

Introdução

Ao contrário do que a muitos pode parecer, o interesse teórico que pela democracia Hans Kelsen demonstrou rivaliza em intensidade ao por ele dispensado à filosofia do direito, ao direito constitucional ou ao direito internacional, por exemplo, âmbitos em que obteve notório destaque.

Com efeito, a presença da política como objeto de seus cuidados é flagrante. Dela tratou sem que necessitasse, como pretexto, de elucubrações jurídicas para emergir, nada obstante em muitas de suas obras com estas dividisse espaço. Há inúmeros escritos assinados por Hans Kelsen que enfatizam preocupações concernentes ao tema. O rigor analítico que destinou aos temas jurídicos foi estendido às questões políticas que pontificaram em seu tempo.

Como testemunhas do afirmado, podem ser citados, a título meramente exemplificativo, os seguintes escritos: *Politische Weltanschauung und Erziehung* (Concepção política do mundo e educação), publicado em 1913; *Sozialismus und Staat* (Socialismo e Estado), de 1920, ano que também viu o lançamento da primeira edição de *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Essência e valor da democracia); *Gott und Staat* (Deus e o Estado), pouco tempo depois, mais exatamente em 1922; *Das Problem der Parlamentarismus* (O problema do parlamentarismo), em 1924; *Allgemeine der Staatslehre* (Teoria geral do Estado), obra lançada em 1925 - primeira de suas obras-síntese¹ - e onde Kelsen dedica

¹ Utilizo-me da expressão *obra-síntese* para designar os escritos por intermédio dos quais pretendeu Hans Kelsen oferecer ao seu leitor exposição exata e tão sucinta quanto possível de sua teoria. Entendo que tenha sido 05 (cinco) seu número total. Desde uma distribuição cronológica, considero como primeira delas a publicada em 1925 sob o título *Allgemeine Staatslehre* (Teoria geral do Estado). Em seguida, vejo a datada de 1934, denominada *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. (Teoria pura do direito. Introdução à problemática científica do direito). Em 1945, já em solo norte-americano, para onde emigrou em fuga do totalitarismo europeu, Hans Kelsen fez publicar, a terceira, *General Theory of Law and State* (Teoria geral do direito e do Estado). A quarta delas seria *Théorie Pure du Droit. Introduction a la science du droit*. (Teoria pura do direito. Introdução à ciência do direito), vertida originalmente em língua francesa em 1953; e, finalmente, em 1960, Kelsen apresenta *Reine Rechtslehre* (Teoria pura do direito), a mais traduzida de todas as suas obras. Do exposto não resulta, porém, e sublinhe-se firmemente, que a teoria pura do direito tenha alcançado sua formulação final nesta última obra-síntese. Entre inúmeros exemplos que se pode aduzir para demonstrar tal assertiva, parece ser suficiente a menção, até mesmo pela facilidade de acesso que aos leitores de língua portuguesa a obra apresenta, a *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoria geral das normas), publicação póstuma de 1979 (Hans Kelsen faleceu em 1973). Tal obra, pela circunstância de sua

parcela considerável de páginas ao contraste democracia-autocracia; *Die platonische Gerechtigkeit* (A justiça platônica), em 1938; *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics* (Absolutismo e relativismo em filosofia e em política), logo após a Segunda Grande Guerra, em 1948; *Foundations of democracy* (Fundamentos da democracia), de 1955; dois anos depois, em 1957, *Science and politics* (Ciência e política); e *Das Problem der Gerechtigkeit* (O problema da justiça), em 1959.

Algumas delas - como se pode notar - foram tiveram sua versão original em inglês, pois foram redigidas e primeiramente publicadas quando Hans Kelsen vivia nos Estados Unidos em virtude do exílio que lhe havia sido imposto pela circunstância política européia.

O que se pretende assinalar neste momento introdutório é a ocupação constante deste autor com questões afetas à política. A presença deste interesse teve em Kelsen a mesma vitalidade que nele apresentou a problemática concernente ao direito.

Se em 1911, com *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemas fundamentais da teoria jurídica do Estado), tem-se o marco inicial de sua construção teórico-jurídica, apenas dois anos depois há o lançamento de *Politische Weltanschauung und Erziehung*, primeiros passos de sua investida em teoria política se optarmos por deixar de lado as considerações que realizou em uma publicação menos relevante: sua tese doutoral intitulada *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (A teoria do Estado de Dante Alighieri), que teve como parte significativa uma investigação acerca das formas do Estado – monarquia e democracia - na obra de Dante.²

Sobre ambos temas, filosofia jurídica e teoria política, Kelsen projetou seu interesse avançando para além do momento de sua aposentadoria, ocorrida no começo dos anos cinquenta, mais exatamente em 1952, na Universidade da Califórnia (Berkeley), onde se encontrava vinculado ao departamento de Ciência Política.

elaboração - reunião e organização de manuscritos levadas a efeito pelo Instituto Hans Kelsen -, não parece situar-se entre as obras-síntese do autor em tela, sobretudo por faltar-lhe o sentido de conjunto e de unidade, ao menos na intensidade comparável àquelas cinco obras mencionadas.

² *La teoría del Estado de Dante Alighieri*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés. Oviedo : KRK Ediciones, 2007. pp. 167-215.

A disposição cronológica de algumas de suas publicações bem demonstra que pelo menos três de seus importantes escritos referidos à política foram posteriores ao encerramento de suas atividades como docente. *Foundations of democracy*, *Science and politics* e *Das Problem der Gerechtigkeit*, obras de relevantíssima importância em seu pensamento, foram redigidas quando Hans Kelsen já contava com quase 80 anos de vida.

Há outro aspecto que merece destaque. Entre 1913, com a publicação de *Politische Weltanschauung und Erziehung*, e 1959, com *Das Problem der Gerechtigkeit*, tem-se um lapso temporal de quase cinco décadas no qual ocorreram as duas Grandes Guerras mundiais e em que se verificou um intenso conflito ideológico. Durante este período houve uma diferença por demais significativa entre o caminho percorrido por Kelsen no desenvolvimento de sua perspectiva jurídica e o que foi por ele cumprido em suas investigações acerca da política.

Enquanto tratava primordialmente do direito, sua construção sofreu diversas e substantivas alterações, todas elas tendentes a superar específicos pontos que, com os seguidos debates aos quais a teoria pura foi submetida, passaram a reclamar revisão.

Tais alterações foram realizadas sem qualquer constrangimento, e delas conta-nos o próprio Kelsen, v.g., no prefácio de *General theory of law and State* (Teoria geral do direito e do Estado)³, de 1944, e no prefácio à 2ª edição de *Reine Rechtslehre* (Teoria pura do direito), escrito em 1960.⁴

Por outro lado, quando ocupado com questões de teoria política, manteve-se Kelsen irredutível tanto na leitura que fazia da democracia em seu sentido ideal, quanto nas exigências que enxergava como imprescindíveis à sua realização na complexas sociedades contemporâneas, onde somente haveria

³ *General theory of law and State*. 6. ed. Trad. Anders Wedberg. Cambridge : Harvard University Press, 2003. p. XIII.

⁴ Apesar de ser corrente a admissão de terem sido apenas duas as edições de *Reine Rechtslehre*, a de 1934 e a de 1960, consideramos a edição suíça de 1953 publicada em francês bastante significativa em novidades, não se tratando de mera reprodução, ou sequer de nova redação, das idéias em 1934 divulgadas. Tampouco seus acréscimos viriam a ser repetidos pela edição de 1960. Nesta última, ao contrário, a posição teórica de seu autor foi uma vez mais revisada. Nosso entendimento encontra suporte na pena do próprio Kelsen, que no prefácio à edição de 1960 aponta a versão de 1953 como um momento novo e que posteriormente viria a ser alterado. Defendemos, destarte, serem três, e não duas, as edições de *Reine Rechtslehre*. Contudo, feita esta ressalva, e observando a tradição que não temos a objetivo de com a redação destas linhas superar, seguiremos nos referindo às edições de *Reine Rechtslehre* publicadas em 1934 e em 1960 como primeira e segunda edições, respectivamente.

espaço para uma democracia matizada pela irrecusável necessidade de atender ao princípio da divisão do trabalho.

Nada obstante a constância de suas preocupações teóricas também terem sido voltadas à política, seu pensamento referido ao direito foi o que lhe deu notoriedade. Suspeitamos de que este fato deva-se, acima de qualquer outro, à oposição que sua perspectiva apresentava frente às duas principais correntes ideológicas que freqüentaram o século XX: o liberalismo econômico e o socialismo marxista-leninista.

Os pressupostos que alimentaram sua teoria pura do direito são os mesmos que deram vigor à sua teoria política, e no longo período de comoção social vivenciado naquele século posturas antimetafísicas e relativistas não desfrutavam de grande prestígio no debate acerca dos destinos a serem conferidos às ordens sociais.

Talvez este seja o motivo pelo qual o pensamento político de Kelsen não tenha alcançado o prestígio que – entendemos – merecia. E tendo restado quase que esquecido, parece-nos conveniente torná-lo visível e operante.

“Visível” pelo valor teórico que encerra, quando pode passar a fazer parte das discussões acadêmicas com grande relevo, destacando uma rica faceta daquele que foi um dos mais significativos pensadores do século XX. “Operante” porque, desde que se opte pela alternativa democrática como modelo preferencial de organização estatal, seu pensamento funciona como uma espécie de antídoto à posição místico-teológica que não raro imiscui-se nos debates políticos conduzindo a propostas dotadas, em última análise, de forte acento autocrático.

Consideradas em seu conjunto, as obras kelsenianas quando ocupadas exclusiva ou parcialmente da política tratam primordialmente dos seguintes pontos: definição da democracia, pressupostos de sua compreensão/adesão e condições institucionais de sua realização empírica.

Neste passo, o presente trabalho tem a ambição de descortinar sua perspectiva a respeito destes itens. E para o cumprimento deste objetivo, muitos caminhos podem se apresentar. Escolhemos o que ressalta uma característica por demais evidente na elaboração do pensamento kelseniano: seu caráter insurgente.

Insurgente no sentido de, ao deparar-se com toda a tradição que lhe antecedeu ou ao estar diante do discurso em voga no seu tempo, ter sido desenvolvido como um exercício de oposição. O pronunciamento teórico

kelseniano foi, em todas as áreas em que interveio, marcado pela divergência. Com efeito, entendemos que seu articulado foi uma constante construção moldada por contraste, pela tentativa de superar o contexto teórico que encontrava.

Optamos então por deixar transparecer aqui este espírito. E estruturamos este trabalho em atenção a esta escolha.

Assim, ao cuidarmos nos itens iniciais dos pressupostos da democracia, o faremos sublinhando o pensamento kantiano (2.) e firmando os limites do prestígio que Hans Kelsen lhe emprestou. A teoria do conhecimento erguida em Königsberg é o principal momento desta etapa, pois nela encontra-se a pedra fundamental das reflexões epistemológicas kelsenianas: a recusa da possibilidade de se conhecer objetivamente o metaempírico (2.1.).

O neokantismo desenvolvido nas chamadas Escolas de Heidelberg e Marburgo não poderiam deixar de ser tratados (2.1.1) como centros dos quais Hans Kelsen extraiu noções que sustentaram todo desenrolar de seu pensamento: a diferença que reputa insuperável entre *ser* e *dever-ser* e o sentido constitutivo do método empregado pelo cientista.

Este aspecto constitutivo é concebido pelo relativismo metodológico, que em epistemologia significa a existência em um plano formal de tantos objetos quantos forem os métodos empregados para a apreensão do que está positivado na experiência (2.1.1.a.). Aqui, há um conceito de “verdade” que se opõe à noção de absoluto (2.1.1.b.) e que afirma a razão – sempre cognitiva - como dependente do manancial recolhido pelos sentidos do mundo empírico: trata-se do postulado pelo qual o conhecimento apenas pode se referir com pretensão de verdade objetiva se renunciar às pretensões metafísicas e tão-somente se detiver na positividade (2.2.1).

Mas não só da experiência positivada depende o conhecimento propriamente dito. Ao seu lado pontificam as categorias formais ressaltadas por Kant e cuja função Kelsen atribui à noção de norma fundamental (2.2.2.), responsável assim pela cognoscibilidade (2.2.2.a.), existência (2.2.2.b.) e unidade (2.2.2.c.) do direito.

A importância de se avançar considerações acerca do conhecimento dirigido ao direito - e com isto nos referirmos ao conceito de norma fundamental - deve-se ao fato de que a democracia como forma de Estado é, em Kelsen, também uma expressão normativa, pois representa um modo de instituição de normas

jurídicas presente em um composto jurídico-normativo centralizado (o Estado). É um tipo de processo jurídico-institutivo, de modo que sem o auxílio epistemológico da norma fundamental, esta dinâmica essencialmente normativa em que a rigor a democracia consiste simplesmente não pode ser contemplada.

Após este ponto, passaremos a cuidar da noção de razão prática – que, atendendo a propósitos didático-expositivos, escolhemos entre as inúmeras versões do Direito Natural às quais Kelsen se opõe - como alvo principal do nosso autor contra o kantismo e os neokantianos (2.3.). Aqui, destacamos o que ele entende serem as falácias jusnaturalistas. Falácias que, em última análise, conduzem seus adeptos a uma postura pseudo científica que enxerga valores imanescentes à natureza (2.3.1.) erguendo-a à condição de autoridade social com marcado sentido teológico (2.3.2) e (2.3.3.).

A razão prática termina por se lhe apresentar como expressão metafísico-religiosa que exclui o indivíduo da construção epistemológica e ética do mundo. Ao supor encontrar verdades e valores imanescentes ao mundo natural - neste caso à natureza racional do homem - o jusnaturalista projeta-se subjetivamente e relaciona um objeto que recebeu já o acréscimo de sua perspectiva.

Daí a importância de nos debruçarmos sobre a questão da neutralidade axiológica (3.), posto ser nela apoiado que Hans Kelsen acusa os jusnaturalistas de, consciente ou inconscientemente, forjarem uma natureza ideal em função das suas expectativas políticas, uma natureza que entendem ser expressão de uma análise qualificada e que pretendem seja acolhida socialmente como fonte de normas absolutamente justas. Kelsen enfatiza a necessidade da abstenção axiológica do cientista enquanto tal, salientando que sem ela os equívocos protagonizados pela doutrina do Direito Natural permanecerão comprometendo a ciência e a política (3.1. e 3.2.).

Depois de salientados estes pontos, passaremos a apresentar o significado da oposição que Hans Kelsen leva a efeito ao sublinhar as repercussões que o relativismo baseado na neutralidade valorativa pode fornecer (4.). Kelsen destaca seu sentido epistemológico e acima de tudo político: a consequência que o relativismo promove na compreensão da justiça, a inexistência de uma justiça absoluta impenável a todos (4.1).

Em seguida, colocaremos em relevo a associação que aos olhos de Kelsen o relativismo possui com a noção de democracia ao recusar-se a conceber

a existência de enunciados verdadeiros e justos sem que os indivíduos participem da construção dos mesmos, como se a verdade e a justiça representassem uma instância metafísica independente da intervenção humana. O relativista apenas admite a existência de verdades e de padrões de justiça condicionados, isto é, vinculados às circunstâncias epistemológicas e éticas do indivíduo que enuncia tais verdades e que se apresenta como defensor de tais padrões. Ele tende a renunciar à pretensão de impor-se como quem detém o segredo da verdade e da justiça absolutos, bem como tende a negar submissão àquele que se apresenta como tal. Kelsen enfatiza este ponto, agregando que o “eu” relativista tem uma inclinação à tolerância que o torna atraído pelo projeto democrático: tanto o relativismo epistemológico, quanto o relativismo axiológico e o relativismo político (a democracia) rejeitam por definição a participação do absoluto (4.2.).

Defende nosso autor que sua teoria pura do direito é um exemplo de construção pautada no relativismo epistemológico e axiológico e que, assim, apresenta perfeita compatibilidade com a tolerância própria do ambiente político democrático (4.3.2.). Destacaremos este ponto não sem antes firmar, ainda que brevemente, a oposição que o positivismo kelseniano oferece à algumas das teorias denominadas de “positivistas” (4.3.1.).

Mas não faltaram aqueles que levantaram dúvidas quanto ao sentido democrático do articulado normativista da teoria pura. Destarte, escolheremos algumas críticas frequentes pretendendo demonstrar que elas baseiam-se em uma má compreensão daquilo que Hans Kelsen de fato elaborou em suas obras, quando manifestaremos nossa conformidade à relação positivismo-democracia defendida pelo autor em tela (4.3.3.).

Vencida esta etapa, cuidaremos de expor como Kelsen enxerga o Estado, pois é quando o ordenamento jurídico alcança certo grau de centralização que os órgãos competentes para criar-aplicar direito deixam de encontra-se dispersos entre os governados e passam a ser exercidos por um aparato burocrático – o Estado –, instante em que surgem as dificuldades de preservar-se a democracia em seu sentido primeiro.

Destacaremos então o Estado como composto normativo centralizado, como expressão jurídica (5.1.). Em seguida, examinaremos seu funcionamento como dependente de dois modelos fundamentais, modelos que implicam ou participação ou ausência dos governados no processo de criação das normas que

lhes conformará a conduta. Neste passo, iremos nos ocupar do significado da democracia em seu modelo ideal, aquele que reclama a intervenção popular direta no estabelecimento do direito positivo (5.2.).

No Estado contemporâneo, contudo, este modelo ideal dá lugar a alternativas que pretendem superar a dificuldade técnica que envolve disponibilizar a um número por demais elevado de indivíduos o mecanismo da participação política direta. Por outro lado, também nos tempos atuais – e sobretudo no século passado – há movimentos ideológicos que discordam do sentido procedimental da democracia e almejam identificá-lo a uma ordem material que acolhe determinados postulados.

No primeiro caso temos o liberalismo político, que abandona a intervenção direta dos governados e a substitui por uma dinâmica institucional em que há lugar apenas para a manifestação política mediata dos mesmos. Destacaremos em que medida tal alteração mantém as ambições do projeto democrático enfatizando - sempre apoiados no olhar kelseniano – as modificações que o liberalismo político precisa acolher para que possa efetivamente mantê-lo com algum êxito (5.3.).

No segundo caso, a referência feita contempla as sugestões políticas – anunciadas como conclusões científicas – do socialismo marxista-leninista. Tendo por objetivo emprestar à sociedade um conteúdo jurídico comprometido com determinada substância, com determinados valores reputados verdadeiros e absolutamente justos, o articulado iniciado em Karl Marx e continuado em linhas gerais por Lênin e pelos juristas soviéticos é considerado por Kelsen como uma distorção que termina por atentar contra a liberdade e a tolerância, noções imprescindíveis à democracia. Trataremos desta oposição (5.4.) destacando os pontos em que ela se sustenta, quando Kelsen percebe a necessidade de que específicos requisitos sejam satisfeitos para se possa minimamente falar em regime democrático.

Concluindo este trabalho (6.), realizaremos breves considerações acerca dos itens precedentes e colocaremos em relevo: a definição kelseniana de democracia, os pressupostos que ele entende sejam responsáveis por sua compreensão/adesão e os requisitos que ele defende devam ser satisfeitos para que o modelo democrático possa ser preservado nos Estados contemporâneos.