

Sobre a relação entre direito e política na teoria da democracia de Hans Kelsen

On the relationship between law and politics in Hans Kelsen's democratic theory

Cristina Foroni Consani¹

Resumo

O presente trabalho analisa a relação entre o direito e a política na obra de Hans Kelsen, fazendo isso não a partir do estudo da *Teoria Pura do Direito*, mas sim resgatando da filosofia kelseniana um aspecto menos explorado pela crítica, a saber, seus textos sobre filosofia política nos quais se encontra a análise sobre o significado e as características da democracia parlamentar nos Estados Modernos, assim como a defesa do relativismo filosófico e político. Defende-se que ao questionar as definições metafísicas de termos como liberdade, povo, vontade e até mesmo de democracia, Kelsen acaba por desenvolver uma teoria democrática liberal e representativa, que tem como um de seus principais méritos a despersonalização do poder político. Por outro lado, suas teses propiciam também a redução do político ao jurídico. Palavras-chave: Hans Kelsen; democracia; relativismo filosófico; direito; política.

Abstract

This paper analyzes the relationship between law and politics in the Hans Kelsen's theory, doing this not from the study of *The Pure Theory of Law*, but redeeming an aspect of Kelsenian philosophy least explored by criticism, namely, their works on political philosophy in which he analyzes the meaning and characteristics of parliamentary democracy in Modern States and also the defense of the philosophical and political relativism. It is argued that by questioning the metaphysical definitions of terms such as freedom, people, will and even democracy, Kelsen develops a liberal and representative democratic theory, which has as a great virtue the depersonalization of political power. On the other hand, his thesis also provide a reduction of the political to the juridical.

Keywords: Hans Kelsen; democracy; philosophical relativism; law; politics.

¹ Pós-doutoranda em Direito – UFRN – PNPd/CAPES. Doutora em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Colaboradora vinculada ao Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Introdução

A relação entre o direito e a política na obra de Hans Kelsen é comumente analisada a partir da “pureza metódica”² proposta pelo autor em sua obra seminal *Teoria Pura do Direito*, na qual a política, assim como ideias de justiça, de moral e crenças religiosas, são afastadas do objeto de investigação da ciência jurídica. A depuração valorativa oferecida por Kelsen para a teoria do direito tem sido objeto de críticas no sentido de que, de certo modo, a neutralidade proposta acaba por abrir as portas para a entrada dos valores do grupo dominante em um determinado histórico, permitindo que a estrutura lógico-formal do direito seja preenchida pela ideologia hegemônica em seu interesse próprio, que pode inclusive ser injusta, imoral, ditatorial.³

Neste trabalho, todavia, busca-se analisar a relação entre direito e política a partir dos textos kelsenianos de filosofia política, mais especificamente, *O Problema do Parlamentarismo* (1924), *Essência e Valor da Democracia* (1929), *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política* (1948) e *Fundamentos da Democracia* (1955/1956). Nesses textos, o autor discorre sobre as principais características da democracia parlamentar nos Estados Modernos, revisitando, à luz do relativismo filosófico e político, conceitos como liberdade, povo, vontade e democracia, e afastando deles aspectos metafísicos.

Se a depuração realizada na *Teoria Pura do Direito* conduz à afirmação de que qualquer norma jurídica, ainda que injusta, poderia ser considerada direito legítimo desde que produzida de acordo com os procedimentos previstos na Constituição, o mesmo não se pode afirmar sobre a democracia a partir do estudo dos textos acima citados, pois não obstante também se identificar a depuração de conceitos metafísicos da política, Kelsen reconhece a existência de uma essência e um valor na democracia, os quais servem para diferenciá-la de uma ditadura ou de uma autocracia.

Sendo assim, a relação entre o direito e a política será analisada em três momentos. (I) Primeiramente, cabe verificar como os conceitos de liberdade, povo, vontade e democracia são definidos por Kelsen a partir do relativismo filosófico e político; (II) em um segundo momento, apresentar-se-á de que modo esses conceitos reformulados apresentam-se na democracia parlamentar, que tem como uma de suas metas a despersonalização do poder político; (III) ao final, será discutida a relação entre direito e política resultantes da teoria da

² O termo “pureza metodológica” é utilizado por Luis Alberto Warat em seu livro “A pureza do poder”, no qual o autor defende que na *Teoria Pura do Direito* podem ser encontrados cinco níveis de purificação, a saber: a purificação política e ideológica, a purificação antijusnaturalista, a purificação antinaturalista ou anticausalista, a purificação intranormativa e a purificação monista ou antidualista. Cf. Warat, 1983.

³ Nesse sentido ver, por exemplo: Coelho, 1982, pp. 116-132.

democracia proposta por Kelsen, sendo analisados os pontos positivos e negativos de tal proposta.

I – Democracia e Relativismo Filosófico e Político

A preocupação kelseniana em afastar o absolutismo filosófico e político da teoria democrática está presente em vários de seus textos nos quais ele aborda esta temática. Tal cuidado aparece em *Essência e Valor da Democracia*, *O Problema do Parlamentarismo*, *Fundamentos da Democracia* e, o autor chega até mesmo a dedicar o ensaio *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política* somente para tratar desta questão.

O absolutismo filosófico, segundo Kelsen, “é a concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, i.e., uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano.” (Kelsen, 2002, p. 347). No absolutismo filosófico, o objeto do conhecimento é considerado independente do sujeito e, por essa razão, sua cognição se dá por leis heterônomas.

Seu correspondente político indica uma forma de governo na qual “todo o poder do Estado concentra-se nas mãos de um único indivíduo, ou seja, o governante, cuja vontade é a lei.” (Kelsen, 2002, p. 350). O poder conferido a esta pessoa é ilimitado e submete todos os membros do Estado à sua vontade. Essa definição autoriza Kelsen a identificar o absolutismo político com a autocracia, pois precisará sempre de um valor absoluto, inacessível à ação humana, para ser o fundamento último de seus postulados.

O relativismo filosófico, distintamente, “advoga a doutrina empírica de que a realidade só existe no interior do conhecimento humano e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente.” (Kelsen, 2002, pp. 347/348). Assim sendo, no relativismo político também vigora a aceitação de que os valores e as verdades são relativos, e são constituídos pela compreensão e ação humanas. De acordo com Kelsen, o relativismo é a concepção de mundo que melhor se adéqua à democracia, uma vez que esta “julga da mesma maneira a vontade política de cada um, assim como respeita igualmente cada credo político, cada opinião política cuja expressão, aliás, é a vontade política.” (Kelsen, 2002, p. 105).

A aposta no relativismo filosófico e político e a certeza de que o ser humano sempre se depara com verdades parciais irão nortear as análises de Kelsen sobre os ideais contidos no conceito de democracia.

A liberdade é um dos primeiros conceitos revisitados à luz do relativismo. O autor aponta para a transição da liberdade natural – na qual não se pressupõe a existência de limitações jurídico-sociais, mas vigora uma espécie de determinação cósmica ou divina – para a social, que implica a submissão do indivíduo a uma ordem normativa de cuja elaboração ele próprio participou.

A idéia de liberdade como autonomia, contudo, não pode ser concretizada, na prática, abdicando do recurso à representação, como almejou Rousseau.⁴ Não pode, tampouco, esperar que todas as decisões impostas à coletividade sejam tomadas por unanimidade.⁵ Nas sociedades democráticas pensadas por Kelsen, a unanimidade cede lugar à decisão por maioria e, ainda assim, encontra-se resguardada a liberdade como autodeterminação. Segundo o autor, “o fato de se continuar falando de autonomia e considerando cada um como submisso à própria vontade, enquanto o que vale é a lei da maioria, é um novo progresso da metamorfose da idéia de liberdade.” (Kelsen, 2002, p. 30).

Isso é possível porque mesmo vigorando o princípio majoritário, as minorias são protegidas tanto pelos direitos e liberdades individuais previstos nas constituições democráticas como pelos próprios arranjos institucionais que permitem a mudança de opinião e também de legislação tão logo se forme uma nova maioria.

Dessa forma, se com a adoção do princípio da maioria nem todos os indivíduos são livres – a minoria vencida pode não se considerar livre no sentido da autonomia – pelo menos o maior número o é. Logo, pode-se dizer que a ordem social contraria o menor número de cidadãos e, mesmo assim, por um período determinado, uma vez que a minoria pode a qualquer momento tornar-se maioria e reverter o resultado de uma decisão política. Tal

⁴ Rousseau é considerado por Kelsen um teórico-chave para se pensar a questão da liberdade e da autonomia política no Estado. Como sabido, Rousseau, no *Contrato Social*, rejeita a representação política no exercício do poder legislativo, admitindo-a apenas no exercício das funções de governo (executivas e judiciárias). Para que seu modelo funcione torna-se bastante relevante que os Estados reais aproximem-se o máximo possível da República ideal, aquela com pequenas dimensões territoriais e com uniformidade de costumes, como enfatizado em seus esboços constitucionais, notadamente, no *Projeto de Constituição para a Córsega* e nas *Considerações sobre o Governo da Polônia*. Nessas condições seria possível a liberdade e a autonomia política, haja vista o cidadão participar diretamente da aprovação das normas às quais ele será submetido. É exatamente a coesão de costumes e a tentativa de forjar uma identidade entre os concidadãos, tentativa essa presente na obra de Rousseau e retomada por Schmitt, grande interlocutor de Kelsen no que diz respeito a questões de democracia e representação, que Kelsen almeja afastar ao defender o relativismo filosófico. Cf. Rousseau, 1999; Rousseau, 2003, pp. 177-220; pp. 221-316.

⁵ Não se está afirmando aqui que Rousseau exigia a unanimidade para todas as decisões políticas. Da leitura do *Contrato Social* verifica-se que a única decisão para a qual é exigida unanimidade é o pacto social. Para todas as outras decisões, o voto da maioria é suficiente para se obrigar aos demais perante a lei. Não obstante, a unanimidade continua a ser um ideal a ser buscado, sobretudo nas decisões mais relevantes para uma determinada comunidade política. Cf. Rousseau, 1999 (*Livro IV, Cap. I e II do Contrato Social*).

limitação do conceito de liberdade é considerada por Kelsen aceitável, principalmente em razão da possibilidade do resultado final ser alterado.⁶

A liberdade, para Kelsen, é o princípio fundamental da democracia. A mudança na idéia de liberdade contrapõe a democracia ideal à real. Aliás, a comparação entre idéias e realidade é algo que perpassa toda a análise kelseniana de democracia. Kelsen parece trabalhar com duas idéias de liberdade. Isso já aparece em seus trabalhos dos anos 20, mas é explicitado em um texto de 1954 – *Fundamentos da Democracia* – no qual o autor ressalta que o antigo conceito de democracia, que apresentava como principal característica a idéia de liberdade como autodeterminação, foi modificado pelo liberalismo político, que limitou o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo. Dessa forma, as liberdades individuais foram incluídas no conceito de democracia. Nessa perspectiva, a democracia é definida essencialmente como um governo do povo, no qual o elemento processual (autonomia) fica em primeiro plano “e o elemento liberal – enquanto conteúdo específico da ordem social – tem importância secundária.” (Kelsen, 2002, p.143).

Destarte, verifica-se que a liberdade como autonomia é aquela que define primeiramente um regime democrático, pois está associada à produção das leis do Estado. Mas, num segundo plano, o autor afirma que para ser reconhecida como “democrática” uma ordem social deve abrigar em seu conteúdo normas que protejam as liberdades individuais. Essa liberdade negativa é então aquela assegurada aos que não são partícipes da elaboração da ordem estatal.

Além disso, ao identificar a liberdade como autonomia, a grande preocupação de Kelsen é contrapor-se à heteronomia. Segundo ele, a liberdade social ou política implica a necessidade de coerção social. O grande problema a ser enfrentado é reduzir ao mínimo o afastamento entre a liberdade anárquica e a heteronomia (coerção externa). Assim, se os indivíduos precisam submeter-se a uma ordem externa, o ideal seria, como pressupôs Rousseau, que eles fossem os próprios autores desta ordem. Contudo, como isso não é possível para todos os indivíduos, é melhor que sejam coagidos por uma ordem emanada de uma instituição impessoal – o Estado, cuja vontade é formada no parlamento segundo o princípio da maioria.

⁶ Nas discussões de Kelsen a respeito da democracia parlamentar e do sistema representativo verifica-se grande preocupação com a questão da representatividade, ou seja, com a possibilidade dos cidadãos de fato terem a possibilidade de interferir na tomada de decisão política. Isso pode ser melhor visualizado na análise do contexto no qual essa questão é levantada por Kelsen no início da década de 1920. A esse respeito ver a reconstrução histórico-teórica da discussão kelseniana sobre a democracia em: Lagi, 2011, pp. 3-25.

Segundo o autor, a democracia, no plano da idéia, “é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social é realizada por quem está submetida a essa ordem, isto é, ao povo. (Kelsen, 2002, p. 35). Surge, contudo, a questão: quem é o povo? Para a democracia, o povo é uma pluralidade de indivíduos que constitui uma unidade que é “ou teoricamente deveria ser – não tanto objeto mas principalmente sujeito do poder.” (Kelsen, 2002, p. 35). Duas questões serão reavaliadas nessa definição: em primeiro lugar, a idéia de pluralidade como unidade; em seguida, as condições nas quais o povo pode ser sujeito do poder.

Ao considerar as diversidades étnicas, religiosas, econômicas, entre outras, o autor observa que é bastante difícil afirmar a unidade de tal pluralidade. Na verdade, reconhece Kelsen,

(...) o povo só parece uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica estatal constituída. (...) 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. (Kelsen, 2002, p. 36).

Esse povo, que somente se constitui como unidade quando regulado pelo direito do Estado, é sujeito do poder político apenas quando intervém na criação das leis às quais está submetido. Kelsen distingue o povo como sujeito do poder – que participa da elaboração da ordem social, do povo como objeto do poder – aquele que está submetido às normas sem tomar parte na sua criação. Para ele, tal separação é um fato inevitável e mesmo em uma democracia direta haveria aqueles sobre os quais recairiam limitações legais (como, por exemplo, as crianças, os portadores de doenças mentais, e todos demais que temporariamente não estão no gozo de seus direitos políticos).

Numa democracia parlamentar, que é justamente o objeto da atenção do autor, essa diferença é muito mais acentuada, uma vez que apenas os representantes do povo participam da formação da ordem social. Mesmo reconhecendo que “o ‘povo’ que representa o substrato da idéia democrática é o povo que comanda, e não o que é comandado” o autor considera que “seria lícito, de um ponto de vista realista, reduzir ulteriormente a noção em questão.” (Kelsen, 2002, p. 38).

Se o conceito de povo sofre uma restrição para adequar-se àquilo que Kelsen entende por “democracia real”, o conceito de Estado apresentado a partir de critérios relativistas experimenta uma verdadeira transformação se comparado à definição dada pelo absolutismo político. Tal modificação toca também o conceito de soberania.

Uma definição absolutista de Estado compreende-o como uma “uma entidade supra-individual e, de certo modo, coletiva, um organismo místico e como tal, uma autoridade suprema, a realização do valor absoluto”. A soberania exerce aqui um papel fundamental, pois efetua “a divinização do Estado, representado, em sua totalidade, pelo governante divino.” (Kelsen, 2002, p. 192).

A essa concepção contrapõe-se a relativista adotada por Kelsen, segundo a qual o Estado não é “uma realidade transcendente para além do conhecimento racional e empírico, mas uma ordem normativa específica que regula o comportamento mútuo dos homens.” Retratado como algo que garante, por meio do direito, a convivência de seus membros, o Estado pode recusar também “o conceito de soberania como a ideologia de um poder político definido” e negar sua aplicação à realidade político-jurídica. (Kelsen, 2002, p. 193).

Ao submeter o Estado à ordem normativa, Kelsen afasta-se do conceito metafísico de soberania surgido com o contratualismo, conceito este que assegurava a própria existência da comunidade política. A existência do Estado é agora assegurada pela “validade e eficácia de uma ordem normativa” e, em último plano, pelos indivíduos responsáveis pela criação desta ordem. (Kelsen, 2002, p. 193).

Até aqui se buscou demonstrar como o relativismo filosófico e político abraçado por Kelsen influenciou diretamente sua compreensão de democracia e proporcionou a reformulação de conceitos de grande relevância para a definição de uma ordem social como democrática. A seguir, pretende-se examinar como esses conceitos reformulados apresentam-se na democracia parlamentar, que tem como uma de suas metas a despessoalização do poder político.

II - Democracia e despessoalização do poder político

A aplicação do relativismo ao ideal democrático possibilita a despessoalização do exercício do poder político, haja vista que este deve concentrar-se em instituições, e não em pessoas. Como se verá a seguir, as instituições da república parlamentar defendida por Kelsen são delineadas exatamente para evitar esse mal.

Segundo o autor, a democracia no Estado Moderno pode ser definida como “indireta, parlamentar, em que a vontade geral diretiva é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos titulares dos direitos políticos.” (Kelsen, 2002, p. 42). Os direitos políticos, identificados com a liberdade, restringem-se ao mero direito de voto.

O parlamento, e sua capacidade ou incapacidade de resolver questões sociais, é colocado pelo autor como um tema central nas repúblicas democrático-parlamentares, pois, segundo o autor, diante da impossibilidade de realização de uma democracia direta, “não se pode duvidar seriamente que o parlamentarismo seja a única forma real possível da idéia de democracia.” (Kelsen, 2002, p. 46). Posto isso, Kelsen dedica-se à defesa da democracia parlamentar perante as críticas tecidas tanto pela direita quanto pela esquerda.

O parlamentarismo é uma instituição cuja essência é objetiva e consiste na “formação da vontade diretiva do Estado através de um órgão colegiado eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igualitário, vale dizer democrático, segundo o princípio da maioria.” (Kelsen, 2002, p. 46). O ideal que orienta o parlamento é o de liberdade. Mas esse ideal depara-se com dois elementos que restringem sua força natural, são eles: o princípio majoritário e a formação indireta da vontade estatal. O parlamentarismo, ressalta Kelsen, “apresenta-se, então, como uma conciliação entre a exigência democrática de liberdade e o princípio da distribuição do trabalho.” (Kelsen, 2002, p. 47). Uma das grandes contribuições da teoria kelseniana para a democracia real é demonstrar que esses dois elementos coadunam-se com o ideal de liberdade.

A necessidade de divisão do trabalho segundo uma diferenciação social leva à formação indireta da vontade do Estado e, portanto, à questão da representação. Ao apresentar uma nova concepção de “povo” o autor admitiu que a criação da ordem social não se realiza por todos os indivíduos que fazem parte do Estado, mas apenas por um corpo restrito escolhido pelos titulares de direitos políticos. Essa redução leva necessariamente à questão da constituição dos partidos políticos. Segundo o autor, por não existir um “‘povo’ como potência prática, a evolução democrática faz, sim, com que a massa dos indivíduos isolados se agrupe e se constitua em partidos políticos.” (Kelsen, 2002, p. 42).

Kelsen não só admite a existência de partidos como ressalta a importância de sua atividade para o êxito da democracia. Tal defesa é bastante relevante, pois expressa-se em uma época em que os partidos recebiam fortes críticas de teóricos do direito e do Estado, como aquelas formuladas por Carl Schmitt. Argumentava-se que os partidos eram nocivos às repúblicas democráticas por apenas representarem interesses de grupos e, por essa razão, comprometiam o ideal de interesse comum que deveria ser promovido pelo Estado.

Kelsen enfrenta essas críticas reafirmando sua crença em que, ao lado de partidos formados apenas com base em interesses, existem também aqueles fundados em uma comunhão de convicções. O autor considera legítimo que convicções plurais encontrem lugar

no espaço político para se manifestarem. E, ainda, não aceita as alegações de que os partidos sejam incompatíveis com o dever estatal de promover o bem comum, haja vista que,

(...) o ideal de um interesse geral superior e transcendente aos interesses dos grupos, por isso mesmo dos partidos, o ideal de uma solidariedade de interesses de todos os membros da coletividade sem distinção de confissão, nacionalidade, classe, etc., é uma ilusão metafísica (...). (Kelsen, 2002, p. 41).

Dessa maneira, o autor afirma que a democracia real não é possível sem a existência dos partidos, os quais reúnem os indivíduos em grupos segundo suas próprias afinidades políticas e atuam com o intuito de produzir acordos entre os diferentes interesses e convicções existentes. Esses acordos deverão ser realizados no parlamento, segundo o princípio da maioria, e originarão a vontade do Estado.

O princípio majoritário apresenta-se, então, como o elemento responsável por conduzir os partidos à formação da vontade do Estado. Kelsen preocupa-se, num primeiro momento, em afastar o medo, bastante presente nas teorias da democracia, de que a maioria oprima a minoria e ignore seus direitos.

Essa ameaça é dissipada, externamente, pelo próprio modo como se formam, no seio da sociedade, a maioria e a minoria. Em eleições democráticas devem ser observados critérios como: sufrágio universal, igualitário, livre e secreto. Há de ser adotado, ainda, para oferecer maior segurança às minorias, o sistema eleitoral proporcional, no qual todos os grupos políticos podem fazer-se representar de acordo com sua força. Kelsen acredita que a proporcionalidade impulsiona os eleitores a votarem em partidos e nas convicções por eles defendidas, e não apenas em candidatos segundo critérios pessoais, afastando, dessa forma, a personalização dos mandatos. A sujeição da minoria à maioria é evitada também pelos direitos e liberdades individuais garantidos constitucionalmente.

No interior do parlamento, as minorias encontram abrigo no próprio princípio majoritário que se realiza de duas formas. No que tange o processo legislativo que dará origem a leis constitucionais, exige-se, para proporcionar maior proteção aos direitos e liberdades individuais, que a votação se dê por maioria qualificada. A aprovação de leis ordinárias, distintamente, deverá se dar por maioria simples, uma vez que a exigência de um quorum especial dificulta a alteração da ordem social e, como ressalta Kelsen, um indivíduo somente é livre, segundo critérios de autonomia, quando sua vontade coaduna-se com a da maioria e, portanto, com a ordem social constituída. Ao abdicar de um quorum qualificado para a legislação ordinária permite-se que os indivíduos atinjam a liberdade mais facilmente,

pois se torna mais simples encontrar uma maioria que comungue de suas opiniões e convicções.

Com relação aos mecanismos de defesa e proteção das minorias dentro do sistema parlamentar é importante ressaltar ainda que Kelsen visualiza no obstrucionismo realizado corretamente (discursos prolongados, pedidos de escrutínio por chamada nominal, moções de urgência que invertem a prioridade da agenda parlamentar, etc.) um meio eficiente de gerar um acordo entre maioria e minoria (cf. Kelsen, 2002, p. 75).

De fato, Kelsen ressalta que uma das grandes contribuições do princípio majoritário é sua propensão a criar um processo no qual as partes tenderão, automaticamente, à formação de uma maioria e, para tanto, será necessário a realização da integração social. De acordo com o autor, “todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio de maioria na democracia real.” (Kelsen, 2002, p. 70). O conceito de vontade geral⁷ dá então lugar ao de vontade do Estado, que é aquela formada no parlamento mediante a realização de um acordo – o compromisso – entre os grupos (partidos) que o compõem. Logo, o compromisso é aquilo que possibilita a criação da ordem social.

O parlamento, entretanto, é uma instituição que sofreu severas críticas, algumas, como aquelas formuladas pelo jurista Carl Schmitt, chegaram a mencionar a existência uma crise do sistema parlamentar. (cf. Schmitt, 1996). Schmitt considerou que a ruína do parlamentarismo ocorreu em razão do fracasso de seus próprios pressupostos teóricos, quais sejam: *discussão* e *publicidade*. Enquanto a discussão compromete a homogeneidade ao permitir a existência de uma pluralidade de interesses e convicções, a publicidade encontrara

⁷ Vontade geral é um conceito que, embora não tenha sido utilizado em primeira mão por Rousseau, tornou-se uma referência para a filosofia política e do Direito a partir da obra do genebrino. Esse conceito, contudo, conforme delineado por Rousseau, apresenta ambigüidades. Rousseau fala da vontade geral, muitas vezes, como um ideal normativo que deve ser equiparado ao bem e ao interesse comum. Em outros momentos, ele refere-se a esse conceito como sendo o resultado da votação da maioria. Um problema que permanece, para Rousseau, é aquele da formação da vontade, haja vista ele não admitir a representação e tampouco a deliberação pública do povo em momentos que precedem a votação. Sendo assim, Rousseau parece pressupor que a vontade já foi formada em momento anterior à votação e esta é apenas um processo de descoberta ou da melhor interpretação a respeito daquilo que deve ser a vontade geral. Mas a aposta nessa formação da vontade anterior ao processo de decisão só é possível porque, como já mencionado em nota anterior, Rousseau pressupõe uma comunidade política bastante uniforme em costumes, cuja educação dos cidadãos para o patriotismo teria a tarefa de ensiná-los a respeito do conteúdo da vontade geral ou do bem comum. (Cf. Rousseau, 1999 – Livro II, Cap. III e Livro IV, Cap. II do *Contrato Social*; sobre considerações a respeito da história do termo “vontade geral ver Shklar, 1969, p. 169 e Pinzani, 2006, pp. 219-221). Ao recusar-se esse modelo comunitário de formação da vontade, torna-se necessário pensar a respeito dos procedimentos por meio dos quais a vontade será formada. Nesse sentido, Kelsen recusa um ideal de vontade anterior àquela formada no Parlamento e opta pela votação majoritária e pelo compromisso como meios de formação do que virá a ser considerada a vontade do Estado.

seu limite no voto secreto, momento em que o interesse público sucumbe perante o interesse privado.

Essas questões, tão importantes para a coerência das teses schmittianas, não chegam a representar um problema para Kelsen, pois o conceito de democracia por ele defendido é capaz de operar num contexto de pluralidade de interesses e por meio de instituições aptas a gerar um compromisso que se expressa como vontade estatal e, nesse sentido, não necessariamente como vontade geral.

Kelsen refuta a existência de uma crise no parlamento e, embora admita a existência de “um certo cansaço” entende que o parlamentarismo pode até mesmo ser aprimorado, mas não eliminado. É possível, por exemplo, ampliar a participação do povo na criação da ordem social e também aumentar o controle dos eleitores sobre os eleitos. Para tanto o autor propõe que mecanismos como o referendo e a iniciativa popular, já previstos nas constituições democráticas, sejam utilizados com mais frequência. (cf. Kelsen, 2002, p. 45).

Kelsen não defende o mandato imperativo, mas advoga no interesse da existência de um controle, previsto em lei, dos eleitores, ou pelo menos de um grupo de eleitores organizados em partidos políticos, sobre seus representantes. Reivindica também a limitação da imunidade parlamentar e é simpático à imposição da fidelidade partidária, admitindo inclusive a perda do mandato nos casos em que a votação ocorre por meio de “lista fechada” (c. Kelsen, 2002, p. 119).

Em uma democracia parlamentar é esse conjunto de instituições o responsável pela despersonalização do poder. São as instituições e os mecanismos criados para possibilitar a formação do compromisso que, de certa forma, contribuem para que a escolha dos representantes e as decisões aconteçam com base mais em convicções do que em interesses meramente egoístas. A crença nas instituições representa o núcleo republicano da teoria democrática kelseniana e, como bom republicano, o autor não poderia deixar de defender o postulado do “império da lei” diante do domínio da vontade humana.

III – A redução do político ao jurídico

Quando Kelsen menciona que o ideal de liberdade deve sofrer limitações ao ingressar no espaço político, verifica-se que o princípio da legalidade surge como um dos principais elementos restritivos. Esse princípio se impõe como uma das garantias dos direitos e liberdades dos indivíduos, mas também como aquele que oferece segurança às minorias e, em última instância, é o que assegura a própria democracia, através de um controle de

constitucionalidade e de legalidade que deve ser observado em todas as instâncias de produção da ordem social.

A ordem social, segundo Kelsen, é concebida em duas fases: em primeiro lugar pelas normas gerais (legislação) – “formação (relativamente) livre da vontade”; em seguida pelas normas individuais (execução) – “formação (relativamente) vinculada da vontade.” (Kelsen, 2002, p. 80). Enquanto as primeiras são criadas no parlamento, as segundas provêm da ação do executivo e do judiciário. Se o parlamento encontra restrições mais severas apenas na legislação constitucional, cuja alteração está sujeita à aprovação por maioria qualificada, o executivo e o judiciário são limitados também pela legislação ordinária, à qual devem submeter todos os seus atos e decisões. Assim, na concepção kelseniana não é desejável que se estenda o princípio da democracia pura para a administração e para a jurisdição, haja vista que a vontade geral (ou estatal) poderia submeter-se à vontade das partes, ou seja, as normas gerais poderiam ser preteridas pelas normas individuais.

Segundo Kelsen, o caráter racionalista da democracia impinge a determinação, mediante uma lei preestabelecida, de todos os atos das instituições do Estado a fim de torná-los calculáveis. O autor enfatiza que,

Há uma franca necessidade de racionalizar o processo no qual o poder do Estado se manifesta. É esse o motivo pelo qual a legislação é vista como a base das outras funções do Estado. O ideal de legalidade desempenha um papel decisivo: admite-se que os atos individuais do Estado podem ser justificados por sua conformidade com as normas gerais do Direito. A segurança jurídica, em vez da justiça absoluta, ocupa o primeiro plano da consciência jurídica. (Kelsen, 2002, p. 185).

Em razão das exigências de segurança jurídica, legalidade e calculabilidade das funções do Estado são delineadas instituições cuja finalidade é controlar essas funções, de forma que sua atuação seja legítima, isto é, que se desenvolva submetida aos postulados acima mencionados. O próprio Estado, como já demonstrado acima, não é compreendido como nada além de uma ordem normativa cuja existência é encontrada na validade e na eficácia do Direito.

Bastante pertinente ao tema em análise é a discussão sobre que instituição deve assumir o papel de garante do princípio da legalidade, ou seja, quem deve ser o guardião da constituição? Essa questão remete a outro debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no qual estão em discussão problemas relevantes como: quem deve decidir sobre questões políticas ou ainda, quais são as funções específicas de cada poder.

Enquanto Schmitt entende haver uma distinção entre funções jurisdicionais e funções políticas e defende que decisões políticas, como o pronunciamento sobre a

constitucionalidade da legislação, não podem ser tomadas por uma instituição com funções simplesmente jurisdicionais (os tribunais), Kelsen acredita que se a “política” puder ser oposta à “jurisdição”, então a política somente poderá ser definida como “exercício do poder” em contraposição ao “exercício do direito”. Ora, para o jurista austríaco isso seria inconcebível, uma vez que o poder político só pode ser posto em prática em submissão ao princípio da legalidade e, portanto, ao Direito. (cf. Kelsen, 2003, pp. 237-298).

IV – Considerações Finais

A concepção de democracia defendida por Kelsen é completamente marcada pela tentativa de afastar os resquícios absolutistas e metafísicos dos ideais que integram a própria noção de democracia. Ao reformular esses conceitos buscando “depurá-los” de sua influência metafísica, o autor acaba por reduzi-los àquilo que pode ser definido, compreendido e assegurado por meio do Direito. É assim, por exemplo, com os conceitos de liberdade, povo, Estado, interesse público, vontade geral. Até mesmo a soberania popular, embora pouco mencionada ou tratada no texto, desvanece-se juntamente com a redução do povo ao conjunto de representantes eleitos que atuam como criadores da ordem social. Verifica-se então que o direito é, ao mesmo tempo, aquilo que permite e tutela a realização da política.

Se essa redução pode ser apontada como uma crítica, uma vez que parece não deixar muito espaço para a ação política e/ou para a autodeterminação dos indivíduos e, desta maneira, esvazia a democracia ideal, é também necessário ressaltar que os postulados apresentados por Kelsen contribuem sobremaneira para a efetivação da democracia real.

A democracia real, contudo, não é apenas um conceito formal e neutro, ela possuiu um valor. Trata-se da democracia representativa e liberal, que demanda a formação mediada e indireta da vontade estatal pelos cidadãos e pressupõe direitos e liberdades individuais por meio dos quais a democracia se diferencia de uma ditadura ou de uma autocracia.

Ademais, a proposta de combate à personalização do poder político por meio de instituições fundadas em princípios democráticos e passíveis de controle social, político e jurídico é fundamental para qualquer república democrática. É também bastante relevante seu posicionamento sobre o papel desempenhado pelos partidos políticos na formação de um compromisso dentro da instituição parlamentar, além da aceitação do conflito de interesses. A admissão da manifestação de interesses e convicções plurais no espaço público – questão que talvez analisada hoje pareça bastante trivial, principalmente após o desenvolvimento das teses

feministas, comunitaristas e multiculturalistas, contrapunha-se ao contexto de sua época, marcado tanto na teoria como na prática por apelos à unidade e à homogeneidade (fascismo, comunismo).

Até mesmo as teses sobre o aumento do controle dos eleitores sobre seus representantes, ou a limitação da imunidade parlamentar ou ainda, a defesa da fidelidade partidária e da perda do mandato, a reformulação de conceitos como interesse e vontade geral, são temas que ocupam, ainda hoje, um lugar privilegiado na lista dos assuntos conflituosos da filosofia e da teoria política e do direito. Por essas razões, os argumentos apresentados por Kelsen em sua defesa da democracia parlamentar são bastante atuais e de grande contribuição para as teorias da democracia hodiernas.

V – Referências bibliográficas

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: Sequência, v. 03, n. 04 (1982), pp. 116-132.

GALUPPO, Marcelo Campos. Positivismo Jurídico. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.) Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, pp. 85-93.

KELSEN, Hans. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: *A Democracia*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 345-357.

_____. Essência e valor da democracia. In: *A Democracia*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 23-102.

_____. Fundamentos da democracia. In: *A Democracia*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 137-297.

_____. O problema do parlamentarismo. In: *A Democracia*. 2.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 109-135.

_____. Quem deve ser o guardião da constituição. In: *Jurisdição Constitucional*. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 237-298.

LAGI, Sara. Hans Kelsen: pensador político. In: *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, año 13, nº 25. Primer semestre de 2011. Pp. 3-25.

PINZANI, Alessandro. *Ghirlande di fiori e catene di ferro: Istituzioni e virtù civili in Machiavelli, Hobbes, Rousseau e Kant*. Firenze: Le Lettere, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução Antonio de Pádua Danesi, 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Projeto de Constituição para a Córsega. In: *Rousseau e as Relações Internacionais*. Trad. Sérgio Bath; Prefácio de Gelson Fonseca Jr. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, pp. 177-220.

_____. Considerações sobre o Governo da Polônia e sua projetada Reforma. In: *Rousseau e as Relações Internacionais*. Trad. Sérgio Bath; Prefácio de Gelson Fonseca Jr. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003, pp. 221-316.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SHKLAR, Judith. *Men and citizens: a study of Rousseau's social theory*. Cambridge: Cambridge UP, 1969.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.