveria conduzir, mesmo no terreno da filosofia dos valores, à recusa de qualquer Absoluto metafísico, a teorias relativistas. Com a mesma constância com que se evidencia o caráter antimetafísico e, portanto, positivista da filosofia kantiana da natureza, tradicionalmente afirma-se a oposição ainda amis nítida entre a moral e o raciocínio político dessa mesma filosofia, e sua atitude crítico-relativista fundamental; e essa concepção pode ser apoiada nas próprias palavras de Kant. O sistema moral e político de Kant tem uma orientação inteiramente metafísica e a sua filosofia prática, com sua teoria monárquica e conservadora do Estado e do direito, é completamente dirigida para a fixação de valores absolutos. Mas o seu sistema crítico da razão pura faz do conhecimento um processo perpétuo e relega a verdade ao infinito, declarando-a, assim, no fundo, inacessível, como faz o ceticismo. Como o conhecimento nunca pode dominar o próprio objeto, a questão do método do conhecimento, na filosofia kantiana, substitui a questão do seu objeto, ou melhor, as duas questões são identificadas. Esse metodologismo foi bastante censurado no kantismo: a preferencia dada ao problema do método do conhecimento. O paralelismo, aqui, parece impor-se com uma atitude política que substitui a questão do conteúdo justo da ordem social pela questão do modo, do método de criação dessa mesma ordem." (Kelsen, 2000, p. 105)

O movimento reflexionante crítico que se move racionalmente no sentido da paz leva a acreditar que o projeto kantiano não comporta uma forma despótica de regulamentação das relações interestatais, e por isso sugere a criação de uma confederação de Estados livres capaz de preservar (filosófica e juridicamente) o pluralismo estatal e seus respectivos ordenamentos. A razão prática se expressa aqui por meio da regra *pacta sum servanda* com a conseguinte identificação no plano internacional das noções de soberania e liberdade. Acrescenta-se a isso que a constituição cosmopolita se caracteriza por ser um princípio regulador e portanto não é norma e sim valor.

O importante é reter a noção de que sempre que se falar em um *Sollen* (dever ser), a exigência do dever ser sempre será uma tarefa infinita.

Capítulo 3: O projeto democrático radicalizado

Passados os esclarecimentos acerca da conexão entre os questionamentos de seu tempo e as influências teóricas nem sempre destacadas criticamente no pensamento de Kelsen, neste capítulo buscaremos uma imersão no pensamento político democrático de Kelsen, priorizando a leitura do texto que julgamos ser a base desse projeto. A *Essência e valor da democracia* surge aqui como fundamento de um projeto que Kelsen desenvolverá ao longo da vida. Buscaremos demonstrar que o Direito, tema pelo qual Kelsen ficou conhecido entre os grandes pensadores do século XX é apenas uma parte do projeto democrático deste autor. Num segundo momento, exploraremos o potencial democrático radical da soma dos elementos político e jurídico ─ ambos contidos na norma fundamental ─ apresentada na interpretação do pensamento de Kelsen.

Já dissemos que 1920 é o ano da publicação da primeira versão do artigo *Da essência e valor da democracia*. Artigo este que em 1929 o próprio autor, Hans Kelsen, reeditaria e ampliaria. Este texto coloca em evidência a acurada percepção do tempo histórico vivido pelo autor e, através da elevação do tema da democracia à primeira ordem do dia, compreende as transformações do político[84].

Talvez seja esse o ponto mais mal compreendido da obra de Kelsen. A experiência da democracia é o evento mais radical em todo pensamento kelseniano. Sua empresa teórica se realiza na e para a democracia. O direito perfaz esse ciclo. A ideia de norma não pode ser desvinculada de seu sentido próprio. Ao invés de forma e conteúdo podemos falar em estrutura e função da norma enquanto elemento central desse pensamento[85].

---

[84] A segunda versão do artigo deixa claro que a transformação era potencial e que, ainda que não tenha sido interrompida pela sua negação, a autocracia, é marca do tempo histórico em questão que a possibilidade da transformação no sentido da visão de mundo marcadamente democrática existia.

[85] Sobre os desdobramentos dessa ideia ver "a potencia democrática da norma fundamental".

O sucesso que a ampliação de sua obra obteve nos anos 1929 e seguintes se deveu ao fato dele ter sido uma das poucas vozes incisivas no combate aos movimentos fascistas e de ter observado precocemente o caráter autoritário da revolução russa. Sua oposição às formas autocráticas se mistura à oposição ao pensamento que embasa o direito natural e faz de sua critica altamente especializada. Lagi resume esta questão ao sugerir que a chave de leitura dessa obra está na transformação da democracia ideal em democracia real (LAGI, 2007, p.193).

Diferentemente de Rousseau que pressupõe que a democracia se funda na igualdade, Kelsen percebe na liberdade seu fator fundamental. Isso significa abandonar a democracia direta como veículo único de preservação da autonomia individual. Nessa transição, a liberdade em comunidade surge como fato principal, não mais entendida como ausência de impedimentos completa, mas como a liberdade perante seus iguais. A canalização desta será feita de maneira pacífica no parlamento que, por meio do acordo, produzirá o ordenamento jurídico.

Neste procedimento, Kelsen alerta para o fato de a soberania popular ser uma alegoria política eficaz. A soberania dá lugar ao Estado entendido como ordenamento jurídico. Eleições, partidos e possibilidade de troca dos dirigentes são elementos fundamentais da organização do Estado democrático.

Em parte, a mudança de perspectiva da soberania popular para a soberania do Estado que se deu no pensamento de Kelsen tem por justificativa a negação do encontro entre legislativo e executivo do autogoverno soviético (política dos conselhos). A divisão do trabalho é uma noção que permeia o pensamento político de Kelsen, e tende a se opor à formas autocráticas de governo[86].

[86] Vale lembrar que esta oposição é caminho para a dissolução da noção de soberania do ponto de vista técnico. Isso não significa que ela é abolida enquanto discurso.

3.1. O absolutismo e o relativismo filosóficos e a reflexividade crítica do pensamento kelseniano

O caráter autônomo do sistema não exclui que sua formação seja fruto da participação de indivíduos, portanto, um dos pressupostos da democracia é a garantia da potencial aptidão de todos para a vida pública. A vida pública será pensada por Kelsen a partir de dois grandes grupos, a democracia e a autocracia, cada qual baseada em um pressuposto filosófico diferente. A combinação hipotética das formas de vida e dos fundamentos filosóficos desses dois arranjos normativos possíveis, autocracia e democracia, serão agora observadas.

Isolamos o funcionamento dos tipos ideais trabalhados por Kelsen. Ao fazê-lo, percebemos que tanto a autocracia quanto a democracia são técnicas sociais de produção da norma, são métodos. Como todo método social, há uma explicação racional para sua existência, e há conceitos que podem ser úteis para sua explicação ou não[87]. Essa simples afirmação nos obriga a mergulhar mais fundo na busca da compreensão dos sentidos que norma, política e direito têm na obra de Kelsen[88].

É a partir desses objetos, razão de constante reflexão por parte do autor, que se pretende demonstrar de que maneira se dá a relação entre relativismo e absolutismo filosófico e sua relação com as formas de governo. A preocupação aqui é com a forma de vida que condiciona a ação dos atores políticos de um tempo. Quer eles operem na chave da autonomia, ou da heteronomia.

---

[87] Parece-nos que este ponto é crucial para abrir uma nova agenda de pesquisa sobre o pensamento de Kelsen. Enquanto ordem jurídica dinâmica, o direito em Kelsen só admitiria a forma democrática enquanto produtora de normas jurídicas. A autocracia, sua identificação com o direito natural e, portanto, com um tipo estático de normatização, não se caracterizaria como direito, já que não formaria um sistema fechado em si mesmo.

[88] De maneira mais ampla poderíamos dizer que o mergulho é na emancipação do conhecimento, tema caro à Kelsen.

A primeira questão que se coloca é que se a política é responsável pela elaboração normativa, e, portanto, por estipular as regras da vida em sociedade, devemos perguntar qual tipo de governo é capaz de melhor preservar essa vida em comum. Da resposta à pergunta anterior nasce a justificativa de que os tipos de normas reguladoras da vida dos indivíduos serão submetidos a determinado ordenamento, e de que maneira as mesmas são instituídas e legitimadas.

Essa discussão é tratada na teoria política de Kelsen como o conflito entre as formas democráticas e autocráticas de governo. A partir da analise da composição e dos fundamentos de cada uma dessas formas é que o autor adota uma postura acadêmica de defesa da forma democrática de governo e, assim, de uma teoria política relativista e plural, garantidora da presença dos diversos atores políticos na confecção normativa, mesmo quando estes representem uma minoria.

Interessante notar que o fundador da teoria pura do direito, ao contrario do que se veicula comumente, ao fixar como base de sua teoria a norma, não defende por isso que esta seja imutável. Ela é antes de tudo uma criação humana, portanto passível de mudança. A separação proposta por Kelsen entre direito e política, na verdade é de suma importância política, já que consiste em uma tentativa de separar a técnica jurídica de decisões políticas, geradoras das normas[89].

3.2. Norma e formas de governo

A norma é tanto o resultado da vontade coletiva, quanto objeto de estudo da ciência do direito. É a preocupação com a norma o cerne de toda a teoria de Kelsen, e é sua confecção que nos permitirá entender o posicionamento do autor frente aos diversos tipos de

[89] Um dos objetivos de Kelsen é mostrar que, ao fim e ao cabo, também o direito natural é uma criação humana, ainda que maquilada pelo discurso do inalcançável.

formas de governo, e assim compreender o papel primordial da política e do agir político na decisão normativa.

Para tanto, o autor deve simultaneamente se contrapor à corrente naturalista do direito, que em sua visão é uma teoria calcada em uma ideia do bem absoluto ─que por sua vez desemboca no absolutismo político ─e reafirmar o caráter positivo da norma, ou seja, a interpretação da norma como criação humana, ou melhor, ainda, criação política, e, portanto seu estudo deve ser realizado desvinculado de um valor intrínseco à norma.

3.3. Absolutismo filosófico e autocracia

No sentido de melhor compreender essa relação destacam-se algumas idéias principais que justificam o pensamento do autor.

A primeira dessas ideias, que parece nortear em diversos momentos seus escritos, é a impossibilidade de se atribuir a um valor o status de valor supremo, do qual toda verdade emanaria. Não existindo o valor supremo, então também não se pode considerar esse valor absoluto como capaz de controlar ou explicar todas as coisas, e de estar representado em todas as esferas da vida dos indivíduos e da comunidade. Sobre esse fenômeno, Kelsen se coloca contrário às visões de Platão e Aristóteles que, para ele fazem parte da chamada corrente do absolutismo filosófico. Para Kelsen, no limite tal argumento leva à justificativa de um modelo autocrático de governo[90].

Para afastar essa corrente, Kelsen refuta a idéia do bem platônico como valor absoluto que, revelado para poucos escolhidos, os filósofos (as únicas pessoas capazes de acessar a verdade), justifica que estes se responsabilizem pelos ditames da sociedade, e, portanto, atuem como os verdadeiros legisladores. Na visão de Platão, o governante pode

[90] O tema da justiça em Kelsen, do uso do termo no sentido estrito de legalismo, é complexo. Consiste em agenda própria de pesquisa, ainda que sirva como subtexto no presente trabalho.

inclusive fazer uso da mentira caso o fim a ser atingido seja o bem comum, ou em outros termos, a felicidade geral. Essa atribuição se dá de maneira que o filósofo que governa (ou grupo de filósofos) é o conhecedor do bem, esse valor absoluto, supremo, do qual os outros valores são reflexos e que, tendo o filosofo melhor acesso à verdade, suas atitudes já estão justificadas antes de serem tomadas. Nesse sentido Kelsen indica que para Platão

> "(...) o interesse do Estado, que no Estado ideal coincide com a justiça, está acima de tudo em importância – até mesmo acima da própria verdade. A máxima "os fins justificam os meios" destaca─se claramente como um princípio da teoria platônica; e essa máxima é uma consequência direta da primazia assumida pela vontade sobre o conhecimento, da justiça sobre a verdade. Do ponto de vista político, que é de maior importância que todos os outros, não é tão essencial saber o que os sujeitos acreditam ser verdade quanto saber o que eles acreditam ser útil ao Estado – se é de interesse manter uma ordem justa na sociedade. Portanto, Platão reivindica o direito do governo de determinar a opinião de seus cidadãos por qualquer meio que julgar adequado." (Kelsen, 2001,p.94)

Interessante notar que como valor supremo, mesmo que o filósofo tenha acesso ao conhecimento verdadeiro, o bem ou a justiça plena não podem se materializar por completo, nem mesmo por meio de um legislador, já que este apenas lhe representa ─ na obra de Platão o bem se compara ao valor justiça ─, posto que ele não é esse bem. Essa fuga de uma resposta concreta ao que é o bem ou a justiça, na direção de uma conceituação metafísica do mesmo, acaba por lhe atribuir um caráter fundamentalmente divino. Indica-se aí uma proximidade entre a visão política e a religiosa. No fundo, ambas dependeriam da crença em uma justiça externa à justiça do homem.

Essa visão é mais uma vez criticada por Kelsen:

> "É uma lei vital de todo conhecimento puro que ele seja desenvolvido por si só. Essa lei aplica-se especialmente a ciências sociais, pois quando essas ciências são colocadas a serviço da política elas não mais servem o ideal de verdade objetiva, mas devem tornar-se uma ideologia de poder."(Kelsen, 2001, p.93).

Sendo assim a filosofia platônica, baseada na sua concepção de verdade, possuiria fortes tendências de uma ideologia do poder, e, portanto, como justificativa de dominação do poder político por um reduzido grupo de pessoas "de saber privilegiado". Fica claro também

seu caráter autoritário e não participativo. Afinal, como criticar a ─ fé na ─ verdade externa à humanidade, acessada por poucos indivíduos privilegiados?

Contrapor-se a uma tradição absolutista filosófica é também criticar o modelo do Direito natural. O que significa dizer, uma tradição de pensamento que procura na natureza das coisas, inclusive na humana, a resposta daquilo que seria uma conduta humana conforme sua natureza e uma conduta antinatural. A partir dessa busca, argumentam os teóricos jusnaturalistas, se poderia encontrar os ditames da vida em comum. Por conseguinte, a natureza seria uma espécie de legislador supremo. Essa teoria pressupõe um direito atemporal, posto que a natureza humana é única, e como metodologia normativa apresenta a causalidade como elemento conectivo entre ato e norma.

Novamente a origem da norma é externa ao homem, ela é inerente à natureza, ou produto de alguma divindade, e nesse sentido imutável. Ao direito positivo caberia apenas a proteção dos direitos inerentes ao homem (naturais).

Acontece que ao longo da tradição jusnaturalista, o que foi entendido como natural, muitas vezes eram conceitos em franca oposição. Percebe-se uma forte tendência nessa teoria para a defesa de um ordenamento já posto. Isso ocorre ao se indagar a questão intrínseca ao conceito de natureza humana, a saber, qual seria essa natureza. O que se observa é que novamente a argumentação se volta para a esfera de valor.

Para uma determinada corrente, a liberdade pode ser o direito essencial a ser preservado em sociedade, para outras o valor justiça. O que há por trás desse debate do que seria a natureza humana, ou quais seriam os direitos tidos como naturais, é uma tendência de por meio de uma falsa teoria legitimar um ordenamento já posto. Essa é uma forma de governo autoritária, posto que não cabe aos homens decidir pelo que já lhes está dado como pressuposto (sua natureza). Essa é uma das facetas decorrentes do dualismo entre o direito natural, divino, e o positivo, feito pelos homens. Sobre isso alerta o autor nesta importante passagem:

> "Se, porém, o Direito positivo é válido apenas na medida em que corresponda ao Direito natural; se é possível – como afirma a doutrina do Direito natural- descobrir as regras do Direito natural por meio de uma analise da natureza; se, como afirmam alguns autores, a lei da natureza é mesmo evidente, então o Direito positivo é inteiramente supérfluo. Diante da existência de um ordenamento justo da sociedade, inteligível na natureza, a atividade dos legisladores positivos equivale a uma tentativa tola de fornecer iluminação artificial em pleno sol. Esta é a outra consequência da doutrina do direito natural. Mas nenhum dos seguidores dessa doutrina teve a coragem de ser coerente. Nenhum deles declarou que a existência do direito natural torna supérfluo o estabelecimento do Direito positivo. Pelo contrario. Todos eles insistem na necessidade do Direito positivo. Na verdade, uma das funções mais essenciais de todas as doutrinas do Direito natural é justificar o estabelecimento do Direito positivo ou a existência do Estado competente para estabelecer o Direito positivo" (Kelsen, 2001, p.142).

Kelsen mostra também uma confusão intrínseca a essa teoria que se dá entre a descrição do objeto da qual tratam as leis da natureza, pautada pela regra da causalidade, e a maneira como a ciência do direito deve analisar seu objeto, a regra da imputação, do dever ser[91].

3.4. Relativismo filosófico e democracia

Em contradição com a visão absolutista filosófica e política é que o autor argumenta a favor do relativismo, tanto filosófico quanto político, na direção da defesa do sistema democrático de governo, e da norma como fruto do jogo político entre maioria e minoria representativa.

Kelsen retoma o debate sobre valor e norma para mostrar que, dependendo da maneira como o valor é concebido teoricamente, os desdobramentos lógicos dessas formulações indicarão concepções de mundo opostas. Em suas palavras,

---

[91] Falaremos da importância definitiva de se diferenciar imputação e causalidade quando tratarmos da juridicização do Estado.

> "é exatamente na esfera da epistemologia e da teoria do valor que se situa o antagonismo entre absolutismo filosófico e relativismo filosófico, o qual é análogo ao antagonismo entre autocracia e democracia enquanto representantes, respectivamente, do absolutismo político e do relativismo político" (Kelsen, 2000, p.162).

Desta feita o autor argumenta para explicar quais as bases teóricas do relativismo filosófico. Sustentará que este se baseia no racionalismo e no empirismo, ao contrario de seu oposto, o absolutismo filosófico. Faz uma clara distinção entre realidade e valor, e reconhece que em ultima instância a questão dos valores é subjetiva, e, portanto cabe a cada individuo por meio de sua consciência atingir determinado juízo valorativo. É nessa linha argumentativa que o autor renega a justificativa de uma ideia absoluta de realidade.

Assim, pode-se compreender melhor a razão pela qual o autor defende o regime democrático como o único capaz de comportar o indivíduo sem que lhe seja tolhida sua esfera de vontade. Mesmo que sua vontade não seja a da maioria, no regime democrático e plural o homem encontra espaço para atuar e exprimir sua voz.

Para que a afirmação anterior seja verdadeira, devemos analisar alguns dos pressupostos da democracia kelseniana.

A primeira associação que se deve ter em mente, é a de que apesar dos conceitos de parlamentarismo e democracia não significarem a mesma coisa, a partir da formação do Estado moderno caminham juntos, e isso está contido no pensamento de Kelsen. Desta feita, é apenas com essa forma política que se encontra a possibilidade real da democracia. Claramente esse argumento se coloca contrário à ideia de democracia direta.

O autor classifica então o parlamentarismo como "formação de vontade normativa do Estado mediante um órgão colegiado eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igual para todos, isto é, democraticamente, portanto segundo o princípio da maioria" (Kelsen, 2000, p.113).

Estão presentes nessa definição preceitos básicos para o desenvolvimento da democracia kelseniana, a saber, o principio da liberdade, da igualdade, da maioria e da tolerância. A seguir esses conceitos serão apresentados.

Seguindo os ensinamentos de Cícero, para quem "a liberdade só tem sua sede em um Estado onde o supremo poder pertence ao povo, e não pode existir nada mais doce que essa liberdade, que não será absolutamente liberdade se não for igual pra todos" (KELSEN, 2000, p.168), é que Kelsen concebe a liberdade como princípio fundamental na concepção democrática.

Um regime democrático pressupõe a liberdade como valor maior, todavia não a liberdade natural da qual Hobbes trata ao falar do homem no estado de natureza, como ausência de impedimentos externos ao indivíduo, mas sim liberdade em sociedade. Essa transformação na maneira de se conceber a liberdade, que passa a ser entendida como o "método específico de instituir a ordem social, de um tipo específico de governo." (Kelsen, 2000, p.168) e nesse sentido garantidora da vida em comunidade ─ mais especificamente na forma de Estado ─ com uma normatização válida, só pode ser aceita quando todos os homens sujeitos a ela participarem de sua confecção. A liberdade natural se modifica e passa a ser entendida como liberdade sob o ordenamento válido, garantidora da vida em comum. Daí que se pode entender que a liberdade anárquica do estado de natureza se transforma em liberdade em sociedade. Há também aí uma importante distinção entre autocracia e democracia, com seu caráter participativo.

Conforme alerta Correas na passagem seguinte, a preocupação com o poder político é em grande medida o plano de fundo da preocupação de Kelsen:

> "En la línea de Freud, Kelsen pensó al hombre como un ser cuya naturaleza más recóndita incluye pulsiones egoístas, violentas, anticomunitarias. Pero también, em la misma línea, que El hombre puede ser educado, esto é, reprimido. Su conducta puede ser controlada socialemente, y eso ES, precisamente, ló que es el derecho: uma técnica de control social.
> Pero, al mismo tiempo, la liberdad, para Kelsen, es el valor humano supremo. Para esta exigência ética, enfrentada conradictoriamente com aquella antropologia básica, funda para Kelsen el valor ético-politico mayor: la democracia. El hombre quiere ser libre, pero no puede subsistir sin el control social; su única esperanza, entonces, es la tolerancia democrática. Por eso es todo lo contrario de um apologeta del estado,

> como se há querido verlo: es um constante denunciador, um critico del poder. De todo poder. Pero es tambien lo contrario de um ingenuo: siempre será necesario reprimir las pulsiones antisociales originarias, aún cuando se lograra suprimir la infame injusticia del ordenamiento capitalista de la sociedad. Frente a la violência y el egoísmo originário, la normatividad; frente al edictor de lãs normas, la democracia."(Correas, 1994, p.73)

Por essa razão, encaminha-se a discussão para os mecanismos de controle social conforme formulados pelo autor.

Destaca-se então o papel do princípio do voto majoritário. Esse princípio está ligado ao grau de liberdade que o indivíduo possui na sua vida em comunidade. Ao se pressupor a vida em comum como aquela que impõe regras de convívio, e que sua instituição se dá por meio da participação de todos e, portanto nenhum homem se submete à uma lei em cuja formulação não atuou, decorre o fato do principio da maioria estar em conformidade com a vontade de individuo e a ordem social.

O autor considera que um regime político no qual se exige a unanimidade de vontades para a modificação normativa exclui quase que completamente a liberdade do indivíduo, enquanto que se exigida a maioria simples nas alterações normativas, o que existirá é uma sociedade na qual os indivíduos possuem maior grau de liberdade. Isso porque quanto menos qualificada a maioria, maior a possibilidade de se atingir uma norma da qual o maior número de indivíduos concordam, e assim a maioria não ficará presa à minoria. Quanto a essa última, percebemos nesse sistema que ela também é privilegiada, pois basta que se torne maioria simples no jogo parlamentar, para que se modifique a norma em conformidade com sua vontade política. Está aí contido o princípio da igualdade, pois se todos possuem chance de se tornar maioria, há uma equivalência do valor político dos indivíduos. Percebe-se ainda, que a não exigência de unanimidade mostra uma predisposição para o acordo entre os homens, de certa forma um elemento presente no plano de fundo da argumentação de Kelsen.

Importante notar na relação entre maioria e minoria na dinâmica democrática o fato de uma exercer influência sobre a outra, posto que a preponderância da vontade da maioria na confecção normativa pressupõe a existência de uma minoria que interfira nas deliberações daquela, e, que esta minoria seja defendida e preservada em seus direitos.

Conserva-se assim um sistema de governo democrático, pois a ausência de minoria acarreta a inexistência lógica desse sistema.

Dessa relação de interferência mútua entre maioria e minoria na configuração da vontade legislativa surge mais um princípio que se contrapõe à ideia do absolutismo filosófico, o princípio da tolerância. Na política democrática, há sempre a possibilidade de mudança dos atores políticos devido à atuação do binômio maioria-minoria e, portanto, sempre o horizonte é um ordenamento potencialmente dinâmico.

3.5. Ordenamento jurídico e validade

Em primeiro lugar, faz-se necessário lembrar os ensinamentos de Maquiavel, compartilhados pela obra de Kelsen, a saber, o fato da política ser eminentemente o campo do conflito, de modo que importa indagar acerca da forma encontrada para se resolver os conflitos. De um lado, temos a autocracia, e a tendência da dissolução violenta do conflito. De outro, temos a democracia e o acordo como forma de resolução do conflito. Simultaneamente, cabe ressaltar que essas duas possibilidades fenomênicas de desenvolvimento da política possuem, cada uma delas, sua própria lógica de funcionamento. Sua produção pode ser fruto de um processo heterônomo ─ imposição normativa ─, ou autônomo ─ jogo político baseado em regras designadas pelo próprio ordenamento ao qual os sujeitos estão submetidos, portanto, as regras de modificação desse ordenamento estão preestabelecidas pelo próprio sujeito.

Estamos trabalhando aqui a categoria da validade de um ordenamento jurídico. Portando daquilo de que o Estado é feito. Observemos o trecho a seguir, por meio do qual Kelsen nos esclarece a função da norma fundamental e sua validade. Ademais, contrapõe sua eficácia com a do valor justiça, usado comumente como fundamento da autocracia:

> "A função específica da norma fundamental de uma ordem jurídica positiva é servir como fonte ultima do Direito, isto é, como razão da validade da constituição de uma ordem jurídica; e a constituição é aquela norma jurídica positiva (ou conjunto de normas) que regulamenta a criação das outras normas da ordem jurídica. (...), tem um caráter meramente formal; ela não constitui um valor substantivo como, por exemplo, a norma não-positiva de que os homens devem ser livres, ou de que os homens devem viver me segurança- que constituem o valor que chamamos "justiça".

> Com efeito, a positividade do Direito consiste no fato de que sua validade não depende de sua conformidade com a justiça, mas no fato de que é criada de uma maneira definida, determinada pela norma fundamental, e de que é, de modo geral, eficaz"(Kelsen, 2001, p.364).

Da análise do trecho acima entendemos que Kelsen trabalha com a existência da norma fundamental como norma hipotética que coloca ao fim o processo de legitimação da validade das normas inferiores em um sistema jurídico dinâmico. Isso acontece, pois ele refuta a existência de qualquer norma não-positiva como justificativa da validade do ordenamento jurídico. A norma fundamental é, assim, uma característica típica do direito positivo. O direito natural, que possui fundamento externo, em algum fator externo à capacidade de cognição humana, não poderia se adequar a esse imperativo.

Podemos então recorrer ao formato democrático, criador do ordenamento jurídico positivo por meio da atuação parlamentar, pautada, como anteriormente explicado como compatível aos requisitos de formação do ordenamento jurídico estatal. A compatibilidade da ideia de liberdade em comunidade e a validade do ordenamento jurídico, em conformidade com a ideia de norma fundamental —, portanto da preservação do ordenamento jurídico enquanto tal — não surge de uma necessidade da natureza humana, mas de um pressuposto funcionalista do próprio ordenamento. Estado e democracia procedimental se apresentam como indissociáveis. Seu pressuposto fundamental, por meio da liberdade individual é o pluralismo de valores, de modo que se abre o caminho para o relativismo jurídico[92].

O pluralismo jurídico é garantido na medida em que a própria norma fundamental determina que a criação das normas se dê de maneira democrática, permitindo que a liberdade em sociedade e o princípio da tolerância atuem fortemente na vida política. No tipo ideal do Estado autocrático, a importância não está na conformidade sistêmica de uma norma ser criada em consonância com a norma fundamental que legitima o sistema, mas que o conteúdo de todas as normas esteja de acordo com a vontade soberana. Essa configuração normativa[93]

---

[92] A validade do sistema estático de normas, típico da autocracia, tem como fundamento não o sistema jurídico, mas seu conteúdo.

[93] Aqui falamos de normatividade, mas seria um equívoco falar de normatividade jurídica.

exclui a troca humana como pressuposto social de fundação. A obediência é o suficiente para essa mentalidade[94].

Nesse sentido, novamente se coloca a problemática de que um Estado existe na medida em que o ordenamento jurídico do qual é formado for válido e eficaz.

Cabe aqui a distinção clássica que Kelsen faz entre obedecer as normas estatais ou obedecer a normas de uma organização criminosa. A primeira será respeitada posto que há um ordenamento válido e eficaz, formulado por quem de direito e capaz de obrigar ou premiar o indivíduo. Uma sanção pode ser estipulada caso a conduta não seja exercida. A organização criminosa não detém legitimidade para tal, enquanto não amparada pela legislação estatal. Ela é reflexo de uma vontade e de um comando que só pode ser entendido na perspectiva de seu conteúdo, não da sua estrutura.

Ao colocar a validade e a eficácia das normas como pressuposto da existência do próprio Estado, Kelsen abre caminho para identificar a ordem estatal nacional com o direito interno.

Kelsen mostra em sua teoria pura do direito que na identidade entre Estado e direito, mesmo que se adotasse a ideia de que o Estado é constituído de território, povo e poder, deveríamos levar em conta o fato de que eles são delimitados pelo próprio ordenamento jurídico que opera naquele Estado. Em outras palavras, deve-se distinguir dentro do conjunto de abordagens que se possa fazer a partir do direito uma esfera de poder normativo (aquele que cria o próprio direito), que se encontra no campo da política, e o da ciência jurídica, que enquanto ciência deve ater-se exclusivamente ao seu objeto. Cabe então compreender qual a função tanto daquele que cria normas, como do responsável pela averiguação de validade da norma. Assim, pode-se considerar uma ação como boa ou ruim apenas na medida em que ela se adéqua ou não à norma válida.

---

[94]Vale lembrar da relação entre Freud e Kelsen abordada no capítulo 2.

A tentativa de se criar uma teoria pura do direito, delimitando como objeto dessa ciência a norma, sem que a essa seja acrescida valor ─ salvo no que tange aquele valor objetivo, definido como o valor extraído da relação entre a conduta humana e o fato regulado em lei e, portanto dirigido à conduta praticada por um indivíduo, conduta essa que pode estar de acordo ou ser contrária à norma, constitui uma tentativa de levar ao campo da política (novamente aqui importa sua defesa pelo modelo democrático) a discussão sobre o conteúdo das normas. Importante também desvincular a existência normativa do ato de vontade (este político) que a instituí, sua existência é perene, e não se encerra com o termino de seu ato de vontade legislativo constitutivo da norma.

É exatamente nessa diferenciação que Kelsen propõe uma abordagem científica do direito, diferente da jusnaturalista ou da legalista de seu tempo, pois como nos ensina Bobbio, ambas são teorias da justiça, já que não existem sem vincular direito a um valor, o próprio valor justiça. Na teoria pura do direito, validade e valor não se misturam. Uma norma, como já explicado anteriormente, vale se de acordo com a norma fundamental daquele ordenamento. Em seu livro *Direito e poder* este nos informa que o problema da validade do direito e o da justiça são coisas diferentes, tendo sido mérito de Kelsen distingui-los.

Isso importa na medida em que Kelsen desloca para o campo da criação das normas o lugar da discussão ideológica e valorativa. Cabe ao jogo entre maioria e minoria, o jogo democrático (e portanto por meio da garantia da liberdade em sociedade) a formulação das normas jurídicas que regularão a conduta humana. Novamente não há lugar, nem mesmo na ciência do direito, para a justificação de um modelo heterônomo de regulação de condutas. Essa é a razão pela qual ao cientista jurídico não caberia zelar por um valor maior, o bem ou a justiça, mas apenas a analise da sua validade.

Pode-se dizer que as normas são validas quando há o consenso, e, portanto se encontram fundamentalmente no âmbito da política, entendida aqui como elemento constitutivo do devir humano:

> "finalmente, también la validez es un fenómeno de consenso. Aceptamos, o no, que lãs normas son dictadas conforme com el procedimiento y por el organo autorizado. Nosotros mismos "autorizamos" al aceptar y obedecer. La aceptación de la validez

> eslo mismo que la eficácia: signo de hegemonia. Esto aparece em Kelsen como la cuestión de la eficácia como condición de la validez. En definitiva, lãs normas son válidas porque son eficaces.Dice tambien decenas de veces, que lãs normas son consideradas válidas cuando son eficaces" (Correas, 1994, p.151)

A política, em particular seu desenvolvimento infraconstitucional[95], é o local do conflito por excelência, e a democracia é o sistema mais propício para que a natureza humana melhor se acomode em sociedade. Desse modo, a política constitui o único meio de garantir que as regras sob as quais o devir se pauta sejam (re)editadas, ainda que indiretamente, pelos próprios sujeitos. Percebe-se então que a liberdade do indivíduo é preservada, como dito anteriormente, na forma de liberdade em sociedade. Já é sabido também que, como forma, um Estado que se configura democrático deve produzir normas que sejam também democráticas. Será papel do cientista do direito julgar, por meio da análise da relação de eficácia e validade da norma, se estas estão ou não de acordo com essa configuração normativa.

3.6. Democracia e direito, uma relação necessária

Feita as considerações acerca da ideia de validade no pensamento político de Kelsen, focaremos no papel do Direito na construção de seu projeto político, particularmente no que tange o pensamento democrático.

Ao longo da obra de Kelsen, há um movimento de positivação crítica[96] dos conceitos que ele utiliza e que culmina com a juridificação do Estado. Por meio desse processo[97] podemos compreender o papel central que a democracia procedimental possui na construção do direito. Podemos também entender porque o direito e o poder são duas faces da

---

[95] Ainda que não somente, conforme vimos ao analisar o texto de (KAYVAS, 2006).

[96] "positivista é aquele que acredita firmemente que o direito não existe *in natura,* não existe na sociedade, portanto não se trata de descobri-lo e revela-lo, mas é sempre a expressão de uma atividade humana consciente (mas também inconsciente), e se trata no máximo de interpretá-lo, tendo presente de todo modo que também a interpretação é, por sua vez, uma obra de criação ou de recriação permanente. (BOBBIO, 2008, p. 125)

[97] Fortemente influenciado por Kant e que pode ser visto principalmente na sua fase europeia.

mesma moeda. Faremos isso com base na introdução de uma perspectiva funcionalista da norma[98], para além da estrutural, amplamente abordada por Kelsen.

A primeira tarefa é esclarecer o *status* que a Teoria pura do direito adquire quando vista a partir de lentes funcionalistas. O intuito de Kelsen nunca foi o de realizar a análise específica de um ordenamento, mas conforme assinalado anteriormente, encontrar a resposta universal para a validade do direito. É isso que o leva a realizar uma meta-ciência e não ciência ─ enquanto análise de um objeto específico por meio do método ─ quando de sua teoria pura do direito. É nesse sentido que seu projeto jurídico pode ser lido como a-histórico e ainda assim ser fruto de uma linha evolutiva que permite dar organicidade seletiva e atribuir julgamento à criação (se nos for possível parafrasear Caetano Veloso) de uma nova ciência. Nova ciência, fenômeno antigo.

A novidade da criação do direito como ciência autônoma é condizente com a sentido da modernidade de universalização das formas, mas também é metro para olhar o passado e observar as variações das técnicas de controle social ao longo da história da humanidade. Não é um acaso que Kelsen não identifique o direito a uma forma especifica de exploração do trabalho, a um modelo de produção específico (poder econômico). Analisar o direito enquanto forma e explorar a essência da forma direito é o que guia Kelsen.

Norberto Bobbio utiliza frequentemente a ideia de que a teoria pura é uma meta-ciência. Tal fato se justifica, pois ao contrario da ciência em si, a meta-ciência deve conter as justificativas teóricas das quais o autor parte para justificar um objeto como científico e assim traz em seu invólucro as filiações filosóficas nas quais o pensador se ancora para pensar uma determinada ciência. É da distinção sobre meta-ciência e ciência do Direito que permite a Bobbio concluir qual a filiação ideológica de Kelsen, e mais importante, contra quem o autor se coloca no debate público. Ademais, é esta distinção que permite isolar a ciência pura do

[98] Por ora, nossa investigação não mostra incompatibilidade entre uma teoria da norma e uma teoria sistêmica da norma em Kelsen. Essa diferenciação todavia, é recorrente em diversos autores.

direito do pensamento meta-científico jurídico do qual Kelsen se filia. É a isso que o autor se refere no trecho :

> "Caso se tenham presentes esses dois alvos, se entenderá porque a Teoria Pura do Direito avança duas pretensões fundamentais: a)ser ciência (e não ideologia); b) ser ciência própria do objeto específico a que se dirige , o Direito (e não objetos diversos, embora afins, como são aqueles estudados pela Sociologia). (BOBBIO, 2008, p. 24)

Tal isolamento do objeto busca a construção de uma ciência pura, mas também prova como errônea a tentativa de chamar de ciência aquilo que, após a importante descoberta de Kelsen pode-se chamar (seguindo o próprio autor) de ideologia:

> "Com a primeira pretensão se põe como a verdadeira ciência (em contraposição à pseudociência dos jusnaturalistas e em gral daqueles que subordinam o estudo do Direito às ideologias políticas). Com segunda, se põe como a única ciência do Direito (em contraponto às ciências afins que tendem a substituir-se à jurisprudência normativa." (BOBBIO, 2008, p. 24)

Com isso não pretendemos deduzir a partir da Teoria pura do Direito uma teoria política. O próprio Kelsen insiste nesse impedimento ao separar direito e política. Como a própria pureza se fundamenta na separação entre norma e valor, esta garante ao sistema jurídico enquanto objeto científico caráter ideológico puro, filosófico injustificado e politicamente indiferente. É ciência do fato, diferentemente portanto da política que se fundamenta na noção mesma de valor, e exige fundamentação filosófica. Validade interna não se confunde com valor, princípio externo à lógica jurídica. Quando analisamos uma comunidade política como autônoma ou heterônoma, estamos tratando por um lado do seu método de produção, mas por outro de um valor social. Ademais, essa separação dos valores políticos da norma só pode se dar se houver identificação entre norma e o conceito de direito (RIZZI, 1990, p.03).

Por meio desta distinção percebemos que Kelsen coloca em cheque duas visões sobre o direito que a seu ver são equivocadas. Misturar momentos diversos do mesmo objeto de conhecimento é empecilho para que a razão se aproxime daquilo que ao homem é viável

estabelecer como verdade (o uso próprio da ciência é a busca pela verdade)[99]. Condena o jusnaturalismo e expõe sua falta de cientificidade como sendo um instrumento à justificação do poder autocrático. Ao mesmo tempo em que condena a sociologia e seu método próprio, a causalidade como impróprios para a análise do direito enquanto ciência autônoma, esclarecendo que a este cabe o método da imputação.

Para responder a pergunta de qual seja a melhor forma de governo, não é possível a Kelsen se reter à uma doutrina científica pura. Ao escolher a democracia como melhor forma de governo, Kelsen escolhe também a liberdade como valor a ser defendido. Ademais, faz uma escolha secundária, a democracia representativa no lugar da democracia direta. (RIZZI,1990, p.05).

Nesse sentido, Kelsen trabalha na esfera metacientífica para interpretar o sentido que uma ciência do direito deve ter, e não faz julgamento valorativo de alguma norma específica. A interpretação da teoria normativa de Kelsen sob o prisma da fonte de legitimidade de produção (portanto do poder) é considerada por Bobbio como inversão necessária para compreender o papel da norma fundamental no arcabouço teórico de uma teoria pura.[100]

Rizzi defende que na prática constitucional que embasa a teoria jurídica de Kelsen existiria, simultaneamente à norma fundamental formal, a norma fundamental material. Esta não seria um pressuposto lógico, mas a própria organização democrática do sistema político,

---

[99] A verdade pensada dentro das premissas relativistas.

[100] "Acrescento que observar a teoria normativa do Direito, não do ponto de vista habitual da norma ou do conjunto das normas, mas daquele do poder de produzir normas, não apenas oferece uma visão mais acabada do sistema kelseniano em seu conjunto, mas conduz a uma compreensão mais correta da função da mesma norma fundamental, o eixo nevrálgico dos intérpretes da teoria pura"(BOBBIO, 2008, p.14)

portanto o Estado de direito e a democracia (RIZZI, 1990, p.06)[101]. Com essa distinção temos que "a suposição da pureza diz respeito ao método, e não ao objeto" (RIZZI, 1990, p.08).

Esse que parece ser apenas um detalhe na compreensão da obra kelseniana, na verdade é a justificativa teórica dentro do relativismo filosófico que permite ao leitor da obra de Kelsen compreender a norma, objeto tão privilegiado na obra do autor, a partir de mais um método de conhecimento Portanto, não há contradição teórica em supor uma dupla metodologia para compreender o mesmo objeto, a saber, a norma fundamental de Kelsen. A dupla face de Janus se mostra uma boa analogia. Ademais, continua a explicar que "a suposição de pureza não tem como condição a indiferença do sujeito que a pratica ao objeto escolhido. não há rigor teórico somente quando nenhuma posição prática é tomada." (RIZZI, 1990, p.08).

A diferença epistemológica encontra-se no fato de que enquanto a TPD se justifica a partir da separação entra ser e dever ser, encontrando-se no plano do dever ser como justificativa do positivismo jurídico, a política democrática se encontra ancorada na noção de uma escolha institucional, está no plano da legitimidade, e não de uma teoria do ordenamento jurídico.

A juridificação do Estado aparece como construção histórica da evolução da teoria jurídica de Kelsen e é a tentativa de identificação do direito com Estado. A teoria pura do direito visa ao cabo "juridificar" o Estado.

Para Rizzi, essa empreitada teórica, consiste em distanciar-se criticamente da ideia de que norma é resultado de ato de vontade, e portanto de que é o Estado a fonte da qual emana e se justifica o direito. Direito positivo e ato de vontade se distanciam, reiterando o

---

[101] Esgotar e preservar o objeto científico em sua complexidade significa antes de tudo traçar os limites de exploração de sua matéria a partir da metodologia própria. É por meio do método que uma ciência permite que se faça a prova e que justifica sua existência autônoma das outras ciências. A imputação é o metro utilizado por Kelsen para justificar o direito como ciência.

papel dos sujeitos políticos ─ veja que essa é a questão da superação de Kelsen em relação ao pensamento alemão de seu tempo ─. Bobbio traduz com precisão o que é e o que faz a ciência jurídica, sendo esta "ao mesmo tempo descritiva e normativa: descritiva no sentido de que não prescreve; normativa no sentido de que aquilo que descreve não são fatos, mas normas, ou seja, é descritiva não do que existe, mas do que deve ser." (BOBBIO, 2008, p. 58). Essa caracterização entrementes não aborda e tampouco exclui pensar o direito enquanto uma técnica social, e, portanto reino da lógica das ações objetivamente direcionadas.

Rizzi atribui à teoria pura do direito o fim de juridificar a ideia de Estado, ou seja, para ele o esforço de Kelsen naquela obra é o de incorporar o Estado à forma Direito. Por meio deste intento Kelsen faz da justificativa de existência do Direito o próprio direito. Este esforço, que data de 1934, tem como justificativa teórica os dilemas de seu tempo, pois através do formalismo, busca retirar da vontade a razão de ser dos sistemas jurídicos, e assim, afastar as teorias do poder com base na vontade, que tanto no campo da esquerda quanto da direita, jusnaturalizavam o direito. A validade da norma, portanto, não é resultante do ato de vontade que a institui, mas sim do respeito formal ao ordenamento.

Como vimos, seguindo a noção cientifica de Kelsen, restam duas possibilidades políticas para guiar um Estado, o autoritarismo e a democracia. Em 1934 este está convencido de que a forma de governo mais compatível com o sistema puro do direito é a democracia.

Bobbio traduz com precisão o que é e o que faz a ciência jurídica, sendo esta "ao mesmo tempo descritiva e normativa: descritiva no sentido de que não prescreve; normativa no sentido de que aquilo que descreve não são fatos, mas normas, ou seja, é descritiva não do que existe, mas do que deve ser." (BOBBIO, 2008, p. 58). Essa caracterização entrementes não aborda e tampouco exclui pensar o direito enquanto uma técnica social, e portanto reino da lógica das ações objetivamente direcionadas.

Pensar nos fundamentos do sistema jurídico como sendo uma criação humana significa dizer que o direito é produzido. Ao mesmo tempo, significa dizer que a ordem normativa fundada na natureza não condiz com a noção de ordenamento jurídico posto que não é a hierarquia de normas, mas um valor que cria um certo tipo de normatividade.

Simultaneamente é admitir o relativismo filosófico que garante a ausência de verdades absolutas no mundo e que preza o acordo entre os homens como a forma mais pacífica e permanente (previsível se preferir), e que impõe ao homem a difícil tarefa social e psicológica de abandonar sua forma infantil e emancipar-se no sentido da autonomia.

A vontade do homem que gera o direito a partir de um ato que somente a si pode ser atribuído (não a um bem maior), aparece então como sendo fruto de um método plural, crítico e reflexionante, que coloca o compromisso entre os homens e a autonomia de cada um deles no cerne da formação da vontade do Estado. A formação do político se torna central posto que é o que garantirá legitimidade ao sistema. É procedimento:

> "O critério segundo o qual é possível distinguir aquilo que é Direito daquilo que não é Direito é, pura e simplesmente, o modo de sua produção: não se faz nenhuma referencia ao conteúdo das normas, mas leva em conta exclusivamente procedimentos pelos quais as normas nascem e morrem" (BOBBIO, 2008, p. 126)

Esta ideia tem grandes consequências no campo da política, pois levanta a bandeira de se há ou não uma forma de governo capaz de adimplir com as necessidades normativas de um sistema jurídico como este. Posto de outra forma, quais seriam os mecanismos políticos de legitimidade que esta forma impõe? [102]

Vale ressaltar que para Kelsen, também a lei individualizada (sentença judicial) é uma produção. Não é apenas a norma geral que é identificada com a ideia de direito, mas também a lei individualizada─ sentença judicial─, na ponta do sistema que perfaz o ordenamento.

Sistema e função se ligam ao se indagar sobre o fundamento do direito. O que os une é a noção de poder. A produção normativa depende disso.

---

[102] Vale assinalar que há certa incompatibilidade entre este modelo positivo do direito e uma tradição consuetudinária do direito. A distinção se dá pois o segundo modelo baseia-se no plano dos factual, sendo uma variação do jusnaturalismo.

3.7. Soberania do Estado e comunidade internacional

Compreendidas a ideia funcionalista que perpassa a noção de ordenamento jurídico dinâmico e as consequências da sua oposição ao sistema estático, passamos a estudar o Estado em perspectiva internacional e a relação entre direito e paz.

O problema da legitimidade de um ordenamento jurídico é, ao mesmo tempo, a questão da soberania em Kelsen. De onde brota o respeito ao ordenamento? O que faz dele ser diferente de outras ordens coercitivas?! Qual a justificativa da democracia ou da autocracia ou da monarquia ou da republica nesse contexto?

Em seu texto *Sobre o problema da soberania*, Kelsen afirma, em contradição com a *Teoria geral do direito e do Estado,* a necessidade de se fundar o Estado de direito na ideia de direito internacional, e fazê-lo com bases kantianas ancoradas na confederação dos povos.

Para Kelsen, mais que a questão da liberdade e da associação entre iguais, que fundaria tanto o Estado nacional quanto o direito internacional, o elo que justifica ambos é a garantia da paz. Ou seja, o direito (tanto interno quanto internacional) teria como principal função a de evitar a guerra tanto entre os homens, quanto entre os Estados.

Para Rizzi, Kelsen identifica na antiga tradição germânica de direito público, a intenção oculta de bloquear a evolução democrática do Estado.[103] Kelsen nota que da concepção de soberania personalista, na qual o soberano pode instituir a norma sem o

[103] Pensar aqui o quanto essa posição teórica dos alemães não estaria ligada à uma tradição da via prussiana, e de como a constituição de Weimar se aproxima e distancia dessa realidade, além da questão econômica, por meio do dispositivo 48 daquela constituição que garantia a soberania via exceção.

consentimento dos seus vassalos, a tradição alemã substituirá com o tempo essa noção, no sentido de antropomorfizar a ideia de Estado, aplicando a noção de competências.[104]

No estado de direito o poder deve ser limitado pelo próprio direito. A força normativa do Estado provém de um qualificante público, por sua vez, a soberania não pode ser tratada como originária do povo ou do imperador. O direito enquanto sistema se perfaz, esgota a si mesmo. Admitir a soberania seria admitir um poder originário externo à criação do próprio direito[105] e que não pode desta maneira apresentar limites enquanto tal. Para isso, da visão voluntarista (e jusnaturalista) de soberania, poder originário, também deve ser incluída na noção de ordenamento jurídico. Portanto a soberania pode ser lida como qualidade do ordenamento jurídico e não do Estado.

Kelsen possui o mérito historiográfico de colocar a ideia de soberania no seu espaço e tempo específicos.

Equivale a dizer que a questão da soberania como poder ilimitado, pensada, especificamente para o príncipe é um atributo da modernidade. Não é a realidade na antiguidade, tampouco é verdade que ela continua a ser pensada no contexto pós-liberal. Em ambos os momentos, a esse poder sempre se coloca limitação, formas de controle.

A questão da razão de estado como valor supremo exclui a origem do direito, e faz a soberania ser apenas uma categoria histórica. Já que a força que normativa absoluta que

---

[104] Para Kant, a guerra advém de uma questão interna mal resolvida. E uma republica que valha o nome deve ser totalmente transparente aos seus membros. A guerra normalmente é um mal de estados autoritários- ver aqui como Kant e Freud se aproximam.

[105] Sobre a questão da soberania em Kelsen ver a pesquisa desenvolvida por Ari Marcelo Solon: "Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão" (SOLON,1997).

legitima o Estado é externa à própria noção de Estado. A legitimidade torna-se própria da pessoa[106] que simboliza a legitimidade deste.

O que significa então a transição da monarquia absoluta para a democracia? Primeiramente, significa compreender que a soberania na tradição alemã é tratada como sendo atributo da pessoa jurídica do Estado. Assim, transição significa em primeiro lugar abolir a noção absoluta de soberania que tinha na figura antropomorfizada[107] do imperador a instituição do direito por meio de sua vontade totalizante sua mais alta representação. Na outra ponta da lança estavam os súditos que apenas receberiam os comandos normativos, contrária à noção de autonomia como princípio democrático.

Ademais, a soberania entendida enquanto poder absoluto implica uma contradição em si mesma, pode-se dizer inclusive que é impossível enquanto tal. Ainda que se assuma que no interior do estado ela assim se realize, no campo internacional há outros atores que advogam a mesma qualidade para si, momento em que ela se frustra.

Da figura antropomorfizada do Estado representada pelo imperador, da pessoa do Estado, Kelsen defende a soberania do ordenamento jurídico (a quase exclusão da ideia de soberania), portanto a identificação do direito com o Estado[108].

---

[106] Neste cenário a soberania passa a ser característica do ordenamento e não mais do Estado, e a noção de soberania moderna se contrapõe à sumu potestas de Bodin, ou Schmitt. É essa distinção da ideia mesmo do que significa uma norma que está no centro do debate.

[107] Qual é o verdadeiro locus da soberania?! Qual sua origem? Tal pergunta que a princípio parece simples comporta em si mesma uma visão de mundo, na qual a maneira como cada um enxerga a si mesmo e vive é moldada. A fonte de legitimidade do poder do mundo de se determinar espaço e tempo. Veja a questão do tempo cíclico na antiguidade, do tempo messiânico católico, etc. Pensar a transição de um momento político para outro, é portanto pensar também o homem delimitado em seu espaço e tempo. O papa e sua soberania divina e terrena, ou o imperador? Todas essas questões que se relacionam com a soberania são de grande importância na evolução da consciência política, assim como a possibilidade de sua extinção enquanto idéia nos coloca diante de um novo evento político. Pensar o uso e o desuso do léxico político é fundamental para a compreensão de um tempo.

[108] Seria errado considerarmos todavia que isso implicaria automaticamente no abandono de qualquer ideia de soberania que fosse pensada em outro espaço-tempo. Kelsen faz um diagnóstico de seu tempo. A soberania moderna, ilimitada, teve utilidade enquanto forma histórica (mutável).

O caminho é o de exclusão da noção de norma como vontade para uma ideia juridificante de ordenamento. A questão do direito deixa de ser a do ato da pessoa física (portanto o ato de força com o qual ele se realizaria para a tradição) e se modifica no sentido de compreender a subordinação de um ator a um ordenamento (Rizzi, 2010, p.44). Assim, ordenamento e soberania se fundem. Legalidade e autoprodução do ordenamento dão o tom ao modelo democrático de governo.

A ideia do Estado como detentor do monopólio do exercício legítimo da força é então revisitada e transformada por Kelsen. A coerção agora é entendida como fator intrínseco à norma, e não mais externo. A coerção como parte componente da norma (intenacorporis) permite à Kelsen negar a construção do político na chave do amigo-inimigo, ao mesmo tempo em que acentua a importância da delegação, ou melhor, da representação como procedimento fundamental na formação autônoma do ordenamento.

No plano das relações internacionais, reafirma a transparência e a legalidade do ordenamento e a real possibilidade da construção da paz perpétua, posto que neles ancora-se o projeto político republicano (legalidade, transparência e segurança jurídica das ações estatais), e, na negação de um pensamento despótico, que por ser o reverso do espírito público, alimenta a guerra ─ conforme Kant.

Legitimidade e poder (direito) são elementos centrais para se pensar historicamente uma doutrina do Estado. A partir dessa construção, pode-se atribuir a paz como a finalidade do positivismo jurídico, que por sua vez, encontra sua negação no direito natural, beligerante por essência.

Se levarmos a sério o projeto kelseniano, o único regime político capaz de corresponder ao projeto da modernidade e o progresso da humanidade é a democracia, já que é a única maneira de plenamente realizar o direito, que por sua vez, se confunde com o Estado.

A crítica à soberania, sua repercussão no pensamento democrático do autor, o pacifismo dos anos 1920 colocam a teoria do Estado Kelsen ─ seu projeto cientificista ─

como marca da ideia de progresso como força motora da história, e da democracia como forma mais elevada de governo para o estágio civilizatório de então.

A autocracia nega o primado kantiano da legalidade enquanto que a negação do primado da vontade é a democracia. Novamente, a forma autocrática aparece como a negação da própria ideia de direito, já que enquanto sistema de valor traz a legitimação apenas de um sujeito, e fere a ideia de igualdade em comunidade. (RIZZI, 2010, p.58) que é fundamento ultimo do direito (tanto interno quanto internacional). Autocracia e democracia aparecem como tipos ideias opostos.

Falta completar a arquitetura de legitimação desse sistema com a norma fundamental. Ela é a resposta para a clássica cisão entre sociedade e Estado.

Novamente Kelsen parece beber na fonte da antiga Grécia, berço da democracia, para formular sua teoria democrática. É como se ele transportasse a polis grega para a modernidade. Nessa transposição, é importante que se diga que o direito se torna autônomo da política exatamente por sua capacidade de auto composição, posto que o modelo político é determinado pela própria atividade jurisdicional (hierárquica). A norma fundamental aparece aqui como pressuposto lógico dessa estrutura que vai além de ser uma "hipótese metodológica" e se torna verdadeira "abertura da possibilidade política da liberdade" (RIZZI, 2010, p.63).

Pode-se criticar Kelsen por ser a influência da ideia de paz na defesa de um ordenamento democrático como um resquício da vertente jus naturalista em seu pensamento, o que ele provavelmente refutaria a partir de uma defesa lógica-racional dessa ideia, fruto de seu neokantianismo.

Com esse arcabouço, a noção subjetiva de direito, fruto da oposição Direito e sociedade, é descartada posto que todo o direito, toda norma, é fruto de uma construção humana objetiva, a partir do pacto efetivado por meio da representação política.

A norma fundamental possui um respaldo utilitarista de primeira ordem, posto que serve para negar que a vontade (seja ela individual ou soberana) seja seu fundamento normativo. A autocomposição normativa fruto da vontade, a ausência de procedimento nesse processo, não gera obrigação já que é inconcebível o *pacto sun servanda* nesses termos. A coercitividade por si só também não seria geradora de direito. Para haver direito, deve-se sair do plano subjetivo e migrar para um contexto relacional, no qual se coloca a possibilidade real de formação de um ordenamento. Assim, o contrato de formação de uma ordem política se configura em ordenamento jurídico objetivo.

Importante notar que Kelsen deixa claro que a norma fundamental é pressuposta. Isso significa que ela não se encontra no mundo do ser, tampouco foi formulada a partir do jogo político. Ela seria apenas uma norma transcendental, pressuposta pela razão. Como tal, é um imperativo da razão. Em Rizzi, ela não possui caráter idealista, ela é um agir, um ato. É ela que dá forma ao ordenamento.

Há uma consciência ética da autodeterminação que perfaz a noção da norma fundamental, e que é a expressão da liberdade em comunidade. É o lado "prático" da norma fundamental. A práxis é pautada então pelo relativismo filosófico, e que é a ponte entre a teoria pura do direito e o pensamento político (democrático) em Kelsen.

A transição do sistema estático para o dinâmico é a chave para compreender a mudança do sentido das formas políticas e seu reflexo na teoria do Estado. O direito natural se vincula à noção estática de direito enquanto construção autoritária do um ordenamento. Incompatível com o progresso cientifico e com a capacidade de autodeterminação dos povos, da legitimação do processo representativo, é contrario à autodeterminação do próprio ordenamento jurídico na sua máxima de conter em si mesmo o dever ser produzido por um ser humano. Assim sendo, a norma fundamental deve ser vista como o comando democrático para a ação dentro do próprio ser democrático.

3.8. A norma fundamental na sua perspectiva democrática

Falamos bastante sobre o modo de produção da norma. Cabe agora pensar a norma como poder jurídico.

Kelsen dialoga com certa razão jurídica que vai além dos seus mestres diretos, e coloca seu pensamento na esteira crítica do racionalismo jurídico. A teoria pura do direito é o ápice desse racionalismo, e da guinada positivista em seu pensamento. A matriz de pensamento que leva nosso autor a adotar tal postura o coloca em direto vínculo com o pensamento moderno, e exige dele que retome projetos inacabados, sabidamente o kantiano. É a partir desse estatuto do conhecimento, conforme abordamos no capítulo II, que ao final será possível relacionar os pensamentos políticos democráticos à obra jurídica de Kelsen.

Assim, num primeiro momento faremos a partir da análise de Goyard-Fabre (2006) um retorno à Kant para então, ancorados na proposta de Kalyvas (2006) de analisar o momento extraordinário pelo qual a norma fundamental se caracteriza, demonstrar a força potencial que a democracia exerce no sistema filosófico de Kelsen em particular na intersecção entre política e direito.

Em outras palavras, se busca as consequências políticas e jurídicas de se pensar o ordenamento estatal na chave de sistema autônomo de normas.

3.8.1. A norma fundamental enquanto categoria ideal e a possibilidade de isolamento do racionalismo jurídico

Kelsen é o pensador do direito que provavelmente levou mais a sério o pensamento e a racionalidade jurídica na chave kantiana em seu tempo e o fez por meio do estudo da escola de Marburgo[109]. Sua grande conquista será a de isolar a norma de qualquer interferência externa e conseguir encerrar a legitimidade do ordenamento nele mesmo. Para

que isso aconteça, a norma passa a ocupar a centralidade da lógica transcendental. Sem ela não seria inteligível conceber o direito enquanto ciência.

Portanto, é apenas no tribunal da razão que se pode compreender a dupla face de Janus que compõe a ideia de norma (fundamental). Por um lado, ela é o alicerce de todo o ordenamento jurídico positivado ─ quer ele seja autocrático ou democrático ─ por outro instituí um dever-fazer no campo da teoria política que será responsável exatamente por possibilitar o desenvolvimento de um dos tipos ideias da política, a autocracia ou a democracia. Através da razão crítica reflexionante será possível demonstrar a primazia da política democrática e representativa enquanto técnica social que permite ao homem preservar maior autonomia em sociedade e consequentemente maior domínio sobre a normatividade a que o cidadão se submeterá. Assim, ele terá mais liberdade em sociedade. Transportada para a realidade interestatal os mesmos princípios que norteiam a democracia local, permitirá a construção do caminho democrático e de paz. Além do já ressaltado, o acordo – pressuposto lógico da democracia ─ garante mais estabilidade jurídica e maior tendência à paz entre os povos.

Do ponto de vista da sua normatividade, o método pelo qual a teoria política se perfaz respeita a noção de dever ser. É a imputação que rege sua racionalidade interna. Ademais, a força normativa da política consiste em sua reflexibilidade, ou seja, na própria capacidade de pensar o pensamento sobre a política. O dever ser da política é que é capaz de transformar norma de conduta em direito. Imanente a si está o comando de um dever-fazer. Essa visão se ancora na definição que Kelsen traz em sua Teoria pura do direito, quando define a sociedade como uma "ordem normativa de conduta humana".[110] A funcionalidade do ordenamento é elemento essencial à sua categorização.

---

[110] "Busca apreender a exigência racional da qual depende a possibilidade organizacional e funcional de toda ordem jurídica concebível em sua normatividade (...) forja por si só suas categorias e seus conceitos" (GOYARD-FABRE, 2006, p.244).

Desde que o método seja respeitado, a pirâmide do direito permanecerá sempre em pé. Seu fundamento está na própria concepção normativa ordenadora, da qual só se faz parte se a norma estiver de acordo com todos os degraus superiores da pirâmide, todo caminho acima, até a constituição positiva.

Por sua vez, a norma fundamental é a ideia da razão que permite, dentro dos parâmetros do kantianismo, que se pense o direito no seu estatuto científico. Isola qualquer resquício de metafísica e acaba com a influência do jus natural sobre o positivismo jurídico. Isso acontece porque a legitimidade de todo o sistema se dá por meio de uma norma que não possui nenhuma relação com a realidade, é uma ideia pura e fundadora do ordenamento. É hipotética, não posta. Ao contrário da constituição, que possui dimensão fática e é positiva, a sua suposição é requisito transcendental de existência e legitimidade da própria constituição, portanto de sua validade. Ao negar a metafísica se coloca também em oposição a visões transcendentes (Deus, Justiça, Bem, etc).

Sua origem não tem a ver com o desejo de um particular ou grupo e não se confunde com o poder constituinte. É uma diretriz metodológica última e encerra o ordenamento sem que este regresse ao infinito. Configura-se como hipótese e assim também não pode ser motivo de objeção ou de prova já que é "o próprio fundamento da possibilidade do direito" (GOYARD-FABRE, 2006, p.249). Categoria a priori que é, mora na razão, na Idéia[111].

Kelsen nunca avançou na construção de uma teoria da norma fundamental para além da sua perspectiva lógica transcendental, o que significa que nunca analisou a norma fundamental e o potencial fundacional (até mesmo constitucional) democrático contido nessa

[111] "A força do criticismo jurídico está em mostrar que as construções estatutárias do direito positivo, longe de se curvarem pura e simplesmente Às contingencias da facticidade histórica, são impregnadas pela função reguladora da normatividade racional" (GOYARD-FABRE, 2006, p.217). "é por ser pensável que o direito é possível, e não o inverso" (GOYARD-FABRE, 2006, p.218).

ideia. Sua perspectiva de separar (e instituir) a ciência do direito da política pode ser explicada a partir da não utilização da teoria compreensiva da norma fundamental.

A norma fundamental é tratada no pensamento de Kelsen como condição (tratamos disso quando relevamos a influencia do método kantiano em Kelsen) e não como objeto próprio do conhecimento (do direito ou da política). Assim, a norma fundamental não poderia ser objeto de estudo da ciência do direito, já que não é norma posta. Sendo ela apenas um pressuposto lógico.

Tanto Kalyvas (2006) quanto Goyrad-Fabre (2006) nos autorizam a concluir, mantendo vivo o espírito crítico kantiano que guia Kelsen, que o estudo da intersecção entre norma e política se dá no pensamento do autor no plano do dever-ser e dever-fazer, que engloba a norma fundamental em seu aspecto supra positivo (extraordinário). A criação e a formação do ordenamento é o caso limite da transformação do poder fático em sistema autônomo de normas, sendo o tipo ideal de sociedade um reflexo dessa opção normativa que uma vez acomodada chama-se constituição; mas que é antes de tudo uma produção humana. É o *locus* teórico no qual a justificativa formal de validade do ordenamento se encontra com a sua forma material (expressa pelo dever-fazer). Neste momento ocorre uma verdadeira simbiose entre política e ordenamento. Foi exatamente deste debate que Kelsen tentou se livrar ao radicalizar a separação entre as ciências.

Ainda que a norma fundamental funcione como um artifício da razão e sem dúvida ela coroa o funcionamento do ordenamento jurídico (ou do Estado – já se falou sobre a identidade direito/Estado). A forma de governo (democracia ou autocracia) só pode ser definida a partir da análise do processo de produção normativa que é definido em termos constitucionais, já que é a constituição que valida o processo legislativo. Por sua vez, fica claro que esse processo decisório do qual derivam as condições políticas para o funcionamento do Estado tem em sua origem na própria política. Desta feita, se o ordenamento corresponde à forma (direito), sua função é a política. As duas faces da mesma moeda se mostram e completam o sentido pleno da ideia de norma. Com isso não se pretende destruir os fundamentos epistemológicos da teia cientificista kelseniana. Apenas evidencia

que ela mesma produz, a partir de sua lógica interna, a defesa da democracia como forma de governo mais adequada às sociedades humanas[112].

A racionalidade política por trás da ideia de norma fica evidente quando, a partir do movimento de juridificação da política, Kelsen escolhe tratar das formas de governo através do binômio democracia e autocracia. Portanto, o procedimento legislativo definirá ou não uma democracia.

A norma fundamental, apesar de implicar num dever-fazer, é uma categoria da ideia e ao contrário da constituição, não é produto da ação humana. Norma hipotética, fonte de toda validade do sistema jurídico, permite a Kelsen, autonomizar o ordenamento jurídico em oposição ao empirismo e ao jus natural. Faz isso ao isolar fatos e subjetividade do ordenamento.

Ainda que vazia/formal ela contém um comando expresso na fórmula dever-fazer por meio da qual permite sua realização. Dessa forma, é possível que institucionalize a constituição e que se crie um Estado. Seu funcionamento dependerá das normas ordinárias, que colocam em movimento a constituição.

Kalyvas (2006) argumenta sobre a importância que Kelsen atribui ao método legislativo ordinário em seus escritos políticos e aponta que apesar do autor não ter tratado dos mesmos temas no plano constitucional, o debate daquilo que ficou conhecido como "cultura política" também deve operar sob a ótica do método legislativo constitucional[113].

Para tal, devemos pensar a autocracia e a democracia a partir do seu método de produção. O racionalismo jurídico kelseniano que coloca em oposição as ideias de sistema

---

[112] A oposição sociedade civil e Estado é abolida.

[113] Vale ressaltar que tal procedimento foi vivenciado pelo autor, conforme abordado anteriormente no caso da constituinte austríaca de 1920 e o processo antecedente de formação da assembleia constitucional. Oportunidade na qual Kelsen saiu em defesa do voto proporcional simples como método mais igualitário para sua realização.

dinâmico e as do sistema estático de normas é o que nos permite afirmar que o direito é um ordenamento dinâmico de normas jurídicas. Este é o passo definitivo da juridificação do Estado.

A pergunta que fica é se há relevância o fato de uma constituição ter sido criada a partir de parâmetros autocráticos ou democráticos. A princípio, Kelsen sugere que esse debate é irrelevante posto que a norma fundamental não contém nenhuma composição fática em seu domínio, é apenas uma ideia da razão. Ademais, uma analise rápida da questão induziria (não sem justificativa) à uma leitura autocrática da norma fundamental.

A primeira razão para isso é que Kelsen defende que a nova constituição é sempre ilegal perante a norma constitucional anterior. Dizer que a fonte constitucional parte da ilegalidade significa dizer que seu conteúdo democrático não só é irrelevante como é incapaz de instituir uma nova constituição. Apenas um ato heterônimo seria capaz de criar uma constituição. Nessa versão, todo projeto político democrático e científico de Kelsen desmorona.

O olhar distanciado permite retirar a névoa imposta pela separação do direito e política e radicalizar o projeto democrático de Kelsen. Demostraremos agora como a heteronomia perde sustentação lógica quando olhamos para o Estado como sistema normativo.

Em primeiro lugar parece-nos evidente que a autocracia depende do plano fático ─ violência real ─ para se instituir, e este fato por si só já o inviabilizaria de criar normas de direito segundo o edifício reflexionante crítico que defendemos anteriormente. Está no cerne do pensamento de Kelsen que é ilegítimo validar uma norma a partir do mundo do ser. Em termos contratualistas, seria como imaginar um pacto constitutivo no qual os súditos ─ sem os quais não haveria a motivação contratual ─ não se submetessem ao acordo (ausência da vontade contratante): o vício é de origem. A força seria o elemento decisivo de subjugação em ambas situações. Já dissemos anteriormente que força não gera direito.

Temos então que mirar o papel da teoria política na estrutura científica kelseniana e perceber que, enquanto ciência social normativa, ela utiliza da mesma metodologia que o direito para que possa ser pensada no tribunal da razão crítica, a imputação. Ao utilizar-se de seu método próprio, percebe-se que o conteúdo normativo dever-fazer também se apresenta como norma da razão no plano da política pensada em seu momento extra-ordinário, momento este que é constitutivo da norma fundamental.

Assim, pode-se considerar que a forma como a constituição é instituída importa tanto quanto o seu funcionamento ordinário. Significa afastar o vício de origem heterônomo da criação das leis constitucionais.

O próprio Kelsen admite que "o fato de que há um ponto terminal da imputação, mas não um ponto terminal da causalidade, se baseia na oposição entre a necessidade, que domina a natureza, e a liberdade que dentro da sociedade existe e é essencial para as relações normativas dos homens" (KELSEN, 2009, p.102). Ademais, "dizer que um homem sujeito a uma ordem moral ou jurídica é "livre" significa que ele é o ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa" (KELSEN, 2009, p.104). Tais afirmações reforçam o papel da liberdade enquanto ideia reguladora das relações sociais e que possui seus limites dados pela imputação. Mais uma vez, o projeto científico de Kelsen é generoso com a noção de democracia.

Sob esta ótica, tanto faz considerarmos a norma fundamental em seu comando normativo dever-fazer (esclarecido por Goyard-Fabre) ou adotar a norma imanente descrita por Kalyvas (2006). Ambas compõem o edifício crítico da razão prática kantiana que Kelsen tenta tanto (re)erguer. Ademais, permite igualmente pensar na política democrática como uma necessidade da razão, que legitima o ordenamento jurídico que constitui o Estado. Com isso, o ato que garante a formulação da constituição pode ser considerado legal, legítimo, respeitando sua auto-regulamentação normativa, e ser autônomo desde a origem.

A própria constituição enquanto ideia da razão guarda em si mesma o dever de ser instituída a partir das ideias de liberdade e autonomia ao prescrever que a ação coletiva paute sua formulação. Não há espaço para a uma teoria heterônoma da constituição simplesmente

por não haver como conceber logicamente o ato de constituir sem participação autônoma e livre. Só assim será respeitada a autodeterminação normativa do ordenamento.

A ideia de participação é elevada por Kalyvas à categoria constitucional central, pois garante a liberdade social ─ que não é concebida tampouco ela de maneira ilimitada. Ele diz: "those who are subject to a constitutional order constitute it". Qualquer norma imposta sem a observância da participação e da inclusão (contidas na força semântica do termo constituir) torna-se "expression of might disguised as right" (KALYVAS, 2006, p.590).

Está mantida a proposta positivista kelseniana e seu espírito crítico reflexionante de inspiração kantiano. Se no plano fático, do ser, a proposição normativa se realiza e se perfaz ou não, é tarefa da sociologia descrever este fenômeno, e para tal pode se valer infinitamente da causalidade enquanto método compreensivo.

Cabe por fim indagar se, após o exposto, não cabe concluir que a heteronomia significa ao fim e ao cabo a falência completa do projeto racional sobre o qual se ancora toda a filosofia do projeto cientificista de Kelsen. A resposta nos parece ser positiva.

3.9. Política do extraordinário e instituições estabelecidas

Outro plano a ser analisado é a consequência da política do extraordinário na política instituída, ou seja, aquele momento político em que já existe uma constituição posta. Nesse sentido, cabe destacar dentro do pensamento de Kelsen o próprio conceito de Estado de Direito e suas implicações formais e substanciais. Segundo Bongiovanni, ele atribui simultaneidade entre o surgimento do direito e da configuração estatal sendo que

> "em relação aos seus princípios formais, o conceito de Estado de Direito define-se no "princípio do necessário fundamento normativo de qualquer poder" e na negação de "poderes autocráticos", ou seja, destituídos de "fundamento normativo" e de "uma atribuição formal de competência". De outro lado o conceito de Rechtsstaat refere-se a uma diversa concepção da dinâmica político-constitucional que sublinha a dimensão pluralista da mesma." (BONGIOVANNI, 2006, p.394).

Ademais, percebe-se que, em linhas gerais, a instituição parlamento (lugar da formação da vontade geral por meio do jogo maioria-minoria) não é a única prezada pelo

autor como qualidade substancial para o funcionamento do Estado de Direito e da própria democracia. Segundo Bongiovanni há uma convivência entre democracia e constitucionalismo, sendo que é do controle constitucional que se dará a possibilidade mesma do pluralismo e, assim, da instituição dos limites da soberania popular (BONGIOVANNI, 2006, p.401). É por esta razão que Kelsen defende a existência de um tribunal constitucional, para que seja feito o controle de constitucionalidade das leis formuladas no parlamento. Esse fato se relaciona diretamente com a compreensão do compromisso e da tolerância na teoria democrática, ou da qualidade de representação na democracia. O controle concentrado de constitucionalidade foi um avanço significativo, ainda mais no contexto do debate das formas de Estado nos anos 1920-30. Em particular, na famosa polêmica que trava com Schmitt sobre quem seria o guardião da constituição, e naquele contexto especifico do próprio sentido da democracia.[114]

Faz-se importante a compreensão de que para Kelsen democracia além de uma forma de governo é a melhor solução para a preservação da autonomia do indivíduo, o que evidencia uma oposição à fórmula schmttiana e, portanto, novamente uma oposição ao que chama de autocracia.

A solução dada por Kelsen ao problema do controle constitucional é de caráter democrático, qual seja, uma corte constitucional independente. Esse modelo constitucional se configura em termos gerais como o mais aceito no mundo ocidental (ainda que em diferentes matizes).

---

[114] O que nos interessa por ora é fazer breve menção ao texto de Racinaro no qual contrapõe a análise que faz do argumento de Schmitt a respeito do guardião da constituição, conforme anunciado previamente, em oposição do sistema democrático kelseniano. Basicamente o que importa reter, em caráter introdutório, é que para Schmitt a decisão do político substitui a norma no estado de exceção, o que configura a negação da discussão, e a concentração do poder político/decisório na figura do ditador. A norma como fruto da autonomia é descartada. Interessante notar que Schmitt funda sua teoria na possibilidade dessa forma normativa se desenvolver a partir da Constituição de Weimar, democrática e parlamentarista, já que apenas o político, legitimado pelo voto direto, seria detentor de legitimidade para tal.

Ao instituir uma ciência pura do direito, o autor busca em verdade evitar que decisões políticas sejam justificadas pelo direito. Nesse sentido, o processo político parece ser valorizado, enquanto o direito aparece em condição de servidão da política. Se ele é puro, o é apenas enquanto ciência, já que seu conteúdo é fruto de decisão política, seja essa democrática ou autocrática. Por essa razão não cabe dizer se uma norma é boa ou não, ela apenas é, como se quis que ela fosse, derivada da política. Sua mudança, portanto, está condicionada à ação política.

Feita a ressalva acima, o que se coloca como o problema das formas de governo em Kelsen é na verdade uma disputa, tanto teórica quanto prática, da implementação de um projeto político maior, ou seja, da defesa de uma forma específica de governo, a democracia. Na visão do autor, a mais adequada ao convívio humano. Nesse sentido, participar da formação normativa, o que se torna possível por meio de um movimento que parte da corrente do relativismo filosófico, é fundamental na visão do autor posto que contém no seu interior o potencial da mudança e da reavaliação constante da norma, da autonomia. De outro lado, a ação humana é esvaziada de sentido quando submetida a uma norma externa e imutável. A autocracia como forma de governo, embasada no absolutismo filosófico, por sua vez legitima o estado das coisas como elas estão, e inviabiliza mudanças com base na real vontade coletiva.

Por fim, notamos a incompatibilidade teórica entre a ideia de sistema estático de normas e sua identificação com a ideia de Estado. O Estado só pode se identificar com o sistema dinâmico, portanto com o ordenamento jurídico fruto da técnica social produtora de normas, autônoma. Nunca não da vontade de um, autocrática.

Considerações finais

Tentamos (re)construir por meio da junção de fragmentos e referências pouco exploradas os caminhos que levaram Kelsen a adotar uma postura intelectual engajada com a democracia. Com isso, buscamos evidenciar que o "Kelsen democrata" é a chave para uma leitura mais fidedigna da empresa teórica deste que, sem dúvida, foi um dos maiores pensadores políticos do século XX.

Após analisar a construção do edifício político, particularmente o político constitucional kelseniano, com ênfase em sua fase europeia, percebe-se certa circularidade argumentativa. Muitas seriam as maneiras de entrada no circuito, mas escolheu-se realizar a aproximação com foco no papel da política vivida e pensada. A circularidade da apresentação é também a do pensamento em movimento.

Assim, no primeiro capítulo buscamos mostrar a trajetória histórico-política que permite ao leitor compreender o protagonismo que Kelsen assumiu ao longo de sua trajetória como intelectual. Na sequência, expusemos o diálogo com a intelectualidade de seu tempo para, enfim, no terceiro capítulo, explorar o potencial crítico e inovador de seu pensamento para a teoria democrática.

Observar o movimento da política nos proporcionou mergulhar na esfera da atuação política (prática e acadêmica) por meio da qual Kelsen participou dos principais debates públicos de seu tempo. O engajamento de Kelsen, sua constante preocupação em atingir a emancipação pacífica do ser humano – não confundir paz com ausência de conflito ─ assim como o encontro das formas direito, Estado e democracia procedimental, nos parece uma grande novidade ainda a ser explorada.

Outro movimento foi o de externar como foi através do dialogo com a tradição que Kelsen concebeu seu projeto democrático, mostrando que seu formalismo deve ser lido numa chave funcional, e não como fim em si mesmo. Sem a virada epistemológica que prioriza a interpretação da obra de Kelsen a partir de seus escritos políticos, particularmente da *Essência e valor da democracia* como pedra angular na construção de seu pensamento, não

se poderia compreender a complexidade que o direito enquanto técnica social de coesão pacífica assume no pensamento político, e na sua cosmovisão de mundo.

Apontamos a seguir alguns dos achados mais importantes dessa pesquisa: a justificativa da liberdade em sociedade como apaziguadora da guerra de todos contra todos; a crítica ao liberalismo liberal e inserção de seu pensamento no liberalismo democrático; a negação da ausência de impedimento, liberdade negativa, como fundamento da democracia, e a subsequente adoção de uma técnica social de construção normativo-jurídica que coloca a política como centro da preocupação do homem (entendido aqui como sujeito dotado de autonomia) que vive em comunidade. Porém, esses achados ainda precisam ser longamente explorados, particularmente porque, ao contrário de autores totalizantes, a concepção democrática relativista de Kelsen nos ensina que a construção do sujeito cognoscente não cabe na norma jurídica.

Finalmente, cabe destacar que intuitivamente ou não, a experiência constitucional vivida por Kelsen durante o processo constitucional austríaco perfaz com exatidão o caminho constitucional democrático interpretativo que aqui foi proposto como chave de leitura do projeto científico do autor. Coincidência ou não, parece algo relevante do ponto de vista da autonomia relativa das ideias.

Finalmente, ao expor a primazia da política sobre a concepção normativa em Kelsen, pretendemos ter contribuído para uma releitura das obras do autor a fim de compreendê-la na melhor tradição das grandes sistematizações do século XX. Parece-nos que poucos autores trabalharam com a profundidade de Kelsen a questão do poder na chave do conflito, e do acordo como acomodação deste no consenso. Este caminho passa por pensar o indivíduo, sua formação, estilo de vida ─ Kelsen diria visão de mundo ─, sua subjetivação, migrando para as questões estruturais e mostrando a interação entre esses elementos. Essa é uma extensa agenda de pesquisa que se abre e que merece ser estudada em profundidade para fazer jus ao edifício teórico de Kelsen.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Cícero. *Representação, teatro e drama*. Lua Nova, nº 67,São Paulo,2006.

ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Companhia da Letras ,São Paulo,2011.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Companhia das Letras,São Paulo,2012.

BELLER, Steven. *A Concise History of AUSTRIA*. Cambridge University Press, 2009.

BENJAMIN, Walter.*O anjo da história.* Autêntica Editora, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BONGIOVANNI, Giorgio. *Estado de Direito e justiça constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920*. In. *O Estado de Direito. História, teoria, crítica.* Editora Martins Fontes, 2006.

CASSIRER, Ernest. *O Mito do Estado*. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1976.

CARRINO, Antonio. Weber y la sociologia del derecho en la crítica de Kelsen. Revista Crítica Jurídica Nº 27/2009. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/27/ana/ana14.pdf. Consultado em 17/03/2014.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas.* 13ª edição. São Paulo:Cortez, 2011.

CORREAS, Óscar (Org.). *El outro Kelsen.* México: Universidad Nacional Autónoma de México,1989.

CORREAS, Óscar. *Kelsen y los marxistas.* Ed.Coyocán, 1994.

CORREAS, Óscar. *Kelsen y ¿El pluralismo jurídico¿* In Crítica Juridica nº32, p-47-56.

Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/32/art/art4.pdf.

FERNANDES, Florestan. *Mudanças sociais no Brasil.* Editora Global, São Paulo, 2008.

FRIEDRICH,Carl J.*Perspectiva histórica da filosofia do direito*.Rio de Janeiro.1965

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Martins Fontes, São Paulo, 2003.

_____.*Filosofia crítica e razão jurídica.* Martins Fontes, São Paulo, 2006.

HERRERA, Carlos Miguel. *Kelsen y el socialismo reformista*. Revista de Estudos políticos (Nueva Epoca). Numero 96, Abril- Junho, 1997.

HOBBES, Thomas.***Leviatã,*** 2003. Martins Fontes:São Paulo

KALYVAS, Andreas.*The Basic Norm and Democracy in Hans Kelsen's legal and political theory.*In: *Philosophy Social Criticism*.2006.: 32: 573.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo:Editora Martins Fontes,2009.

_____.*A Democracia.* São Paulo:Editora Martins Fontes,2000.

_____.*Teoria geral do direito e do Estado.* Editora Martins Fontes, 2005.

_____.*Socialismo y Estado.* Siglo Veintiuno Editores,1982.

_____.*Jurisdição constitucional* .Editora Martins Fontes,2007.

_____. *A paz pelo direito.* Editora Martins Fontes,2011.

LAGI, Sara. *EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE HANS KELSEN (1911-1920) Los Orígenes de De la esencia y valor de la democracia.* Editorial Biblioteca Nueva, S.L, Madrid, 2007.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*.Rio de Janeiro:Editora Zahar. 1976

MAUNAÏN,P.H.*La penseé politique de Hans Kelsen* Caen:Cahiers de Philosofhie Politique,1991.

MEIER, Christian. *The Greek Discovery of Politics*. England,Harvard University Press.1990.

MÉTALL, Rudolf Aladár. *Hans Kelsen vida y obra.* Ediciones Cotoacán S.A. de C.V., 2009.

NEUMANN,Franz.*Estado Democratico e Estado Autoritário*.Zahar Editores,Rio de Janeiro,1969.

OUELBANI, Mélika. *O círculo de Viena.* Parábola Editorial, 2009.

PAULSON, Stanley L.. *La alternativa Kantiana de Kelsen: una critica.* Doxa. N. 09 (1991). ISSN 0214-8876, pp. 173-187

PECORA, Gaetano. *La democrazia di Hans Kelsen: uma analisi critica.* Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

PITKIN,Hanna Fenichel. *Representação: Palavras,Instituições e Idéias.* In:Lua Nova, n67,São Paulo,2006

POCOCK, J.G.A.*Linguagens do ideário político.*São Paulo:Editora USP,2003.

RILKE, Rainer Maria. *Poemas*. Companhia das letras, 2013.

RIZZI, Lino, *Legittimità e democrazia*. Giuffrè Editore, Milano, 1990.

ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político.* Alameda, 2010.

RUDOLF,Aládar Métall. Hans Kelsen. Vida y Obra. Universidad Nacional Autónoma de México. 1976 disponível em:http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1633

SCHMITT,Carl. *Catolicismo y forma política*.Trad. de C. R.Miguel.Madri:Tecnos,2000

_____. *O conceito do político.* Editora Vozes, 1992.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras,1995.

SILVEIRA,DanielBarileda. *Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas*.2006: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782006000200012&lang=pt

SOLON, Ari Marcelo. *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão.* Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

URBINATI, Nadia. *Representative Democracy: Principles And Genealogy*. Chicago: Univ. of Chicago, 2008.

URBINATI,Nadia.*O que torna a representação democrática?*Apresentado no Encontro Anual da American Political Science Association (Apsa), Washington (EUA), setembro de2005. Tradução de Mauro Soares. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67.pdf.

VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formacion del sistema europeo de control de constitucionalidade (1918-1939).* Centro de estúdios constitucionales. Madrid, 1987.

Anexo I: A essência e o valor da democracia revisitada

O presente texto foi construído a partir de uma leitura pormenorizada da obra *Essência e valor da democracia*. Escolhemos manter a mesma sequência dos capítulos da obra de Kelsen, explorando os principais elementos que cada um apresenta na construção do seu projeto democrático. Simultaneamente, buscamos destacar o percurso de sedimentação dos conceitos que ele utiliza, assim como alguns dos debates latentes a partir de suas formulações. Espécie de resumo comentado, este texto busca situar o leitor na complexa teia que envolve o pensamento democrático de Kelsen.

Compartilhamos do incomodo à má leitura realizada da obra de Kelsen e que ignora o real sentido político de seus escritos de que fala Giacomo Gavazzi, autor da introdução da coletânea de textos kelseniano *A democracia*. Diz ele: "A injustiça em relação a Kelsen foi, portanto, dupla: por um lado, para com Kelsen da *Reine Rechtslehre*, lido como o santo protetor de qualquer sistema político; por outro, para com o Kelsen teórico da democracia, que foi substancialmente ignorado" (Kelsen, 2000, p. 5) Ademais, o uso indiscriminado do texto de Kelsen não é justificável no caso italiano posto que já em 1933 o cerne de sua teoria já havia sido traduzido.

Compartilha-se do diagnóstico de Gavazzi sobre a consolidação do pensamento político de Kelsen ser expressa por sua *Essência e valor da democracia*, obra esta que será o núcleo duro das considerações do autor sobre o tema da política.[115]

Enquanto pensador da política, Kelsen trabalha na chave da síntese dialética de dois tipos ideais em forma bruta, a autonomia e a heteronomia. A primeira é lida na fórmula liberal clássica como ausência de impedimentos, ou como gosta Kelsen, liberdade anárquica.

[115] Diversos foram os diálogos travados por Kelsen ao longo de sua trajetória intelectual. O presente trabalho busca lançar luz acerca da importância de se concatenar os diferentes interesses de Kelsen, com o proposito de elevar sua obra ao patamar crítico em que verdadeiramente se encontra. Esgotá-los seria impossível, mas cabe anunciar que seria de grande interesse contrapor o pensamento partidário kelseniano com aquele de seu contemporâneo Robert Michels.

A segunda é tida como coerção externa. Para Kelsen, estipulada a necessidade de coesão social deve-se afastar-se tanto de um modelo quando do outro e buscar a liberdade em sociedade, própria da democracia. Passemos agora a analisar os principais capítulos desta obra.

Prefácio (1929)

O prefácio de Kelsen começa ressaltando a presença do vocábulo "democracia" no desenrolar das reformas burguesas de 1978 e 1848, fundamentais na história política europeia. Contudo, o efeito do uso constante do vernáculo em discursos dos mais variados espectros políticos acarretou que este fosse jogado ao lugar comum das ideias vagas, e que como costuma acontecer, servir à todos é também servir ninguém. Realiza então um diagnóstico crítico do uso indiscriminado da palavra (mas que é uma ideia – atualmente fala-se "instituição") e considera que esse Estado de coisas não pode permanecer após o fim da I Guerra. A preocupação com as novas formas de tirania, não apenas a monárquica é o motor desse argumento[116].

Alvo direto dessa crítica é o partido comunista, mas o autor já antecipa os movimentos fascistas, principalmente o italiano. O tema das massas é o pano de fundo da discussão.

Retomar o sentido exato da palavra democracia, pensar o que é essencial à forma, à democracia enquanto técnica social é o cerne desse projeto político que pretende diferenciar democracia e autocracia enquanto modelos ideais. Encontrar aqueles elementos sem os quais se perde a referência teórica destes dois conceitos é um momento necessário para que então seja possível projetar no plano do realismo político qual a democracia possível, ou qual a tirania existente (já que na realidade fática, não há governo que tenha uma forma pura).

---

[116] O autor está pensando particularmente na tirania partidária, tanto de esquerda quanto de direita.

Capítulo 1: A liberdade

Elemento indissociável da noção de democracia para Kelsen é a ideia de liberdade. A opção de vida em sociedade opera uma mudança qualitativa na noção de liberdade já que se coloca a necessidade de se construir um regime que direcione as relações entre os homens. Fala-se então da necessidade de um poder regulador, que seja capaz de atribuir coesão ao grupo social. A liberdade natural, aquela que pressupõe ausência de impedimentos se opõe à existência do social. Kelsen, parte do principio que a autonomia dos sujeitos deve ser preservada, e concebe a liberdade em sociedade (liberdade política) como sendo qualitativamente diferente da liberdade natural. A liberdade natural é típica do sistema causal, e responde às leis causais (dos ser), enquanto a liberdade social, conhecida como norma opera numa lógica sistemática diversa, e assume a ideia de que é livre aquele individuo que se submete sim, não à vontade alheia, mas à própria.[117]

---

[117] A partir dessa oposição que fica clara no excerto abaixo, já se pode inferir que se o fundamento do direito natural e também da autocracia está nas leis da natureza, e portanto seguem a lógica (método) da causalidade, das relações de fato, a ideia de poder correspondente à esses fenômenos é a de poder de fato. Por outro lado a ideia de direito positivo está associada à de norma, construída socialmente e que instituí o dever ser como metodologia de controle social do poder, e portanto a categoria da imputação substitui o poder de fato pelo poder enquanto sanção possível de ser aplicada no mundo do ser caso haja correspondência entre a norma prescrita e o fato. A norma se opõe à natureza assim como a vontade se opõe ao acordo. Lê-se: "Se a idéia de liberdade pode tornar-se um princípio dessa organização social – de que antes era negação – e finalmente um princípio de organização estatal, isso só possível através de uma mudança de significado. A negação absoluta de qualquer vínculo social em geral, e, portanto do Estado em particular, leva ao reconhecimento de uma forma especial desse vínculo, a democracia, que, com seu contrário dialético, a autocracia, representa todas as formas possíveis do Estado, aliás, da sociedade em geral.
Deve-se haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-los por nós mesmos. A liberdade natural transforma-se me liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia. Com isso apresenta-se a antítese de princípio das formas políticas e sociais.
Em termos de teoria do conhecimento, se a sociedade deve existir como sistema distinto da natureza, ao lado da legalidade natural deve existir uma legalidade social específica. A norma acaba por se opor à lei causal. Do ponto de vista da natureza, liberdade significa, originalmente, negação da legalidade natural ou causal (livre-arbítrio). "Volta à natureza" (ou à "liberdade natural") significa apenas "libertação dos vínculos sociais". A ascensão à sociedade (ou à liberdade social) significa "libertação da legalidade natural". Esta contradição resolve-se apenas quando a "liberdade" se torna a expressão de uma legalidade específica, ou seja, da legalidade social (equivale a dizer ético-política e jurídico-estatal), quando a antítese da natureza e sociedade se torna a expressão de duas legalidades diferentes e, portanto, de dois modelos diferentes de consideração.
À liberdade concebida como autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado, em suma, à antiga idéia de liberdade costuma-se contrapor a liberdade

A particularidade deste pensamento é que a liberdade em sociedade, e não a igualdade é o centro gravitacional dos regimes políticos e portanto, das formas de Estado. Essa inversão da lógica contratualista hobbesiana é mais um elemento de distanciamento da lógica da força bruta como elemento de coesão social (já que em Hobbes a possibilidade da morte violenta inclusive do mais forte é uma constante).

Nesse movimento de oposição entre a liberdade (germânica) e a sociedade, a liberdade em sociedade coloca-se não mais em oposição à sociedade, mas ao domínio tirânico. Autonomia e heteronomia formam o novo binômio central que é traduzido politica e respectivamente pela oposição entre democracia e autocracia.

O abandono da igualdade como justificativa da democracia acontece porque abre caminho para tirania da maioria. A ideia de igualdade aparece em Kelsen como defensora, garantidora, da ideia de liberdade. Ela passa então a preservar a vontade, que é potencialmente cambiável para todos em sociedade.

Com a liberdade como valor essencial da democracia o outro não é mais visto como inimigo, mas como alguém que assim como eu pode mudar de opinião e demandar que essa mudança seja realizada objetivamente, caso seja coletivamente viável esse entendimento. O ordenamento como construção social surge em consonância com essa ressignificação da liberdade e igualdade em democracia.[118]

---

dos germanos, para os quais liberdade queira dizer ausência de qualquer domínio, de qualquer Estado." (Kelsen, 2000, pp. 28-9)
Cabe ressaltar, por fim, que parece que o próprio Kelsen falha ao não perceber que a autocracia é a negação ideal de qualquer vínculo social, já que em ultima instancia o poder de que faz valer é o poder de fato, não aquele que perfaz a ideia mesma de norma. Efeito necessário é o de não se poder falar em direito, tampouco de Estado no caso dos absolutismos, apenas em vontade e força bruta. Ele cometeria o erro de cair no viço do uso tradicional da ideia de "direito" natural quando na verdade a justificativa final dessa forma reguladora não é sistêmica, mas fática.

[118] Pode-se argumentar que a inversão realizada por Kelsen, do abandono da ideia totalizadora de liberdade (portanto da autocracia) coloca, em termos freudianos, a democracia como espaço de acomodação da libido.

Além de ressignificar liberdade e igualdade, Kelsen precisa distanciar o pensamento democrático do pensamento liberal. Ainda que no plano do discurso o segundo use o primeiro, a democracia é uma ideia autônoma e pode inclusive minar o ideal liberal (clássico). Assim,

> "A transformação do conceito de liberdade, que, da idéia de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado, assinala atualmente a separação entre democracia e liberalismo. O ideal democrático, se é considerado satisfeito na medida em que os indivíduos submetidos à ordem do Estado participam da criação dessa mesma ordem, é independente do grau que essa ordem do Estado abrange os indivíduos que a criam, o que equivale a dizer independentemente do grau ao qual reduz a "liberdade" deles. Mesmo que o alcance do poder do Estado sobre o indivíduo fosse ilimitado, caso em que, portanto, a "liberdade" individual seria completamente aniquilada e o ideal liberal negado, ainda assim seria possível a democracia, contanto que tal poder estatal fosse criado pelos indivíduos a ele submetidos. E a história ensina que o poder democrático nõa tende a expandir-se menos que o autocrático. (Kelsen, 2000, p. 32)

Não surpreende que neste sistema vontade individual e a vontade expressa na ordem estatal[119] possam ser conflitantes. Kelsen apresenta este movimento como normal e acrescenta que

> "num Estado democrático, onde esta discordância é reduzida a um mínimo aproximativo, verifica-se uma nova transformação de liberdade política. A liberdade do indivíduo, a qual, em ultima análise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano." (Kelsen, 2000, p. 33)

Como desdobramento da mudança da ideia de liberdade, os homens transfiguram a noção de agência e poder para a entidade mística do Estado, ou no caso da autocracia, de um homem (divinizado).

> O protesto contra o domínio exercido por alguém semelhante a nós leva, na consciência política, a um deslocamento do sujeito do domínio – domínio esse inevitável mesmo em regime democrático ─, ou seja, à formação da pessoa anônima do Estado. O *imperium* parte dessa pessoa anônima, e não do indivíduo como tal (Kelsen, 2000, p. 33).

---

[119] Usa-se vontade estatal para não se confundir com a coletiva que ainda não passou pelos procedimentos formais que a tornam vontade objetiva, ordenamento.

E ademais conclui que essa enganosa transfiguração mística (fictícia) da ideia da pessoa do Estado como detentora do poder, é ludibriadora do real sentido da liberdade. Por isso é sintomático que ele termine o capítulo dedicado à liberdade com as seguintes palavras:

> "o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, ao ser obrigado a obedecer ele está sendo obrigado a ser livre. Mais que um paradoxo, é um símbolo da democracia o fato de, na República de Gênova, nas portas das prisões e nas correntes, às quais eram presos os escravos nas galeras, estar escrita a palavra "Libertas"". (Kelsen, 2000, p. 34)

Com tal exemplo Kelsen não só elimina a dicotomia sociedade versus Estado, de tamanha importância particularmente para a tradição alemã, como também escancara o fato de que o conteúdo da democracia pode ser altamente manipulado – o uso indiscriminado da palavra ─ se esta não for aberta até suas entranhas e sua essência ficar aparente[120].

Outrossim, cabe indagar a partir de Kelsen sobre o tema da natureza do poder que regula a relação entre os homens, preconizada pela oposição entre liberdade natural e liberdade social/política. A natureza do poder se relacionamento diretamente com a maneira pela qual este poder é produzido. Esta elucidação se encontra melhor explanada quando Kelsen trata do tema dos fundamentos filosóficos do absolutismo e do relativismo. "A consequência inevitável do absolutismo filosófico é a personificação do absoluto, sua representação como o criador onipotente do universo cuja vontade é a lei da natureza assim como do homem." (Kelsen, 2000, p. 348). Em contrapartida,

> "O relativismo filosófico evita deliberadamente o tanto o solipsismo quanto o pluralismo. Considerando, como verdadeiro relativismo, a mútua relação entre os vários sujeitosdo 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 nas mentes 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. Do ponto de vista do

[120] Kelsen insiste sempre que trata do domínio (outra maneira de tratar a questão do poder), ser sempre humano: "Aqui o véu da personificação do Estado cobre o fato, insuportável para a sensibilidade democrática, do domínio do homem pelo homem. A personificação do Estado torna-se a base da teoria do direito público contemporâneo, tem suas raízes nessa ideologia da democracia." (Kelsen, 2000, p. 33)

> absolutismo filosófico, por outro lado, não é essencial a igualdade dos sujeitos; é, pelo contrário, a sua desigualdade fundamental em relação com o ser absoluto e supremo" (Kelsen, 2000, p. 349)

Novamente a liberdade em sociedade aparece como forma de evitar o solipsismo (ego como única realidade existente), o pluralismo levado às ultimas consequências (tudo e nada convergem) e percebe-se com clareza qual o papel regulador da igualdade neste sistema filosófico e político. [121]

Capítulo II: O povo

Considerando o movimento existente entre ideia e experiência, Kelsen foca sua investigação na realização do ideal democrático. Tendo como eixo a liberdade em sociedade, ele procura pelos dentes da engrenagem sem os quais esse mecanismo girará em falso.

Um deles é a ideia de povo[122]. Para Kelsen, o conceito não ideológico (tampouco dependente dos fatos sensíveis) de povo, independente de "posições nacionais, religiosas e econômicas" (Kelsen, 2000, p. 33) é a compreensão de que povo é uma unidade normativa resultante de um dado jurídico. É povo quem o ordenamento jurídico disser. Mais ainda, povo é um conjunto de atos designado pelo Estado enquanto tal, já que o sujeito é maior do que sua participação na coletividade[123]. Para ele o Estado, principalmente o democrático,

---

[121] Esta passagem coloca a nosso ver um amplo projeto de pesquisa no horizonte dos estudos sobre a obra de Kelsen. Desconheço até aqui que Kelsen condicione a noção de direito com a forma democrática. Parece-nos porém, que uma investigação cuidadosa de seu pensamento político leva à identificação do fenômeno do ordenamento jurídico estatal positivo, com a ideia formal de democracia, entendida como o poder de se criar as normas pelas quais se será governado. Um sistema de normas que tenha como fonte o poder autocrático não parece obedecer os pré-requisitos de uma norma jurídica positiva, portanto impossível de ser identificada com o fenômeno estatal (objetivo) e assim, ficar condicionada ao mundo do ser. A natureza da legalidade de ambos sistemas é diversa.

[122] "a democracia, no plano da ideia, é a forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo." (Kelsen, 2000, p. 35)

[123] "O "povo" não é – ao contrário do que se concebe ingenuamente – um conjunto, um conglomerado, por assim dizer, de indivíduos mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado. Na realidade o individuo não pertence como um todo à coletividade, ou seja, com todas as suas funções e com todas as diferentes tendências de sua vida psíquica e física. Não pertence nem mesmo à coletividade que exerce o poder mais forte sobre ele, o Estado; menos ainda a um Estado cuja forma de organização é determinada pela liberdade. A ordem do Estado sempre abrange apenas manifestações muito determinadas da

nunca será totalizante no sentido de capturar para si todas as funções mentais e físicas de um homem. Algo da liberdade humana sempre prevalecerá (nem que seja a capacidade de desobediência civil). São sujeitos de poder aqueles homens, "somente na medida em que participam da criação da ordem estatal" (Kelsen, 2000, p. 37).

Há, portanto, a fração do povo que participa da criação do povo, e que detêm direitos políticos e aqueles que são objeto desse poder. Essas duas categorias diferentes não podem ser ignoradas se o objetivo é o funcionamento adequado da democracia.

Perseguindo o objetivo de cotejar a relação entre ideia e experiência, Kelsen avança elencando preocupações fundamentais para a ciência política contemporânea. O grande destaque é sua aguçada percepção da importância dos partidos políticos como essências à democracia representativa, além, é claro, de sua defesa da representação política como garantia do relativismo filosófico e da participação política (partidária ou por mecanismos de participação direta) como chave da democracia. Ele questiona ademais sobre a vontade, seja ela individual (voto) ou a geral (legislação), a manipulação das massas, a organização partidária, sobre a burocracia e a elite partidária. Todos esses elementos sob a ótica da constituição[124]. À sua maneira, a tentativa é de racionalizar a compreensão acerca dos procedimentos políticos (democráticos) já nos idos de 1919-20[125].

---

vida do indivíduo. Uma parte maior ou menor da vida humana sempre escapa, necessariamente a essa ordem, enquanto existe uma certa esfera em que o indivíduo é livre do Estado. Por isso é uma ficção considerar como um conjunto de indivíduos a unidade de uma multiplicidade de atos individuais – unidade que consitui a ordem jurídica -, qualificando-a como "povo", e estimular assim a ilusão de que esses indivíduos constituem o povo com todo o seu ser, ao passo que estes pertencem a ele apenas através de alguns de seus atos que são protegidos e ordenados pela ordem estatal. Essa ilusão é demolida por Nietzche em *Assim falou Zaratustra*, ao dizer do novo ídolo: "O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: 'Eu, o Estado, sou o povo.'" (Kelsen, 2000, pp. 36-7)

[124] "Uma vez que o "povo", que representa o substrato da ideia de democracia, é 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 influencia 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. Investigação semelhante coloca-nos diante da realidade de um dos elementos mais importantes da democracia real: os partidos políticos, que

Ele atribui aos partidos a função de organizar e reunir parcela ativa do povo, de maneira à orientar as ações dos homens públicos na formação da vontade estatal, sendo este fenômeno decorrente da racionalização do poder, processo típico da democratização do Estado moderno.

Em resposta as vozes contrárias à existência dos partidos políticos posto que estes representariam grupos de interesses (porém não grupos profissionais, orgânicos ao corpo social/estatal) que não falariam pelo conjunto do povo, Kelsen não só critica a ideia de organicidade do Estado, como ressalta, em defesa da democracia partidária que:

> "Dada a oposição de interesses, que é da experiência e que aqui é inevitável, a vontade geral, se não deve exprimir exclusivamente o interesse de um único grupo, só pode ser a resultante, a conciliação entre os interesses opostos. A formação do povo em partidos políticos na realidade 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[126]. A hostilidade à formação dos partidos e, portanto, em ultima análise, à democracia, serve – consciente ou inconscientemente – a forças políticas que visam ao domínio absoluto dos interesses de um só grupo e que, na mesma medida em que não estão dispostas a levar em conta os interesses opostos, procuram dissimular a verdadeira natureza dos interesses que defendem, sob a qualificação de interesse coletivo "orgânico", "verdadeiro", "bem-intencionado". A democracia, exatamente por querer que, neste Estado de partidos, a vontade geral seja apenas a resultante da vontade dos próprios partidos, pode renunciar à ficção de uma vontade geral "orgânica" superior aos partidos." (Kelsen, 2000, p. 41).

---

agrupam os homens de mesma opinião, para lhes garantir influência efetiva sobre a gestão dos negócios públicos. Esses argumentos sociais têm ainda, na maioria das vezes, um caráter amorfo; apresentam-se na forma frouxa de associação livre ou, frequentemente, sem nenhuma forma jurídica. E, no entanto, uma parte essencial da formação da vontade geral se realiza neles, parte muito essencial cuja preparação decide sua orientação ulterior: os impulsos provenientes dos partidos políticos são como numerosas fontes subterrâneas que alimentam um rio que só sai à superfície na assembleia popular ou no parlamento, para depois correr em leito único do lado de cá. A moderna democracia funda-se inteiramente nos partidos políticos, cuja importância será tanto maior quanto maior for a aplicação encontrada pelo princípio democrático. Em consequência dessa circustancia, é possível conceber as tendências – até agora débeis – a dar uma base constitucional aos partidos políticos, a dar-lhes um estatuto jurídico que corresponda ao papel que exercem há muito tempo na prática: o de órgãos de formação da vontade do Estado." (Kelsen, 2000, p. 39)

[125] Parece que Kelsen ora trabalha com o que chamamos hoje de cultura política, ora sua preocupação é institucional (levando em conta que ideias são instituições e que elas moldam comportamentos), ora se preocupa com o que ficou conhecido como teoria das organizações.

126 Veja a importância que Kelsen atribui ao sistema partidário como garantidor de maior grau de representatividade política e também a estabilidade gerada por um regime que tende à uma linha média por meio da paz.

Fica claro que para Kelsen a vontade geral é fruto do acordo entre os partidos[127], e esse elemento, o de conciliação tendencial contrária aos extremos, é característica marcante do jogo democrático que funcionará na arena parlamentar. Por isso mesmo ele ressalta que "se a constituição consagra a existência dos partidos políticos, torna-se também possível democratizar, nesta esfera, a formação da vontade geral" (Kelsen, 2000, p. 42).

Capítulo III: O parlamento

Consiste com a matriz filosófica kantiana, Kelsen persegue a diferenciação dos objetos do conhecimento para então conceitualizá-los. Não seria diferente quando trata do paralelo entre parlamentarismo e democracia. Apesar de relacionados intimamente, pois se trata de outra importante engrenagem que permite o funcionamento da forma democrática, Kelsen os diferencia.

Já falamos que a democracia é relacionada à autonomia. O parlamentarismo por sua vez é caracterizado por Kelsen como: "a formação da vontade diretiva do Estado através de um órgão colegial eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igualitário, vale dizer democrático, segundo o princípio da maioria" (Kelsen, 2000, p. 46)

Ao caracterizar o parlamento como órgão democrático, Kelsen mira principalmente o domínio do monarca sobre o parlamento, e o desvio de sua função igualitária[128]. Ele busca elucidar que para que a ideia de democracia exista, ela pressupões a

---

127 Participação indireta é privilegiada nesse sistema, o que não significa que não possa ter espaço para a direta. Sobre isso Kelsen diz: "a ordem social é realmente criada pela decisão da maioria dos titulares dos direitos políticos, que exercem seu direito na assembleia do povo. 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 do voto. De todos os elementos até agora considerados que limitam a ideia de liberdade e, com ela, a de democracia, o parlamentarismo é talvez o mais importante. É o elemento que precisaremos compreender antes de mais nada, se quisermos captar a essência real dos grupos sociais hoje considerados democracias." (Kelsen, 2000, p. 43). É como se ele nos dissesse a todo o momento que as instituições importam na construção da sociedade.

128 Sobre o tema ver a influência da experiência política austríaca no pensamento de Kelsen no capítulo I do presente texto

forma de funcionamento da democracia também respeite os princípios formais que a configuram. Para Kelsen, a sobreposição entre parlamento e democracia uma vez perfeitos, dão a segurança formal para que estes não se degenerem em modelos mais autoritários, coo é o caso, a seu ver, do presidencialismo. Sobre essa característica lemos: "se conseguirmos familiarizar-nos com as ideias que determinam o sistema parlamentar, perceberemos que a ideia aqui dominante é a da autonomia democrática, portanto a da liberdade" (Kelsen, 2000, p. 46).

Kelsen descreve que a mutação da forma bruta da liberdade para a liberdade política deve sofrer ainda mais uma mutação devido a divisão de trabalho (diferenciação social do estado moderno) e assumir a forma representativa (ainda que a exclusividade desse modelo não seja em momento algum defendida como necessária pelo autor).

Em suas palavras: "o parlamentarismo apresenta-se, então, como uma conciliação entre a exigência democrática de liberdade e o princípio da distribuição do trabalho – causa de diferenciação e condicionante de qualquer progresso técnico-social." (Kelsen, 2000, p. 47).

O direito enquanto técnica social específica surgirá a partir da formação da vontade geral decidida na arena parlamentar. Num cenário democrático, Kelsen repele a ideia do mandado imperativo, no qual a voz em parlamento deve ser exatamente a mesma desejada pelos eleitores. Na democracia, a necessidade do acordo e de uma representação em sentido amplo implica que os eleitos não o sejam para defender apenas os interesses específicos, mas há um grau de exigência republicana que sinaliza no sentido da representação da coletividade.

A representação assume o carácter ficcional no pensamento kelseniano posto que esta não acontece conforme a vontade do eleitor, mas se realiza na possibilidade do consenso. A consequência mais significativa dessa transferência de poder é o fato de que cai por terra a noção, não só jurídica ─ esta juridicamente impossível com base na introdução da ideia de um ordenamento jurídico autônomo ─, mas também política de soberania (popular), dada a impossibilidade da representação. A independência do parlamento na modernidade em relação à vontade dos votantes (abandono da democracia direita como forma possível de governo) é fator decisivo no velório da ideia de soberania enquanto fator legitimador do poder.

Contrapor o uso retórico de um termo político à sua sustentação conceitual, assim expondo as ficções criadas pelos homens no plano do discurso faz parte da estratégia epistemológica kantiana e na aposta da razão como emancipadora, tão presentes no pensamento de Kelsen.

O uso da ideia de soberania é exemplar. Kelsen admite sua importância histórica na transição da monarquia para os governos liberais burgueses ou ainda na revolução russa. Todavia, isso não o impede de mostrar que o uso equivocado da ideia limita o potencial emancipador da liberdade.

O parlamentarismo não garante que a vontade do povo seja respeitada, o que significa dizer, que a crítica antidemocrática daqueles que negam este sistema está correta, porém não justificada, pois não é na soberania que se legitima o parlamento, tampouco na representação política. O parlamentarismo é um "meio técnico-social específico para a criação da ordem do Estado" (Kelsen, 2000, p. 49).

A justificativa da existência do parlamento se encontra no estruturalismo kelseniano[129]. Ele é a soma da liberdade política e o princípio da diferenciação do trabalho.

A formação da vontade do Estado, não se trata de verdadeira vontade posta que esta só existe no plano individual, consiste em uma

> "ordem ideal da comunidade, ordem esta constituída por uma série de atos individuais cujo conteúdo ela representa. A ordem da comunidade, enquanto sentido representado por tais atos, é um complexo de normas, de prescrições que determinam a conduta dos indivíduos pertencentes à coletividade e que constituem, justamente por isso, a coletividade como tal. Os membros da coletividade devem comportar-se de determinada maneira: tal é o conteúdo intelectual em que consiste a ordem coletiva; mas o modelo mais claro e, portanto, o mais compreensível para a grande massa – que aqui interessa de modo especial – de exprimir essa relação

129 A investigação acerca do paralelismo entre o pensamento estrutural kelseniano e a escola estruturalista na antropologia, assim como de suas matrizes comum, é tema pouco explorado e por isso se configura como agenda de pesquisa futura.

> puramente espiritual é o seguinte: a coletividade – hipostasiada numa pessoa (vale dizer, o Estado) como homem ou super homem – "quer" que seus membros se comportem de determinada maneira. O " dever" da ordem estatal é apresentado como "vontade" de uma pessoa estatal. A "formação da vontade do Estado"é, pois, simplesmente o processo de criação da ordem estatal. (Kelsen, 2000, p. 51)

Enquanto o processo de formação da vontade individual se dá num âmbito subjetivo, a liberdade em sociedade não pode acomodar o segredo como forma de manutenção do publico e assim demanda objetividade aos atos que formam o ordenamento jurídico[130]. Isso significa que no caso da formação do ordenamento, a coercitividade aparece como elemento condicionado à uma situação hipotética, e não a sua efetiva aplicação no mundo da experiência sensível.

Capítulo IV: A reforma do parlamento

A reforma parlamentar proposta por Kelsen é pensada tendo como paralelo o antigo parlamento monárquico. Igualmente, pressupõe a soberania como ficção.

A preocupação de Kelsen com a legitimação de um parlamento que seja verdadeiramente funcional à democracia equivale à pergunta: como democratizar a democracia?

Desta preocupação Kelsen ressalta a importância de se introduzir mecanismos diretos de controle da vontade geral formada no parlamento. Ele entende que estes mecanismos podem ser maneiras de aproximar o povo ao que foi decidido no parlamento. Estão elencadas a existência de subcomissões participativas (diríamos atualmente participação da sociedade civil, frase pouco coerente com a terminologia kelseniana), referendo, plebiscito, desde que estas instancias não desqualifiquem as decisões do parlamento. Aqui a ideia de

---

[130] "Seria ater-se a um exame bastante superficial, limitando particularmente ao grupo mais primitivo, supor que a vontade coletiva que constitui o grupo social possa existir direta e exclusivamente sob forma de atos de comando e de coerções individuais. Não se deve esquecer que é necessária uma ordem geral – se não conscientemente estabelecida, pelo menos existente na consciência de todos ou de determinados membros do grupo – que possa permitir o funcionamento dos órgãos que compõemos atos coletivos individuais." (Kelsen, 2000, p. 52)

Kelsen é adicionar, não suprimir. Um conselho econômico formado por técnicos pode aconselhar num certo sentido, mas a decisão acerca dos rumos econômicos de um país deve ser discutido politicamente no parlamento.

Capítulo V: A representação profissional

Kelsen rechaça a democracia baseada na representação profissional porque ela tende ao posicionamento único, dada a defesa corporativa acima de qualquer acordo ,e a exclusão do outro do jogo democrático quando a função da democracia é exatamente "não deixar ninguém de fora". Sobre ela Kelsen afirma:

> "A única via de solução possível é remeter a decisão definitiva desses conflitos de interesses entre grupos profissionais a uma autoridade criada com base numa lei alheia ao princípio corporativo, isto é, ou a um parlamento eleito democraticamente por todo o povo ou a um órgão de caráter mais ou menos autocrático. A organização corporativa não pode oferecer um princípio de integração próprio que sirva de contraposição à tendência – que lhe é inerente – à ampla diferenciação. Ressaltou-se justamente que, na formação da vontade do Estado – com exclusão dos assuntos puramente internos, que continuam confiados à autonomia dos grupos profissionais - , o acordo de todos os grupos, ou pelo menos dos grupos interessados na decisão, deveria constituir um princípio a ser convenientemente adotado por uma constituição corporativa. Isto é praticamente impossível. É exatamente neste ponto que se mostra vazia e impraticável a fórmula com que se costuma exaltar a idéia corporativa perante o princípio parlamentar democrático, fórmula segundo a qual seria preciso que a participação de cada grupo na formação da vontade do Estado correspondente à sua importância no todo. Em primeiro lugar essa ideia corporativa não poderia – como as vezes se afirma – eliminar o sistema representativo e, com isso, o parlamentarismo, mas apenas substituir o sistema democrático por um outro sistema de representação. A única diferença seria que a função de corpo eleitoral não caberia aos partidos, como na democracia – direta ou indireta -, mas aos grupos profissionais; de fato, a formação direta da vontade não é possível nem mesmo no seio do grupo profissional. Trata-se, portanto, apenas da realização de um parlamento profissional. (Kelsen, 2000, p. 63)

Essa estrutura apesar de possível pressupõe que o interesse individual se resume à defesa da profissão, se quiser, da classe. O indivíduo agrega um conjunto de elementos muito mais amplo do que a profissão, e que são passíveis de regulamentação estatal, portanto, seria uma técnica social ineficiente.

Capítulo VI: O princípio da maioria

O princípio majoritário tem por objetivo impedir o domínio de uma classe sobre a outra em uma democracia parlamentar. Por definição, supor a existência da maioria implica presumir a minoria. Esta é a função da defesa dos direitos fundamentais[131].

Contudo, há que se pensar num sistema de formulação do ordenamento que à sua dinâmica (a de preservação das liberdades sociais) no maior grau possível. Daí a concussão de Kelsen de separar o ato normativo que modifica as leis constitucionais e a as ordinárias[132].

Sobre a legislação constitucional, Kelsen admite a primazia da maioria qualificada como aquela que se aproxima mais da ideia de unanimidade. Porem, quando trata da legislação ordinária, acredita que a maioria simples é a que permite maior consonância com a volatilidade das vontades.

Essa distinção é de extrema relevância no contexto das garantias e defesa dos direitos individuais, assim como a manutenção do procedimento que garante que a democracia parlamentar permaneça democrática. Sobre isso Kelsen nos explica que a autolimitação racional da constituição enquanto instituição,

> "significa que o rol de direitos fundamentais e das liberdades fundamentais se transforma, de instrumento de proteção do indivíduo contra o Estado, em instrumento d eproteção da minoria – de uma minoria qualificada – contra a maioria puramente absoluta; significa que as disposições referentes a certos interesses nacionais, religiosos, econômicos ou espirituais só podem ser decididas depois da aprovação de uma minoria qualificada, portanto só se maioria e minoria estiverem

[131] Sobre modificações que permitam a interferência do estado na vida dos indivíduos, e que assim modifiquem seus direitos e garantias fundamentais (liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão) Kelsen nos diz que estes só terão "sentido de ocorrer na forma constitucional específica, vale dizer se apenas a lei criada, com procedimento qualificado e não normal, puder constituir o fundamento para uma intervenção do poder executivo na esfera estruturada de cada direito fundamental e de liberdade" (Kelsen, 2000, pp. 67-8)

[132] Kelsen explica: "A forma típica de qualificação de tais leis constitucionais com respeito às leis ordinárias é representada por um aumento no *quórum* e por uma maioria especial de dois terços ou três quartos. Embora, teoricamente, essa distinção entre leis ordinárias e e leis constitucionais também seja possível na democracia direta, na prática só o procedimento parlamentar permite tal diferenciação. No seio da assembleia popular a consciência da força material ainda é grande demais para que se possa exigir mais do que a submissão à maioria absoluta, para que, a longo prazo, se possa aceitar que a maioria absoluta renuncie a fazer prevalecer a sua vontade diante de uma minoria qualificada. Somente no procedimento parlamentar é possível a autolimitação racional como instituição constitucional. (Kelsen, 2000, p. 68)

> de acordo. Se na origem parecia que o princípio da maioria absoluta correspondia mais à ideia democrática em vias de realização, hoje se percebe que o princípio da maioria qualificada, em determinadas circunstâncias, pode constituir uma aproximação ainda maior da ideia de liberdade, representando certa tendência à unanimidade na formação da ideia geral." (Kelsen, 2000, p. 68).

Já quando trata do princípio majoritário nas leis ordinárias, Kelsen justifica o uso do princípio majoritário simples como o mecanismo mais adequado à preservação da liberdade social. Isso porque a formação da vontade geral num parlamento democrático não é fruto de uma imposição da vontade da maioria sobre a minoria. O que acontece na realidade é que na formação da vontade geral, maioria e minoria (novamente Kelsen supõe a tendência de que a disputa de poder no parlamento tende à se desenvolver a partir de dois polos e no sentido do centro político) devem entrar em acordo e portanto ambos lados cedem. Portanto não é a questão numérica (seria se a igualdade fosse o valor norteador da democracia), mas a possibilidade de acordo entre minoria e maioria, já que ambas sabem que uma pode se tornar a outra noutro momento ou sobre outro assunto e portanto não se trata de um jogo de aniquilação, mas de compromisso. Nas palavras do autor: "A força numérica desses dois grupos pode ser mais ou menos diferente, mas a sua importância política e social nunca é diferente demais. É esta força de integração social que caracteriza, em primeiro lugar, o principio da maioria" (Kelsen, 2000, p. 69).

É a liberdade social enquanto fundamento da democracia parlamentar que proporciona o abandono da igualdade numérica como peso determinante das decisões e que coloca o debate e o compromisso como necessários para preservação dessa mesma ordem. O potencial poder de agência, de influenciar no resultado final das normas, que este sistema garante, ainda que a norma em questão não seja do seu gosto pessoal, permite diferenciar aquilo que é uma imposição normativa (diktat) da maioria(portanto uma forma de dominação primitiva), daquilo que é a vontade geral do estado, democraticamente (re)formulada[133]. É importante ressaltar que para Kelsen o compromisso não é algo estático. Seguindo a própria

[133] Vale acrescentar que a preservação da diferença expressa pela lógica da amiroia-minoria, certamente antecipa trabalhos amis contemporâneos (como por exemplo a teoria da ação comunicativa de Habermas) sobre a necessidade de preservar as vozes, sobre a participação no debate público, inclusive qualitativamente

lógica democrática[134], uma vez que ele se torne indesejado pode ser suprimido. A lógica do compromisso formado com base na técnica dialético-contraditória entre maioria-minoria e não a imposição é a chave de compreensão desse sistema democrático parlamentar.

Uma vez definido o compromisso entre maioria-minoria como a técnica social capaz de tornar um parlamento democrático, Kelsen volta lança luz ao problema do sistema eleitoral. Definir esse sistema é essencial para que haja efetividade (ou não) na seleção das diferentes vozes da sociedade.

São duas as matrizes com que Kelsen trabalha para pensar o sistema eleitoral. O sistema eleitoral majoritário ou o sistema eleitoral proporcional. Kelsen busca o sentido político de cada sistema e opta pela adoção do sistema proporcional.

> "No sistema proporcional, assim como a soma dos votos dados aos pertencentes a um partido não se opõe à soma dos votos obtidos por outro partido, mas justapõe-se a ela, também os votos dados aos diversos candidatos de um mesmo partido são paralelos, ou seja, somam-se para concorrer ao resultado total. No caso ideal de eleições proporcionais não há vencidos, pois não se recorre à maioria. Para ser eleito não é necessário realmente obter a maioria de votos, mas é suficiente obter um "mínimo", cujo cálculo constitui a característica da técnica proporcional. Se for considerado o resultado global das eleições, se o corpo representativo, formado através da eleição proporcional, for confrontado, como unidade, com o corpo eleitoral como totalidade, em certo sentido poder-se-á reconhecer – o que talvez seja considerado a essência da proporcionalidade – que tal representação foi eleita com os votos de todos e contra os votos de ninguém, isto é, por unanimidade." (Kelsen, 2000, pp. 71-72)

Claro que Kelsen considera esse sendo o caso ideal, sabendo que o caso limite seria o da democracia direta, impossível ao seu ver na atual fase de desenvolvimento técnico da sociedade.

Por sua vez, o sistema majoritário é refutado por Kelsen pois ele tende a consolidar a vontade da maioria sobre a minoria, e em ultimo caso, instaurar o domínio de

---

[134] Vale dizer, seguindo a lógica daquilo que faz um ordenamento jurídico.

uma classe sobre a outra e assim contrariar o princípio democrático de preservação das liberdades sociais por meio da usurpação da presença das minorias no parlamento.

Kelsen dá especial atenção para a dinâmica entre representados e a formação do parlamento e a representatividade efetiva da minoria[135]. Garantida a existência e a preservação da minoria, sua influência será maior ou menor dependendo da força dessa representação. Kelsen é categórico ao afirmar que "O sistema proporcional indubitavelmente consolida essa tendência à liberdade, que deve impedir um domínio incontestado da vontade da maioria sobre a vontade da minoria" (Kelsen, 2000, p. 73).

Ademais, contra as críticas feitas à uma suposta tendência do sistema proporcional incentivar micropartidos políticos, Kelsen faz uma defesa avançada da coalização política como maneira de, por meio do respeito ao princípio democrático do compromisso e observada a tendência à convergência ao centro, da superação das diferenças e de um olhar para as questões comuns já que "A integração política que constitui a coalizão dos partidos e que se torna necessária em virtude do princípio majoritário é inevitável e de modo nenhum constitui um mal social, mas sim um progresso" (Kelsen, 2000, p. 74).

A participação na política é o elemento que falta para fechar o sistema. Não basta para Kelsen que o indivíduo se distancie das decisões, é preciso que o sistema favoreça a disputa vertical de ideias. É nesse sentido que os partidos políticos são tão imprescindíveis na formação da vontade. E por isso, o sistema eleitoral proporcional também é mais vantajoso. A institucionalização constitucional dos partidos torna-se um questão central:

---

[135] Em suas palavras: "Se nas eleições parlamentares se recorresse ao sistema majoritário puro, não perturbado por qualquer contingência da divisão por colégios eleitorais, no parlamento só estaria representada a maioria. O procedimento eleitoral proporcional efetivamente só representa racionalização do método que se utiliza ao se combinar o sistema eleitoral majoritário com a distribuição dos eleitores em por circuncisões eleitorais, donde também haver uma oposição no parlamento; sem esta, o procedimento parlamentar já não poderia cumprir sua verdadeira função. Mas, uma vez reconhecida exatamente essa função, a presença de uma minoria no parlamento não é tão importante quanto o fato de todos os grupos políticos, proporcionalmente à sua força, ali estarem representados para que se revele no próprio parlamento a real situação de interesses, principal premissa para se chegar a um compromisso." (Kelsen, 2000, p. 73)

> "A notável diferenciação entre grupos de interesses políticos, todavia, favorecidapelo sistema proporcional, só pode ser considerada, em ultima análise, como a condição necessária para uma integração oportuna, garantida pelo princípio da maioria. O sistema de proporcionalidade pressupõe, mais do que qualquer outro sistema, a organização dos cidadãos em partidos políticos e, onde a organização dos partidos não estiver suficientemente evoluída, terá forte tendência a acelerar e reforçar essa evolução. Esse é um passivo decisivo – como afirmei anteriormente – para a transformação dos partidos políticos em órgãos constitucionais da formação da vontade do Estado" (Kelsen, 2000)

A proporcionalidade torna-se assim essência do jogo democrático parlamentar.

Depois de discorrer sobre o modelo ideal perfeito da democracia parlamentar, Kelsen tenta justificar o sentido que esta tem em comparação à autocracia. O faz em movimento pendular, e retoma o tema do indivíduo.

Na democracia, a tendência ao acordo e a potencial chance de mudança pacífica do mesmo faz com que os indivíduos, segundo Kelsen tendam também à obediência. Já na autocracia, a imposição normativa gera uma tendência à instabilidade e à revolução, já que o aprendizado é mimético. Kelsen, que entende que a sociedade é fruto de uma construção coletiva, compreende que as instituições não acabam com o poder de agência. Elas estão sempre conectadas[136]. A partir dessa lógica é lícito pensar que elas podem atribuir certo sentido ao conjunto da sociedade.

---

[136] "Neste ponto destaca-se uma nítida diferença entre o tipo real da democracia e da autocracia, já que, no regime autocrático, não há possibilidade de meio-termo entre direções políticas opostas na formação da vontade do Estado ou, pelo menos, essa possibilidade é bastante rara, visto serem praticamente impossíveis uma corrente e uma contracorrente políticas. Democracia e autocracia distinguem-se, assim, pela diversidade de sua situação espiritual política. Enquanto o mecanismo das instituições democráticas tende diretamente a induzir a paixão política da massa a ultrapassar o limiar da consciência social, para então aí fazê-lo desafogar, na autocracia o equilíbrio social repousa, ao contrário, na transferência da paixão política para uma esfera que poderia ser comparada ao inconsciente do indivíduo. Disto, se quisermos dar aplicação prática À teoria da transferência da psicanálise moderna, resulta uma disposição intensificada para a revolução. Por isso, mesmo na autocracia, a submissão do indivíduo à vontade dominadora tem um sentido um tanto diferente do sentido que tem na democracia ou, em outras palavras, ela é, em geral, acompanhada por outra tonalidade afetiva. A consciência de que a lei à qual é preciso submeter-se foi decidida em parte por um indivíduo que elegemos e de que essa lei foi elaborada com o seu consentimento, ou que ele, pelo menos, contribuiu mais ou menos para determinar seu conteúdo, leva-nos talvez a uma certa disposição à obediência, que na ditadura está ausente ou, para dizer melhor, tem outras fontes psíquicas. A teoria democrática do contrato social, a doutrina do contrato social, é sem dúvida uma ficção ideológica. Mas, na realidade psicológica da democracia, o equilíbrio social efetivamente

Paz e ruptura apresentam-se como escolhas, caminhos políticos diversos para atingir um fim específico. Sobre este tema, Kelsen sai em defesa da democracia enquanto forma, mesmo quando a oposição se dá no campo da oposição entre democracia formal e material. Sobre isso esclarece: "E, se há uma forma política que ofereça a possibilidade de resolver pacificamente esse conflito de classes, deplorável, mas inegável, sem levá-lo a uma catástrofe pela via cruenta da revolução, essa forma só pode ser a da democracia parlamentar, cuja ideologia é, sim, a liberdade não alcançável na realidade social, mas cuja realidade é a paz." (Kelsen, 2000, p. 78)

Capítulo VII: A administração

Tendo em vista a instalação institucional da democracia parlamentar e do sistema eleitoral proporcional, portanto da técnica social de formulação da vontade geral do Estado, surge o tema da execução dessa vontade.

A função executiva está "por essência submetida à ideia de legalidade, e a idéia de legalidade, em certo estágio da formação da vontade do Estado, entra em conflito com a ideia de democracia" (Kelsen, 2000, p. 80). Isto porque a execução exige certo grau de imposição para poder se fazer cumprir.

Outra preocupação de Kelsen acerca do tema da execução, e este dilema refletirá na estrutura da democracia, é que a execução deva realmente ser cumprida sem questionamentos (estritamente legal) como forma de garantir que a ponta descentralizada do sistema não desvirtue a legislação central. Permitir que houvesse discricionariedade na ponta

---

repousa mais num acordo recíproco do que acontece na autocracia real da ditadura, onde o que importa é apenas suportar o peso comum da força dominadora. (Kelsen, 2000, p. 76)

do sistema executório é permitir que houvesse a supressão da liberdade em sociedade. É permitir que a vontade de uma parte impedisse a vontade do todo[137].

Nesse sentido, Kelsen descreve que a autonomização da burocracia não deve ser vista como um mal em si mesmo. Ela pode representar (e deve se estiver funcionando corretamente) como atendendo o princípio da legalidade. Nãos e deve misturar a democracia da legislação e aquela democracia da burocracia, que deve possuir estrutura autoritária para cumprir devidamente seu papel democrático. Há aqui a necessidade clara de um controle do poder executivo (burocrático) por um órgão que não seja ele mesmo submetido a essa mesma lógica. Vejamos:

> "Se, assim, ficar reconhecido que, mesmo levando à restrição da democracia, a ideia de legalidade deve ser mantida para garantir a realização da própria democracia, deverão ser exigidas para a democracia todas as instituições de controle que garantem a legalidade da execução e que só a demagogia de vis~~ao limitada rejeita como inconciliáveis com a essência da democracia. É preciso sobretudo pensar na jurisdição administrativa, cuja competência deve ser estendida e consolidada na mesma medida em que os atos administrativos são obra de instâncias democráticas e acessíveis, por conseguinte, às influencias partidárias. Mas, além das normas individuais estabelecidas pelos atos adminastrativos, também as normas gerais dos regulamentos e, em particular, das leis podem e devem ser submetidas a um controle jurisdicional, as primeiras com base em sua conformidade à lei e as segundas em sua conformidade à constituição. Tal controle é realizado pela justiça constitucional. Esta função é pois, importantíssima para a democracia, porquanto o respeito à constituição, no procedimento legislativo, representa um eminente interesse da maioria, uma vez que – como já vimos – as disposições sobre o *quorum*, sobre a maioria qualificada, etc. exercem função protetora em relação à própria minoria. Por isso, a minoria – se se quiser garantir a sua existência e a sua ação política tão importantes para a democracia, e se a constituição não representar uma Lex imperfecta – deverá ter a possibilidade de recorrer, direta ou indiretamente, à jurisdição constitucional. O destino da democracia moderna depende em grande medida de uma organização sistemática de todas essas instituições de controle. A democracia sem controle é, a longo prazo, impossível. De fato, sem a autolimitação representada pelo princípio da legalidade, ela se autodestrói." (Kelsen, 2000, pp. 83-84)

---

[137] Esta preocupação está ligada ao debate austríaco da autonomia dos entes federados frente o poder central. Sobre isso Kelsen diz: "A legalidade da execução – aquilo que, na legislação democrática, significa "vontade do povo" e, por conseguinte, "democracia" – sem dúvida estará mais garantida, nos graus médios e inferiores, por agentes especiais nomeados pelo poder central e responsáveis perante este, ou seja, por uma organização autocrática dessa parte da formação da vontade do Estado" (Kelsen, 2000, p. 82).

Essa longa transcrição é fundamental para se fechar o sistema político kelseniano. A democracia para Kelsen não existe sem o controle constitucional. A necessidade de observância da legalidade e da constitucionalidade dos atos do Estado é elemento garantidor da funcionalidade da democracia. Não à toa ele considera como executiva tanto o ato de declaração de um direito (feito por um juiz), quanto a implementação administrativa do Estado. O controle exclusivo da constitucionalidade por parte de uma corte específica é essencialmente um controle político do Estado, pelo Estado. Sem esse sistema de controle, nada do sistema se sustenta. A execução deve se basear na legalidade, não pode se politizar. Esse espaço é reservado ao parlamento. O controle por sua vez, deve ser feito em espaço também isento de contaminação partidária. Daí a necessidade da corte constitucional

Capítulo VIII: A escolha dos chefes

Apesar da intensa aposta que o pensamento kelseniano designa à lógica científica e aos ganhos civilizatórios que esta proporciona e, que potencialmente pode vir a alcançar no espírito do homem, ele não nega o nega a importância da experiência como instrumento útil para a compreensão dos fenômenos sociais. O diagnóstico de época (que muita vez aparece como fato gerador de alguma explicação sua, ainda que de maneira indireta), é instrumento fértil para se pensar a democracia. Importante notar que os momentos de rupturas institucionais acompanham sempre a criação do novo em seu pensamento, da busca do progresso histórico. Nesse sentido, quando Kelsen trabalha no campo do dever ser, não busca a realização de uma meta política que seja metafísica, mas propor soluções para a dinâmica real da sociedade.

Quando aponta que no plano ideal da democracia esta negaria a existência de chefes, mas na realidade prática o domínio passa pela presença dos chefes, ele trabalha com as duas categorias supracitadas. Daí a necessidade de se pensar como se forma a vontade dominadora e também como o porquê se cria a figura do chefe.

Na esfera democrática, a figura do chefe está eminentemente ligada à da legalidade. Ele está adstrito a cumprir, a executar as leis. Essa noção é oposta à ideia de um

chefe autoritário, que se serve do aparato coercitivo e administrativo para ver valer sua vontade individual sobre todos os outros homens.

A ideia de democracia em Kelsen simboliza não apenas uma forma, uma técnica social, mas nela está contida uma noção de progresso social fundada na perspectiva de que o homem que é capaz de conhecer, debater, formular, é capaz de tomar conta do seu espírito e tomar decisões sobre seu próprio devir. Portanto renegar as amarras do domínio violento e estabelecer um caminho de segurança (jurídica e política) e de paz social.

Kelsen critica a teoria da separação dos poderes de Montesquieu posto que em sua visão ela seria incompatível com a ideologia da soberania popular ou com a da autonomia democrática, portanto com a essência da ideia de democracia. Kelsen sustenta que esta teoria é utilizada para sustentar a figura do monarca (constitucional), ou é utilizada no sentido de privar a participação da coletividade como um todo (privilegiando certa elite no poder) do jogo entre maioria e minoria. Ela se enquadra melhor no espectro das monarquias constitucionais que nas democracias parlamentárias.

Todavia, ele admite que talvez ela possua um sentido democrático, pois pode viabilizar a o exercício arbitrário do poder, e porque nela há uma divisão de trabalhos que permite alguma influencia mais direta dos representados na função de ratificar os atos do legislativo.

O método de escolha dos governantes é elemento central na perspectiva democrática. Sobre a eleição dos chefes ele esclarece que esta

> "e, por conseguinte a democracia que nela se apóia seriam, como já foi dito, 'impossibilidades lógicas intrínsecas'; a vontade, na realidade não pode ser delegada: *celui qui delegue, abdique.* Não é possível fazer-se representar, dizia Rousseau. Mas esta interpretação ideológica da vontade corresponde evidentemente à intenção de manter a ficção da liberdade. Uma vez que a vontade, para permanecer livre, deve ser determinada apenas por si mesma, a vontade dominadora dos eleitos deve valer como vontade dos eleitores. Disso resulta a identificação fictícia dos eleitores com os eleitos. Mas a interpretação objetiva da eleição não pode permitir que nos desviemos da ideologia subjetiva da própria eleição. A interpretação real dessa função é diferente." (Kelsen, 2000, p. 92)

e, assim, os chefes podem ser entendidos como aqueles que sentarão no parlamento para discutir as questões públicas.

Kelsen realiza então uma investigação acerca do sentido psicológico da escolha do chefe. Ele mostra que o movimento de instauração do governo é contraditório ao psicológico, pois à autoridade do pai segue o dever de obediência do filho, enquanto no mundo público democrático, a submissão ao domínio do chefe provém de um movimento prévio do submetido, a eleição.

> "De fato, a autoridade social – como ensina a experiência psicológica e psicanalítica – é imaginada como autoridade paterna. A autoridade social, como a religiosa e como qualquer outra autoridade, é sentida, originalmente, como a primeira autoridade que aparece na vida do indivíduo: como pai, como pai da pátria, como Deus-pai. E essa origem psicológica da autoridade social repele a idéia da criação da autoridade por parte dos submetidos a essa mesma autoridade. Tal ideia significaria efetivamente que o pai é gerado pelos filhos, que o criador é criado pelas criaturas. E, assim como, no estágio primitivo do totemismo, os membros do clã usavam máscaras do totem sagrado, isto é, do ancestral do clã, para desempenharem o papel de pai, 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, 2000, pp. 92-93).

A partir dessa interessante dedução, podemos separar dois tipos de chefes. O primeiro é aquele chefe que se destaca do coletivo por alguma qualidade específica, e que, portanto não responde a ninguém dentro da comunidade, ao não submeter sua vontade a nenhum crivo, este chefe é o de tipo autoritário[138]. O segundo tipo é aquele que é criado pelos sujeitos que a ele se submeterão. Ele é um igual com uma função específica[139].

---

[138] Sobre a tirania diz: "A sua ideologia faz o chefe aparecer como um ser de natureza completamente diferente da natureza da coletividade social a ele submetida, e, consequentemente, ele vale como um ser superior, de origem divina, ou é circundado por uma auréola de poderes mágicos. Segundo a ideologia autocrática, o chefe não é um órgão criado pela coletividade ou que possa ser criado por ela. Deve ser imaginado como uma potência à qual a coletividade deve sua própria existência, como um ser cuja origem, se possível, não seja compreensível à inteligência humana. (...) A direção exercida pelos chefes representa um valor absoluto que se expressa na divinização do chefe". (Kelsen, 2000, p. 93)

[139] Sobre democracia ele diz: "No sistema da ideologia democrática o problema da criação dos chefes está no cerne das considerações racionais. A direção exercida pelos chefes não representa um valor absoluto, mas um

A criação de ordens sociais via democracia ou autocracia é tema central no pensamento de Kelsen. Discutir o plano do valor, qual a melhor ou a pior forma de governo para lee não faz sentido, pois a depender dos pressupostos que se parte, ambos regimes sairão vencedores. A questão que resta para Kelsen é antes de tudo desvendar o funcionamento, mostrar a essência de cada um desses mecanismos. A aposta é na racionalização, na clarificação do funcionamento das forças sociais. É nesse sentido que Kelsen aposta na formação, na educação com o sentido específico do relativismo filosófico, portanto para a democracia como a chave de transformação progressiva da humanidade[140].

Capítulo IX: Democracia formal e material

Para Kelsen a oposição entre democracia formal e democracia material é um falso debate posto que a democracia se baseia na liberdade e não na ideia de igualdade. Sobre isso ele resume: "A idéia de igualdade, por ser diferente da ideia de igualdade formal na democracia, isto é, da igualdade dos direitos políticos, nada tem a ver com a idéia de democracia" (Kelsen, 2000, p. 99)

Capítulo X: Democracia e concepção de vida

Perguntar-se acerca de como as normas devem ser criadas, portanto sobre a forma sobre a qual o estatal irá construir seu ordenamento é uma preocupação que se aproxima de

---

valor totalmente relativo: o chefe aparece como "chefe" apenas por certo tempo e segundo certos pontos de vista; de resto, ele é igual aos outros e sujeito à crítica. Daí deriva a publicidade dos atos do exercício do poder, que se opõe ao princípio do segredo praticado pela autocracia" (Kelsen, 2000, p. 95).

[140] Assim como a ideia original de liberdade, que, na base da idéia de democracia, não admitiria a necessidade de chefes, transforma-se, na realidade social, no princípio de que qualquer um pode tornar-se chefe, também o princípio secundário da igualdade fundamental dos indivíduos transforma-se numa tendência ao maior igualamento possível. A suposição demagógica de que todos os cidadãos estão igualmente aptos a exercer qualquer função política acaba por se reduzir à simples possibilidade de que os cidadãos se tornem aptos a exercer qualquer função política. A educação para a democracia torna-se uma das principais exigências da própria democracia. Embora toda educação – em sua essência mais íntima – seja considerada, em sentido autocrático-autoritário, uma relação entre professor e aluno, direção espiritual de um lado e adesão espiritual do outro, o problema da democracia, na prática da vida social, passa a ser um problema de educação no mais alto estilo (Kelsen, 2000, pp. 96-97)."

uma visão democrática de mundo, já que para um autocrata, a forma pela qual uma norma será instituída não é uma preocupação (ao menos não o é enquanto questão de legitimidade e respeito ao jogo, já que as regras na autocracia se reservam ao mundo das vontades). Mas será que mais importante do que se perguntar como, não se deveria perguntar quais?!

A questão da forma da democracia, tema privilegiado de exploração em Kelsen não pode ser confundido com uma perspectiva de que a forma resolve o conteúdo. Simplesmente porque o povo (que por meio do sistema parlamentar legitima o ordenamento) é detentor de uma verdade absoluta, e sobrenatural e assim conhece o conteúdo perfeito da democracia. Kelsen insiste com a defesa da minoria que o que se veicula como a ideologia da soberania popular é uma ficção exatamente porque abomina a ideia de verdade absoluta. Tampouco vale dizer que a maioria nada sabe, e que o povo é incapaz de discernir sobre as questões que regem suas vidas, e que, portanto, apenas um punhado de escolhidos tem acesso à verdade[141].

A defesa da forma em detrimento do conteúdo é estratégica. Kelsen sabe que o devir da história mostra que a leitura acerca daquilo que surge da relação entre criatura e criador pode ser lida das mais diversas maneiras[142]. O que não pode faltar na democracia é o diálogo, a defesa das minorias, a possibilidade da participação em sentido forte, para além do ato mecânico de levantar as mãos em uma assembleia que externa apenas uma vontade autoritária, e que somadas estruturalmente, possibilitam uma decisão verdadeiramente democrática. Não da verdade[143], mas um acordo que, possível de ser alterado desde que

---

[141] Kelsen diz: "De fato, diante da autoridade do bem absoluto que tudo domina, aos que recebem a salvação desse bem só cabe a obediência, obediência incondicional e grata àquele que, de posse do bem absoluto, conhece e quer tal bem; uma obediência que, sem dúvida, só pode estar apoiada na crença de que a autoridade do legislador tem posse do bem absoluto do mesmo modo como, em sentido inverso, admite-se que o conhecimento desse bem seja proibido à grande maioria dos súditos." (Kelsen, 2000, p. 104)

[142] Não à toa termina seu ensaio sobre a forma da democracia com a seguinte passagem: "evangelio de são joão".

[143] "A grande questão é saber se existe algum conhecimento da verdade absoluta, alguma compreensão dos valores absolutos. Esta é a principal antítese entre filosofias do mundo e as da vida em que se insere a antítese entre autocracia e democracia. A crença na existência da verdade absoluta e de valores absolutos cosntitui as bases de uma concepção metafísica e, em especial, místico-religiosa do mundo. Mas a negação desse princípio, a opinião de que o conhecimento humano só tem acesso a verdades relativas, a valores relativos, e, por conseguinte, qualquer verdade e qualquer valor – assim como oindivíduo que os descobre – devem estar prontos

observada a mesma forma que possibilitou o primeiro acordo, era o acordo possível naquele instante de ser construído de maneira transparente e pacífica. Esse é o núcleo duro da filiação de Kelsen à Kant[144], e por isso apresenta a forma como determinante numa análise de um sistema democrático.

---

para se retirar a qualquer momento e deixar lugar outros valores e outras verdades, leva à concepção criticista e positivista do mundo, entendendo-se com isso aquela direção da filosofia e da ciência que parte do positivismo, ou seja, do dado, do perceptível, da experiência, que pode sempre mudar e que muda incessantemente e recusa, portanto, a idéia de um absoluto transcendente a essa experiência. A essa oposição entre filosofias do mundo corresponde uma oposição entre teorias dos valores, especialmente entre atitudes políticas fundamentais. À concepção metafísico-absolutista está associada uma atitude autocrática, enquanto à concepção crítico-relativista do mundo associa-se uma atitude democrática. (Kelsen, 2000, p. 105)

[144] "A posição de Kant é bem peculiar. Acostumamo-nos a qualificar seu sistema como "idealismo", opondo-se ao positivismo. Mas isso não é correto. O idealismo kantiano já é positivista em virtude de seu caráter crítico. A filosofia transcendental pode ser justamente interpretada apenas como uma teoria da experiência. Pensada com lógica e profundidade, ela deveria conduzir, mesmo no terreno da filosofia dos valores, à recusa de qualquer Absoluto metafísico, a teorias relativistas. Com a mesma constância com que se evidencia o caráter antimetafísico e, portanto, positivista da filosofia kantiana da natureza, tradicionalmente afirma-se a oposição ainda amis nítida entre a moral e o raciocínio político dessa mesma filosofia, e sua atitude crítico-relativista fundamental; e essa concepção pode ser apoiada nas próprias palavras de Kant. O sistema moral e político de Kant tem uma orientação inteiramente metafísica e a sua filosofia prática, com sua teoria monárquica e conservadora do Estado e do direito, é completamente dirigida para a fixação de valores absolutos. Mas o seu sistema crítico da razão pura faz do conhecimento um processo perpétuo e relega a verdade ao infinito, declarando-a, assim, no fundo, inacessível, como faz o ceticismo. Como o conhecimento nunca pode dominar o próprio objeto, a questão do método do conhecimento, na filosofia kantiana, substitui a questão do seu objeto, ou melhor, as duas questões são identificadas. Esse metodologismo foi bastante censurado no kantismo: a preferencia dada ao problema do método do conhecimento. O paralelismo, aqui, parece impor-se com uma atitude política que substitui a questão do conteúdo justo da ordem social pela questão do modo, do método de criação dessa mesma ordem." (Kelsen, 2000, p. 105), nota de rodapé nº1.