

5

Da democracia ideal à democracia realizável e suas condições de existência.

5.1

Direito e Estado.

*«De ouro foi a primeira idade, que,
sem ninguém para compelir, sem uma
lei própria, conservava a fé e fazia o
certo. Não havia medo de castigo nem
palavras ameaçadoras a serem lidas
em placas de bronze; nenhuma
multidão suplicante olhava temerosa
o rosto do juiz; mas, sem juízes, vivia
segura.»¹*

Ovídio

Para Hans Kelsen, estes clássicos versos de Ovídio bem traduzem a idéia romântica de uma sociedade sem direito supostamente verificada no passado e que, não sem acentuado apelo nostálgico, é chamada de Idade de Ouro.²

Lá seria feliz o indivíduo, pois sua conduta se daria sem restritivos e externamente impostos limites. Ali viveria o homem em contato direto com sua própria natureza, solto, incontido, quando ausente seria a idéia de constrição. Inexistia o ilícito. Atuando em observância à sua própria natureza - supostamente boa em essência, supostamente vocacionada para a conciliação de interesses - o indivíduo tornava desnecessários julgamentos e sentenças, castigos ou penas. Ora, entende tal perspectiva, a ordem natural é intrinsecamente justa, e, assim sendo, se seguida, a felicidade é uma consequência inevitável, pois não há razão para se compelir os seres humanos ao seu alcance.³

¹«Golden was the first age, which, with no one to compel, without a law, of its own, kept faith and did the right. There was no fear of punishment, no threatening words were to be read on brazen tablets; no suppliant throng gazed fearfully upon its judge's face; but without judges lived secure». Ovídio. *Metamorphoses*. I, 89-93. Apud. KELSEN, Hans. *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 389.

² Ibidem.

³ Ibidem.

Consoante esta compreensão, e em linhas sintéticas, o direito não representa senão uma espécie de violação da natureza, um vetor que, para realizar objetivos nem sempre providos de nobreza, a desvirtua e corrompe. No passado o homem teria vivido em sua plenitude existencial, alheio ao direito, no pleno desfrute de sua pureza e integridade, agora desrespeitada. Kelsen percebe tal postura como a expressão de um pessimismo social saudosista que deprecia o presente fantasiando acerca do que imagina algum dia haver existido.⁴

Mas ele também nota ser freqüente, por outro lado, uma inclinação restauradora em muitos dos que compartilham esta visão idealizada. Para estes, há que se recuperar o período perdido da Idade de Ouro. Quando este desejo restaurador se dá, entende, emerge um otimismo ingênuo que se traduz em argumentos políticos amparados em devaneios e contradições, e que têm em comum, em última análise, a premissa de ser a natureza humana dotada de alguma qualidade intrínseca apta a dispensar o direito e a instituir uma dinâmica social enfim conveniente.⁵ Esta circunstância “natural”, porém, apresenta-se para Hans Kelsen como nada mais do que um postulado moral, uma ambição destituída de amparo científico.⁶

Para ele, o ser humano é suscetível de manifestar-se em inúmeros sentidos, sendo mesmo contraditório em suas expressões. Sua tendência natural parece reunir impulsos divergentes entre si. Ele teria uma inclinação facilmente constatável para a agressão e a violência. O homem é capaz de ferir. Seus objetivos muitas vezes estão em confronto direto com os de outrem, e, nesta hipótese, armado pelas forças vitais de um egoísmo defensor de seus interesses, o indivíduo não hesita em recorrer à força para fazê-los valer. E tais interesses não se restringem às questões situadas meramente no âmbito econômico - como não raro se supõe -, sublinha Hans Kelsen, já que a busca por prestígio, motivações de índole religiosa e inclusive impulsos eróticos são fatores tão revolucionários quanto a fome e a sede.⁷

Com efeito, e nada obstante o firmado no parágrafo anterior, não seria correta a ilação pela qual há no autor em tela um olhar antropológico de feição

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem. p. 241.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem. pp. 241-243. Sobre a natureza humana em Kelsen, consultar SGARBI, Adrian. *Entorno da natureza humana em Kelsen: a liberdade e a ordem*. In: SGARBI, Adrian. Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2006). Vol. 1. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

hobbesiana. Definitivamente não é este o caso. Para Kelsen, o *animus laedendi* não frequenta o indivíduo de maneira exclusiva. Ao seu lado, e do mesmo modo ostensivo, podem ser percebidas condutas estimuladas por convicções genuinamente altruístas.⁸

Quando os homens prestam aos seus semelhantes auxílio afetivo e material em caso de necessidade não o fazem animados por inclinação beligerante ou por seu temperamento hostil. A aversão ao exercício da violência e a adoção de comportamentos inspirados por amor ao próximo e por uma cordialidade pacifista são freqüentes em muitos sujeitos.⁹

Neste passo, Kelsen rejeita tanto a ingenuidade da percepção que confere ao ser humano somente bondade e cortesia, quanto o pretenso realismo que se crê capaz de surpreender o indivíduo em sua brutal e “verdadeira” face. Para ele, apesar de serem constatáveis no ser humano características que podem ser conducentes a uma vida coletiva pacífica, outros traços há, traços que recomendam com instância que padrões restritivos de comportamento sejam positivados.

Parece-lhe muito improvável que

qualquer ordem social, mesmo a que, na opinião de seus criadores, assegura aos indivíduos cada vontade desejada, possa escapar do risco de ser violada, e portanto não necessite de precauções contra atuais ou potenciais violadores por meio de medidas coercitivas.¹⁰

Tal circunstância, se razoável lhe parecesse, representaria a instituição de uma sociedade sem normas, o retorno ao paraíso perdido, à Idade de Ouro, quando, porém, nada indica ser exequível tal ambição.¹¹ A perspectiva anarquista de que é possível instaurar uma comunidade sem que nela vigore uma disciplina coercitiva não encontra respaldo na ótica kelseniana.¹²

Quanto ao passado, sem embargo dos românticos versos de Ovídio, não há qualquer registro de sociedade que tenha vivido alheia ao direito. Inexiste

⁸ *O problema da justiça*. op. cit. p. 80.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ «any social order, even one which, in the opinion of its creators, assures to individuals every desired advantage, can escape the risk of being violated, and hence need take no precautions against actual or potential violators by coercive measures». *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 241.

¹¹ *General theory of law and State*. op. cit. p. 19.

¹² *The law as a specific social technique*. op. cit. pp. 238-244.

exemplo neste sentido.¹³ Todas elas apresentam como traço comum o fato de encerrarem normas de conduta, mas não normas quaisquer, e sim aquelas qualificadas pela possibilidade de provocarem contra quem as violou o funcionamento de todo um aparato construtivo apto a punir de fato, e, em princípio, também capaz de dissuadir, mediante a ameaça de início de seu movimento, aqueles que as pretendem violar.¹⁴ Eis a nota específica que as distingue as normas jurídicas das normas morais: a possibilidade de imposição forçosa de seus termos.¹⁵

Este caráter coercitivo pode ser verificado nas normas que sustentam a generalidade das sociedades - desde a que se desenvolve sob a mais democrática constituição européia até a que de modo heróico resiste ao despotismo em pleno coração da África - a ponto de Hans Kelsen considerá-lo, inclusive, como elemento as distingue e constitui.¹⁶ *Ubi societas, ibi jus*; talvez o mais celebre brocardo latino. Aos esforços dos historiadores ainda não foi dado infirmá-lo, sustenta nosso autor.¹⁷

O direito, assim, pode ser entendido como elemento *essencialmente* integrante da sociedade, consistindo em um conjunto de normas prescritivas que estabelecem sanções suscetíveis de serem impostas forçosamente, uma vez verificadas certas premissas. Trata-se de uma reunião de preceitos regulatórios de condutas, condutas invariavelmente humanas.¹⁸ Como requisito de toda e qualquer sociedade, disciplina tanto o comportamento de indivíduos situados em ambiente moderno e tecnologicamente avançado quanto o daqueles que vivem na mais primitiva das comunidades humanas imaginadas. Ou seja, em poucas palavras, todas as sociedades são, para Hans Kelsen, sociedades jurídicas.¹⁹ Mas

¹³ Ibidem. p. 239.

¹⁴ *General theory of law and State*. op. cit. pp. 18-20.

¹⁵ *Pure theory of law*. op. cit. p. 63. Conferir também, nesta mesma linha de raciocínio, e entre inúmeras outras fontes, *General theory of law and State*. op. cit. pp. 20 e 21, e *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 31-36.

¹⁶ *General theory of law and State*. op. cit. pp. 20-21. Em igual sentido, v.g., *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. p. 281 e *Law, state and justice in the pure theory of law*. op. cit. pp. 290-293.

¹⁷ *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 239.

¹⁸ *Pure theory of law*. op. cit. pp. 30-32.

¹⁹ Sobre a sociedade como expressão jurídico-normativa, cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 26; *The law as a specific social technique*. op. cit. pp. 231 e 239; *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*. op. cit. p. 281; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. p. 27; *General theory of law and State*. op. cit. p. 15; *Law, state and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 292 e 293; *Causality and imputation*. op. cit. p. 324; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 18 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 86.

há entre elas sensíveis diferenças, uma das quais neste momento apresenta especial importância.

As ordens jurídicas em que as sociedades essencialmente se definem podem ser classificadas sob diversos critérios. Entre eles, importa-nos avançar sobre o que destaca o modo pelo qual cada uma delas é formada.

Para Kelsen, há duas maneiras fundamentais pelas quais são criadas as normas jurídicas: o *costume* e a deliberação institucional, esta última por ele também denominada *estatuto*²⁰ ou *legislação*.²¹

No primeiro caso, o direito é formado pelos próprios indivíduos que integram a comunidade e que irrefletidamente procedem como desde há muito vêm sendo procedido naquela mesma comunidade. Esta conduta reiterada, compartilhada por inúmeros indivíduos, deve ser de tal modo compreendida como conveniente que sua obrigatoriedade passe a ser exigível. Nesta hipótese, as normas jurídicas são positivadas pela colaboração dos que se lhes encontram submetidos, que em conjunto atuam.²²

Na esteira destas linhas, pode-se perceber que as sociedades constituídas pela nota essencial do direito costumeiro são sociedades descentralizadas. É dizer, o modelo consuetudinário de criação de normas representa um método descentralizado de criar direito.²³ Durante muito tempo este foi o único modo de positivação de preceitos jurídicos, tendo sido esta alternativa gradualmente substituída, ao menos em parte significativa, pelo direito estatutário.²⁴

²⁰ *General theory of law and State*. op. cit. pp. 114-115.

²¹ Cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 386-387 e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 224-229.

²² *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 251. Não nos parece exato que sociedades baseadas em uma ordem jurídica instituída pelo costume sejam *necessariamente* democráticas, como inicialmente pode parecer. E assim entendemos amparados em um motivo simples. Tendo-se em vista que as normas costumeiras necessitam de um considerável espaço de tempo para serem estabelecidas e firmadas como exigíveis, atendendo então ao requisito da *opinio necessitatis*, muitas delas ganham existência pela atuação contínua e uniforme de quem a ela jamais vai estar submetido. Ou, desde ângulo oposto, muitos dos indivíduos que vêm disposições costumeiras a reger suas condutas para a instituição das mesmas não concorreram, e sim as receberam como um 'legado' constituído por gerações passadas. A circunstância presente no contexto jurídico internacional talvez seja um bom exemplo a suportar esta perspectiva. Os Estados surgem e de imediato lhes é exigido o cumprimento de disposições consuetudinárias para a positivação das quais sua conduta não poderia ter logicamente colaborado, uma vez que cronologicamente lhes havia precedido. Destarte, parece-nos que a democracia é um traço apenas *eventual* nas sociedades de direito costumeiro, assim como o é nas de direito estatutário.

²³ Cf., e.g., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. p. 85 e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 228-229.

²⁴ *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 251.

Pois bem, este modelo descentralizado de confecção do direito caracteriza a generalidade dos ordenamentos primitivos, sustenta Kelsen. Neles, não só inexistem órgãos determinados para a elaboração dos comandos jurídicos, como vimos, mas também falta a identidade precisa e determinada daqueles que estão habilitados a aplicar o direito. Tem-se a ausência do princípio da divisão do trabalho, noção cara às sociedades complexas. Aqui, o indivíduo que viu seu direito violado está autorizado pela ordem jurídica a por si mesmo proceder contra quem cometeu o ilícito. Isto significa ser-lhe conferida a possibilidade de recorrer às suas próprias forças para impor a sanção. Trata-se da iniciativa individual autorizada pelo direito, ocasião em que os indivíduos encerram em suas próprias mãos o exercício do poder coercitivo. Assim como não há instância legislativa tal e qual um parlamento, tampouco há juízes ou tribunais. Cada indivíduo singularmente considerado atua, então, como órgão da comunidade.²⁵

Segundo nosso autor, a transição das sociedades primitivas às que vigoram nos dias atuais tem como elemento distintivo o crescente processo de centralização.²⁶ Nas sociedades de direito centralizado há o predomínio - não exclusividade -²⁷ da legislação, do estatuto. Nesta variante, os sujeitos que se conduziam uniformemente durante significativo lapso temporal, e assim reclamavam como exigíveis a observância de certas normas, dão parcialmente lugar a instâncias de decisão - e em nada importa aqui se a um parlamento ou a um tirano -, a quem incumbe a atividade de positivizar o direito. Agora não mais se trata de um proceder irrefletido, são atos conscientemente destinados a criar normas jurídicas.²⁸

No mesmo sentido, a aplicação do ordenamento jurídico foi subtraída da competência da generalidade dos indivíduos. Estes não seguem desempenhando a função de órgãos da comunidade, condição que os habilitava a fazer valer seus direitos mediante emprego de suas próprias forças e após ter concluído seu próprio juízo acerca de ter sido vítima de um ilícito. Salvo as notórias exceções, não há falar no indivíduo como órgão dotado do poder jurídico de em nome da sociedade agir. Não lhe é dado decidir se os seus direitos foram violados,

²⁵ *General theory of law and State*. op. cit. pp. 338-339.

²⁶ *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. p. 177.

²⁷ «Customary law forms an important part of the legal order even in technically highly developed legal communities». *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 251.

²⁸ *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. p. 267.

igualmente não mais lhe cabe avançar sobre quem cometeu um ilícito motivado pela ambição de a este impor sanções. Tais funções foram confiadas a órgãos bem definidos, a juízes integrantes de sofisticado aparato técnico-jurisdicional que agora as exercitam com exclusão daqueles que em sua condição não se encontram.²⁹

Temos aqui um instante que sobreleva em importância. Quando a sociedade alcança certo estágio de centralização, é dizer, quando nela não mais se encontra aquela dinâmica difusa de criação e aplicação de direito, tem-se o Estado. Para Kelsen, apenas pode-se denominar propriamente de *Estado* a sociedade que se caracteriza por apresentar-se como uma ordem jurídica centralizada.³⁰

Isto é, somente quando ela deixa de ostentar como traço distintivo o exercício diluído das funções de criar e aplicar normas jurídicas é que alcança a qualidade de comunidade estatal. «O Estado é uma ordem jurídica relativamente centralizada», afirma nosso autor.³¹

É um ponto decisivo, então, que a sociedade tenha atingido certo nível de organização funcional, de centralização de atividades legislativas e jurisdicionais em órgãos específicos estabelecidos democraticamente ou não. Nesta linha de raciocínio, toda sociedade centralizada, todo direito criado-aplicado de modo

²⁹ Acerca dos chamados órgãos do Estado, *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 146 e 435-519; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. pp. 245 e 246; *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. p. 282; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 99 e 192-197; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 292; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 158-160; *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 291-299, e *Sovereignty*. Trad. PAULSON, Stanley; PAULSON, Bonnie Litschewski. In: PAULSON, Stanley; PAULSON, Bonnie Litschewski (org.). *Normativity and Norms. Critical perspectives on kelsenian themes*. New York : Oxford University Presses, 1998. p. 526.

³⁰ Sobre o Estado como ordem jurídica centralizada, cf. *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 99; *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. pp. 283 e 284; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 85, 102 e 103; *La paz por medio del derecho*. op. cit. pp. 40 e 44; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 189 e 325; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 293; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 155 e 156; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 104; *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 286, 287 e 290, e *Sovereignty*. op. cit. p. 526. Acerca do Estado na teoria kelseniana, ver SGARBI, Adrian. *Estado como ordem normativa*. In: SGARBI, Adrian. Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2006). Vol. 1. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007; TROPER, Michel. *Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État*. In: La pensée politique de Hans Kelsen. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen. n° 17, 1990; GIANFORMAGGIO, Letizia. *El modelo kelseniano del Estado como ordenamiento dinámico entre teoría y ideología*. Trad. Tomás Srrano Coronado. In: GIANFORMAGGIO. Letizia. *Estudios sobre kelsen*. México D. F. : Fontamara, 2002, e THIENEL, Rudolf. *Derecho y Estado en la percepción de la teoría pura del derecho*. Trad. Luis Villar Borda. In: WALTER. Robert (org.). *Problemas centrales de la teoría pura del derecho*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2001.

³¹ «The State is a relatively centralized legal order». *Pure theory of law*. op. cit. p. 286.

centralizado para viger em determinado âmbito – como veremos em breve - constitui um Estado. Portanto, como espécie de sociedade que é, o Estado apresenta-se como uma expressão eminentemente jurídica, um ente que, em essência, apenas é perceptível como positividade e movimento de normas jurídicas.³²

Falar em Estado é, assim, falar em direito, muito embora o procedimento oposto não conduza a uma noção verdadeira: falar em direito não é o mesmo que falar em Estado, razão pela qual Hans Kelsen recusa identidade – absoluta - entre ambos.³³ As sociedades primitivas (necessariamente constituídas por ordenamentos jurídicos) não constituem uma comunidade estatal.³⁴

Ao apontar o Estado como expressão normativa, Kelsen opôs-se a toda uma arraigada tradição, segundo a qual há dois fenômenos distintos e perfeitamente delimitados entre si: o Estado e o direito. Aquele “possui” este. O Estado brasileiro possui seu próprio direito, assim como o Estado francês e o alemão. O Estado cria o direito, por isto o possui. Desde esta leitura há, com efeito, a presença de duas entidades diversas, embora inter-relacionadas. Contra tal perspectiva, Kelsen oferece argumentos que já são nossos conhecidos.

O dualismo Estado e direito repousaria em um erro muito comum e ordinariamente percebido em muitos domínios do conhecimento, é a postura própria dos povos primitivos que fantasiam a existência de almas ou espíritos dentro ou por trás dos fenômenos. Fenômenos que somente de tais almas ou de tais espíritos retirariam ânimo vital. Trata-se do animismo que contemplamos anteriormente, a postura pré-científica que Hans Kelsen denuncia em diversas

³²Cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 26-33; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. pp. 233-248; *O Estado como integração. Um confronto de princípios*. op. cit. p. 45; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. pp. 97-106; *The law as a specific social technique*. op. cit. p. 239; *The pure theory of law and analytical jurisprudence*. op. cit. pp. 280-283; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. pp. 96-101; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 181-192; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 290-293; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. pp. 154.163; *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* op. cit. pp. 35 e 36, e *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 286-290.

³³ «Mr. Bergman erroneously maintains that the Pure Theory of Law identifies the state with the law». *Law, State and justice in the pure theory of law*. op. cit. p. 391. Kelsen assinala que nem todo ordenamento jurídico corresponde ao Estado em, v.g., *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 99; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. p. 103; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 338 e 339; *Law, State and justice in the Pure Theory of Law*. op. cit. p. 293; *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 156; *El concepto de orden jurídico*. op. cit. p. 104 e *Pure Theory of Law*. op. cit. p. 287.

³⁴ *General theory of law and State*. op. cit. pp. 338-339.

obras como rasgo distintivo da doutrina do Direito Natural e cuja presença também percebe nas teorias tradicionais que se ocupam com o Estado.

Para Kelsen, destarte, as teorias anteriores ao seu positivismo crítico não concebiam o direito sem imaginar existir atrás dele a presença do Estado a animá-lo, a criá-lo.³⁵ Mas tal dualismo animista é evidentemente indefensável também aqui, assevera,³⁶ e assim como a teoria jurídica necessita livra-se do seu jugo para poder desenvolver-se, a teoria do Estado precisa desvencilhar-se de inclinações primitivas que obscurecem a juridicidade estatal, inclinações teológicas que contemplam o Estado como este fosse um ente supra-humano, uma poderosa divindade, tal e qual o é a natureza na retórica jusnaturalista que consideramos em item anterior.³⁷

Assim, e ao contrário do que muitas vezes se levanta acerca da obra de Hans Kelsen, não há na teoria pura do direito qualquer vestígio de idealização do Estado como entidade de vida própria e alheia a qualquer disciplina. O sentido da teoria pura é radicalmente oposto. Seus argumentos dirigem-se a negar ser o Estado algo separado ou distinto da ordem jurídica centralizada, ou seja, do direito que regula o funcionamento de órgãos competentes para criar e aplicar suas normas. Não há movimento estatal alheio ao direito.

O Estado é integrado por normas jurídicas, é composto por elas, e normas jurídicas são, no positivismo crítico kelseniano, o sentido objetivo de atos humanos, jamais meta-humanos, ou divinos.³⁸ Com esta compreensão, Kelsen enfraquece retóricas que entende autoritárias e que não raro pretendem utilizar-se da falsa idéia de que o Estado representa o “interesse coletivo”, o “bem comum”, de que ele encerra as “qualidades morais do povo” ou de que ele “sabe” qual o mais apropriado caminho a seguir, ficções que ambicionam legitimar politicamente o direito que esta espécie de “entidade” produz. Com a teoria pura, o Estado vê-se destituído de seu aspecto místico, restando seu destino entregue, sem reservas, aos sucessos e insucessos humanos verificados na dinâmica político-jurídica.³⁹

³⁵ *Law, State and justice in the pure theory of law*. op. cit. p. 289.

³⁶ *General theory of law and State*. op. cit. p. 182.

³⁷ Há interessantes passagens na obra de Kelsen a respeito da teoria tradicional do Estado como perspectiva teológica. Entre elas consultar, na íntegra, *Gott und Staat*.

³⁸ *General theory of law and State*. op. cit. pp. 16-17, 20-21 e, em igual sentido, *Pure theory of law*. op. cit. pp. 71-75.

³⁹ Cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 127-133.

Para demonstrar como sua perspectiva aplica-se com êxito a questões práticas, Hans Kelsen examina os célebres elementos estatais - ou, pelo menos, aqueles que a teoria tradicional consagrou como sendo seus elementos essenciais: território, povo e poder soberano - e esclarece serem todos eles, se submetidos a consistente análise, perfeitamente identificáveis com expressões normativas, é dizer, perfeitamente traduzíveis a fenômenos meramente jurídicos.⁴⁰

Consoante a visão tradicional, v.g., o Brasil não é senão uma noção compreensiva de um grupo de pessoas (povo) situado em preciso espaço físico (território) e que tem sua conduta orientada por prescrições advindas de específica autoridade, uma autoridade que por ser insubordinada a qualquer outra (poder soberano) o destaca como Estado independente frente os demais. Para as concepções clássicas, o Estado é uma concreta e insubordinada entidade político-social, e a tentativa de apreendê-lo desde um enfoque normativista próprio da compreensão jurídica, como defende Kelsen, apresenta-se como improfícua aventura teórica.⁴¹

Contudo, e para o nosso autor, um estudo apurado descortinaria o traço eminentemente jurídico daqueles elementos, pois seria impossível firmar a exata definição dos mesmos dando-se as costas ao direito.⁴² Vejamos suas colocações.

O Estado reclama, para sua existência, a identidade de uma região geográfica precisa e determinada: «Um Estado, um território», defende a teoria tradicional.⁴³ Mas a investigação amparada em métodos normativistas revela algo distinto; a identidade estatal não pode ser vinculada, sequer parcialmente, em qualquer espaço natural predeterminado. O território de um Estado não se destaca dos demais por seu aspecto natural, por tratar-se de área geográfica essencialmente sua.

Com efeito, o que hoje é Acre, território brasileiro, um dia foi Bolívia. O que outrora foi Brasil hoje é Uruguai. Ser brasileiro, com efeito, não é predicado natural de nenhum espaço geográfico. Para que se identifique o território espanhol, v.g., nenhum estudo naturalístico tem serventia, somente um

⁴⁰*Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 157-159 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 287.

⁴¹ Pronunciamentos teóricos de publicistas como Heinrich Triepel, Rudolf Smend e Carl Schmitt bem ilustram esta descrença.

⁴² *O Estado como integração*. op. cit. p. 45 e *L'essence de l'état*. op. cit. p. 34.

⁴³ «*One State, one territory*». *General theory of law and State*. op. cit. p. 207. Sobre o território como elemento estatal, cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 229-247; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. pp. 249 e 250, e *General theory of law and State*. op. cit. pp. 207-218.

conhecimento jurídico há de mostrar os limites ou fronteiras espaciais dentro dos quais se deve observar a ordem normativa espanhola.

Em Kelsen, o território não é uma realidade geográfica, mas significa apenas e tão-somente o âmbito espacial juridicamente fixado sobre o qual incide específico ordenamento normativo estatal. Os territórios da Argentina e do Chile não contêm necessariamente planícies e cordilheiras. Quem pretender conhecer qual poder incide sobre qualquer região deve, ao invés de fixar-se na paisagem natural, em si mesma muda quanto ao seu sentido, voltar seus olhos para a paisagem jurídica e sua função qualificativa.⁴⁴

A postura kelseniana não se altera quando submete à crítica o conceito de povo.⁴⁵ A doutrina tradicional afirma repousar o Estado não apenas sobre uma específica zona territorial, mas também sobre uma entidade populacional. De acordo com seus termos, o fenômeno estatal supõe a existência de uma pluralidade de indivíduos reunidos e dispostos em certa área física, no território. O povo consiste, então, em um grupo de pessoas de extensão numérica variável e que se encontram vinculadas por algum liame capaz de reconhecê-las como unidade. Esta força vinculante tem sido referida na leitura tradicional a questões lingüísticas, religiosas, étnicas ou concernentes a interesses políticos supostamente comuns. Hans Kelsen rejeita veementemente não a existência deste vínculo, mas sim o critério apontado pela teoria tradicional para o distinguir.

Ora, assinala, em princípio em um mesmo Estado podem ser encontrados, como povo, inúmeros grupos a professar distintas confissões, falar diversos idiomas, apresentar variados traços étnicos e a ostentar inclusive interesses políticos opostos. Um indivíduo luso-parlante pode ser súdito inglês, um muçulmano ortodoxo pode ser cidadão estadunidense ou brasileiro, um mestiço afro-descendente pode ser alemão ou russo, e um anarquista pode ter sido registrado como nacional em pleno centro de Havana ou Pequim. Para que tais possibilidades sejam frustradas são insuficientes quaisquer óbices naturais, apenas restrições jurídicas podem ser levantadas, e, com elas, negar-se ao indivíduo o

⁴⁴Cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. 229-246; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 207-218 e *Pure theory of law*. op. cit. p. 288.

⁴⁵Para considerações acerca do “povo”, cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp.13-31; *O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referência à teoria de grupo de Freud*. In: KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. Trad. Ivone C. Benedetti et al. São Paulo : Martins Fontes, 2000.pp. 305 e 306; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 249-272; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. pp. 251 e 252, e *General theory of law and State*. op. cit. pp. 233-241.

atributo da nacionalidade em função de dados lingüísticos, religiosos, étnicos ou políticos.

Um sujeito integra o povo de específico Estado conforme o ordenamento jurídico em que este consiste determina. É apenas o direito que qualifica alguns elementos (local de nascimento, ascendência, etc.) como aptos a tornar determinado indivíduo integrante do povo. Quando se pergunta qual nacionalidade terá um recém nascido, por exemplo, não é suficiente que apenas se investigue qualquer dado natural ou mesmo político-lingüístico, estes serão úteis somente na medida em que forem conteúdo específico de normas jurídicas, caso contrário nada dirão.

Em Kelsen, neste passo, o vínculo que reúne sujeitos em uma mesma comunidade - fazendo-os um único povo - é o vínculo jurídico, com exclusão de qualquer outro. Pertencem ao povo aqueles que têm suas respectivas condutas orientadas por uma mesma ordem jurídica conforme critérios por ela fornecidos.⁴⁶

Resta-nos a análise do terceiro dos elementos estatais, o poder soberano.⁴⁷ Um poder incontestável exercido sobre certo povo dentro dos limites fixados por precisa fronteira integra o Estado, parece ser esta sua razoável definição consoante a doutrina tradicional. Mas o que é este poder? Como se pode caracterizá-lo? Seria ele todo e qualquer poder? Como pode Hans Kelsen defender tratar-se aqui de um fenômeno eminentemente jurídico?

A relação entre o poder soberano e o comportamento dos súditos é genericamente vista pela teoria tradicional – que enorme repercussão ainda apresenta nos dias atuais - como a aquela em que uns comandam e governam enquanto outros obedecem e são governados.⁴⁸ Em conformidade com este entendimento, a expressão *poder* significa que uma pessoa, ou um grupo de pessoas, conduz o comportamento de outra, ou de outras, segundo específicas pretensões.⁴⁹

Sublinha Kelsen que na realidade empírica uma infinidade de relações deste teor podem ser percebidas. Para ele, em todo tipo de interação humana

⁴⁶ *Esencia y valor de la democracia*. op. cit. pp. 19-33; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 249-272; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 233-241; *Pure theory of law*. op. cit. pp. 287-288 e *Law, State and justice in the pure theory of law*. op. cit. pp. 291-292.

⁴⁷ Sobre o “poder soberano”, ver. *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 160-199; *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. pp. 252-256, e *General theory of law and State*. op. cit. pp. 255 e 383-386.

⁴⁸ *General theory of law and State*. op. cit. p. 186.

⁴⁹ *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. op. cit. p. 93.

destaca-se a presença do exercício pleno, ou ao menos da tentativa, de realização do poder.⁵⁰

Se alguém exige de outra pessoa a entrega de determinada soma em dinheiro, por exemplo, apresenta-se ali como detentor de indiscutível poder. Até mesmo nas situações inspiradas pelo sentimento amoroso não raro há quem, em certas circunstâncias, desfrute da posição de dominador.⁵¹ Relações de poder freqüentam, portanto, desde a direta hostilidade do assaltante ao sincero carinho entre os apaixonados. Destarte, qual pode ser o critério hábil para identificar as condutas imperativas que constituem o poder estatal daquelas que não o são?

O que define os atos de domínio protagonizados pelo Estado e os distingue daqueles em que outra espécie de poder se pronuncia é unicamente a circunstância de terem sido juridicamente regulados como ao Estado imputáveis. Ou seja, os indivíduos a cujos atos o ordenamento atribuiu a qualidade de atos do Estado receberam competência para na condição de autoridade estatal agir. Ao atuarem nesta condição não fazem senão aplicar e criar normas jurídicas, aplicar as normas que os instituíram e no exercício de suas funções criar normas para seus específicos destinatários. Neste cenário há uma dinâmica jurídica evidente, em que os entes que exercitam a centralização das funções de criar e aplicar direito caracterizam a existência mesma do Estado, como salientamos alguns parágrafos acima. São os chamados órgãos estatais.⁵²

Poder-se-ia identificar o poder do Estado, então, ao poder dos indivíduos que por força normativa em seu nome atuam? É evidente que não. Se esta hipótese fosse pertinente estaria correta a perspectiva que personifica o Estado, situando-o em plano distinto do plano jurídico. Personificar o Estado seria o mesmo que personificar o direito, e Kelsen recusa tal possibilidade. O poder do Estado nada mais é do que o poder do direito, sua vigência, sua obrigatoriedade, como adiante restará mais claro.

Considerando-se aquilo que na visão kelseniana representa o sentido a-científico da palavra *poder* por contemplá-lo como mera força fática, em uma mesma comunidade haveria vários poderosos.

⁵⁰ *General theory of law and State*. op. cit. p. 186.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 435-444 e *General theory of law and State*. op. cit. pp. 192-194.

Com efeito, vimos há pouco, muitas são as pessoas que nos mais diversos contextos impõem seu poder aos demais. Porém, entre tantos poderosos, qual é aquele cuja conduta pode ser considerada expressão mesma do Estado? Quando ele atua como órgão estatal?

Podemos tomar como exemplo uma autocracia extremada, onde parece mais difícil separar o governante do Estado que ele isoladamente dirige. Nele o chefe do governo autocrático é considerado o soberano, aquele cujo poder de comando não se subordina a nenhum outro, é o próprio indivíduo que determina o quê, quando e como os demais sujeitos devem portar-se, poder-se-ia acrescentar. *L'État c'est moi*, sentenciou de modo emblemático Luis XIV, o Rei Sol.

Mas como separar, entre tantos comandos dele emanados, aqueles próprios do ocupante singular do poder do Estado?⁵³ Em outras palavras, como distinguir as prescrições feitas como órgão do Estado daquelas que o autocrata realiza, v.g., como pai ou como técnico do time de futebol do bairro?

Para Kelsen, o poder soberano é identificável à própria ordem jurídica e, por isto, é insuscetível de ser confundido com o indivíduo que o exercita. Mesmo o tirano autocrata apenas pode ser identificado como tal por meio da consulta ao direito em vigor. Este, ainda que sob a forma de direito costumeiro, atribui a alguns de seus atos a qualidade de atos do órgão monocrático estatal.

Entre todos os atos de poder efetivados pelo autocrata em tela, apenas aqueles firmados pelo direito positivo como estatais, ou seja, tão-somente aqueles imputáveis não a quem os realizou, mas sim ao Estado, constituem expressão de poder soberano propriamente dito. São atos que se expressam normativamente, atos que são comandos jurídicos, normas jurídicas, atos que, não fosse o direito a regular-lhes a existência, seriam atos de um indivíduo destituído da condição de órgão do Estado. O governante despótico executa as normas jurídicas que lhe conferiram competência (mesmo que estas tenham sido estabelecidas pela via do costume) ao mesmo tempo em que dá vida a outras tantas atributivas de direitos e deveres ou que, igualmente, delegam novas competências.

Neste panorama, mesmo o exercício da máxima força é traduzível em uma expressão dinâmica da normatividade. O que tradicionalmente entende-se por poder soberano, então, é a vigência e o contínuo movimento de criação-aplicação

⁵³ *General theory of law and State*. op. cit. p. 186.

do próprio direito. A soberania é identificada, em Kelsen, à uma qualidade da ordem jurídica, e não ao indivíduo que tem seus comandos ao Estado atribuíveis.⁵⁴

Normas válidas identificam os órgãos estatais que atuam produzindo novas normas válidas. As normas institutivas destes órgãos pertencem ao mesmo ordenamento jurídico que as normas que deles emanam. Um ordenamento que vale sem depender de qualquer outro, pois é propriedade sua regular a própria criação, como já sublinhamos.

Assim, o conceito de soberania estatal somente pode ser encontrado, segundo a compreensão kelseniana, na vigência exclusiva de um ordenamento jurídico sobre certo âmbito pessoal (povo) e espacial (território). Dizer que um Estado é soberano, portanto, significa que a ordem normativa centralizada em ele se constitui não encontra fundamento de validade em nenhuma outra, significa que ela está em vigor e em pleno movimento. Em poucas e talvez mais esclarecedoras palavras, é o direito que é soberano, e não quem tem o exercício de suas atividades por ele qualificado como atos estatais.

De modo tão sucinto quanto a complexidade do tema nos permite, temos então o Estado como expressão normativa. Seu funcionamento equivale ao funcionamento do direito. O exercício de suas funções, as atividades de seus órgãos, ou mesmo de seu único órgão, como em nosso exemplo recente, estão integralmente presentes, como conteúdo, em normas jurídicas positivas, tenham sido elas estabelecidas pela via costumeira ou estatutária.

Cumprir agregar ser a norma fundamental o pressuposto epistemológico que permite a compreensão jurídica do Estado. É somente ela que ao desempenhar função análoga à das categorias no articulado kantiano, torna o investigador apto a contemplar a normatividade estatal. É apenas o *dever-ser* em que ela consiste que possibilita imputar aos chamados órgãos do Estado o exercício das funções de criação e aplicação do direito, é por seu intermédio que todo movimento estatal pode ser compreendido como movimento normativo.

Enfim, é a norma fundamental que, desempenhando sua função de condição de cognoscibilidade, existência – validade - e unidade do direito, torna

⁵⁴ *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 118-119, 172-175. Consultar, ainda, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. op. cit. pp. 252-256 e *General theory of law and State*. op. cit. pp. 383-385.

possível a compreensão do Estado como uma dinâmica jurídico-normativa. Em *Der Staat als Integration*, Kelsen destaca que:

A teoria do Estado da Escola de Viena sustenta que a unidade do Estado só pode ser fundada na esfera normativa, que é simplesmente a unidade de um ordenamento do dever-ser, que a existência e a realidade do Estado consistem na validade de um ordenamento jurídico que se afirma como esquema de interpretação para uma variedade de atos humanos, os quais encontram sua unidade apenas na unidade sistemática de normas que lhes confere o sentido específico de atos estatais. Sem essa referência, suposta como válida, ao ordenamento normativo não seria possível escolher, entre as inúmeras ações (e omissões) humanas, aquelas que devem valer como atos do Estado e que devem ser imputadas a ele; e nem ao menos seria possível colocá-las naquela unidade específica que chamamos Estado.⁵⁵

Pois bem, como expressão da normatividade, o Estado pode funcionar de acordo com dois princípios básicos: **a.** o de que apenas um, ou poucos, emprestam-lhe movimento, isto é, participam da dinâmica de criação das normas jurídicas – hipótese do Estado autocrático -, ou **b.** o princípio de que todos – ou melhor, de que quase todos – os sujeitos à ordem estatal intervêm no estabelecimento das disposições normativas. Este último é o princípio que orienta o Estado democrático, de que nos cumpre cuidar agora.

5.2

A democracia e seu modelo ideal. *L'État c'est nous.*

Na organização normativa em que consiste o Estado, o “povo”, seu âmbito pessoal de validade, é composto por indivíduos que podem ser dispersos em duas posições fundamentais e aqui idealmente extremadas para efeito de análise. A primeira delas é a que funciona na elaboração das normas dirigentes, a segunda é a que tem sobre si o rigor da vigência destas mesmas normas. Quem ocupa a primeira posição pode ser definido como *criador*, enquanto o que se localiza na segunda pode ser nomeado de *destinatário*.

Também se pode estabelecer, sempre com Hans Kelsen,⁵⁶ que na sociedade encontra-se presente uma instituição chamada de *governo*. Âmbito da política por excelência – vimos que para o autor da teoria pura a política em linhas

⁵⁵ *O Estado como integração. Um confronto de princípios.* op. cit. p. 111.

⁵⁶ Para considerações acerca do pensamento político kelseniano, conferir PAULSON, Stanley L. *Kelsen as political theorist*. In: La pensée politique de Hans Kelsen. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen. n° 17, 1990; SGARBI, Adrian. *O pensamento político de Kelsen*. In: SGARBI, Adrian. Hans Kelsen: ensaios introdutórios (2001-2006). Vol. 1. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, e LAGI, Sara. *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los Orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”*. Madrid : Editorial Biblioteca Nueva, 2006.

gerais é entendida como a arte de governar, de escolher, de estipular finalidades -, seu exercício é essencialmente institutivo de disposições coercitivas, de modo que o governo pode ser entendido como instância na qual podem ser encontrados aqueles que criam a ordem jurídica. Dele participam - ou seja, na sociedade atuam como governantes – quem concorre para a positivação do direito.⁵⁷

Aqui surge uma questão de grande importância para a redação deste capítulo. Idealmente Kelsen concebe duas formas de expressão do governo, ambas determináveis desde que se faça atuar como critério classificatório a identidade dos que conduzem o processo de criação das normas jurídicas.⁵⁸ São elas as formas autocrática e democrática, duas alternativas acerca das quais se teoriza e pela instituição das quais se combate há muito, como especialmente verificou-se nos anos em que Hans Kelsen acrescentou sua intervenção. São dois modelos, com efeito, opostos entre si.⁵⁹

Enquanto na autocracia criadores e destinatários permanecem ocupando rigidamente seus lugares, restando todo o tempo em posições distantes entre si, incomunicáveis, criadores ordenando o que destinatários devem rigorosamente cumprir, na democracia ambos se identificam, confundindo-se na figura singular que poderíamos denominar de *criador-destinatário*.⁶⁰

Esta identidade constitui traço distintivo de um regime propriamente democrático, nele pontificando como personagem principal e merecedor de todos os cuidados e atenções, no sentido de que a defesa de sua preservação emerge como tema central.

A democracia é, neste passo, uma forma de governo na qual governantes e governados encontram-se reunidos em uma inequívoca unidade por tratar-se de um regime em que o indivíduo está submetido apenas à ordem jurídica de cuja criação participou,⁶¹ quando o contraste radical entre governantes e governados,

⁵⁷ Cf. *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 407-410 e *General theory of law and State*. op. cit. pp. 255 e 256.

⁵⁸ Ver em *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 555 e 556; *Introduction to the problems of legal theory*. op. cit. p. 91; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 88, 282 e 284; e *Pure theory of law*. op. cit. pp. 138, 139 e 279.

⁵⁹ Sugerimos a leitura de EISENMANN, Charles. *La classification des formes politiques selon Hans Kelsen*. In: *La pensée politique de Hans Kelsen*. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen. n° 17, 1990.

⁶⁰ Termo sem correspondência exata na obra kelseniana. Pela pertinência de seu uso respondemos nós, portanto.

⁶¹ Entre inúmeras passagens, consultar *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 13 e 18; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 253, 254, 529, 555 e 556; *Forma de Estado y filosofía* op.

tão característico da alternativa autocrática, dissolve-se à margem do ordenamento jurídico, proscrito que é pela cultura política.

Tal noção teria despontado no contexto histórico em que floresceu e desenvolveu-se a Grécia antiga, e consoante seu sentido, a essência do fenômeno político denominado propriamente de democracia encerra a exigência inafastável da participação dos destinatários na confecção das normas jurídicas sob cujo império lhes cumpre atuar.

Para confirmar esta compreensão, Kelsen reivindica a utilidade de investigações etimológicas realizadas, que não fariam senão se manifestar em seu favor: *demokratein*. No vernáculo, “governo do povo”.⁶²

A conclusão kelseniana é de que a democracia caracteriza-se por ser sobretudo um processo, um método específico pelo qual é criada a ordem jurídica, método este qualificado pela participação dos governados na feitura dos termos que os governam, ou, em outras palavras, pelo protagonismo ímpar do criador-destinatário.⁶³

Eis, portanto, sua essência, ser um procedimento institutivo de normas jurídicas. Neste passo, a democracia apresenta-se como uma dinâmica procedimental. Contudo, e não menos importante, se a democracia é em essência um procedimento esta característica não a esgota. O método em que se constitui vem acompanhado de um sentido específico de enorme relevo, que Hans Kelsen não hesita em sublinhar.

Ora, se no procedimento em que a democracia essencialmente resolve-se os indivíduos que criam o direito são os mesmos cuja conduta cumpre a este direito disciplinar, pode-se nela perceber a clara presença da noção de autonomia, ao mesmo tempo nela também parece receber calorosa acolhida o princípio da

cit. p. 109; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 88, 282 e 284; e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 140, 142, 143, 144 e 279.

⁶² *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 140.

⁶³ Cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 99, 105 e 108; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 601; *General theory of law and State*. op. cit. p. 284; *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 142 e 145; e *Pure theory of law*. op. cit. p. 279. Sobre a democracia em Kelsen, ver ARANGO, Rodolfo. *Esencia y valor de la democracia según Kelsen: la actualidad de un clásico de la filosofía política*. In: BORDA, Luis Villar (org.). Hans Kelsen 1881-1973. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2004; BAUME, Sandrine. *Kelsen: Plaidier la démocratie*. Paris : Éditions Michalon, 2007, e GOYARD-FABRE, Simone. *L'état du droit et la démocratie selon Kelsen*. In: La pensée politique de Hans Kelsen. Caen : Centre de Publications de l'Université de Caen. n° 17, 1990.

liberdade, visto que este, em última análise, é refratário à imposição heterônoma de normas.⁶⁴

Fala-se, aqui, não da liberdade natural, que, a rigor, inexistente para Hans Kelsen, mas sim da liberdade política, pois é «politicamente livre aquele que está submetido (...) mas somente a sua própria vontade e não a uma vontade alheia».⁶⁵

Aliás, ele acrescenta, se democracia é sobretudo um processo de estipulação das normas jurídicas em vigor, processo este que, cumpre enfatizar, recusa diferença entre criadores e destinatários - separação cara à autocracia - ela precisa de fato ser entendida como expressão da liberdade política mas, também, do princípio da igualdade, pois aqui as diferenças naturais que os indivíduos de fato apresentam entre si são suprimidas pelo postulado político em vigor no âmbito jurídico-institucional.⁶⁶

Em Kelsen, a sociedade, esfera dos valores, definida, como vimos, por uma ordem normativa que necessariamente compreende a adoção de posições axiológicas, é radicalmente oposta à natureza, esfera vazia de sentido imanente, suscetível de investigação apenas mediante o uso do princípio da causalidade.

Se no âmbito natural os indivíduos apresentam evidente desigualdade, na sociedade, criação humana expressada em toda sua exuberância política, a opção da alternativa procedimental democrática é pela indistinção entre os indivíduos ante o direito, pela vigência do princípio da igualdade: para Kelsen, o regime político democrático representa do modo mais bem sucedido possível, e com grande mérito, a conjugação aparentemente inconciliável dos princípios de liberdade e igualdade.⁶⁷

Eis, portanto, seu valor: constituir-se como mais apto instrumento, como mais conveniente meio - desde uma perspectiva técnica - para realização dos postulados que muitos tinham - e ainda têm, diga-se - quase como incompatíveis entre si.⁶⁸

⁶⁴ *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 109.

⁶⁵ «politiquement libre celui qui est assujéti (...) mais seulement à sa propre volonté et non à une volonté étrangère». *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 02.

⁶⁶ Sobre a igualdade, cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 08 e 09; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 526; *General theory of law and State*. op. cit. p. 287 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 179 e 180.

⁶⁷ Cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 02; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 109-111; *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 202; e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 202, 205 e 380.

⁶⁸ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 205.

Se democracia é o ambiente por excelência da liberdade política, onde cada qual somente está sujeito à ordem para instituição da qual concorreu – ainda que sua particular preferência política tenha sido preterida em função de outra, cumpre frisar -, fosse ela com a desigualdade compatível e ter-se-ia a presença de um constrangedor paradoxo. Se alguns indivíduos, por estipulação de um critério qualquer, participassem em posição privilegiada ou mais vantajosa da criação das normas jurídicas, os que entre eles não se encontram terminariam por submeter-se a uma ordem para cuja elaboração apenas timidamente participaram.

A ordem jurídica em atenção a qual teriam que se conduzir seria constituída em maior grau, ou intensidade, por outrem, quando a democracia estaria distanciando-se de sua concepção exata e ideal e deslocando-se no sentido de agora apresentar maior proximidade do pólo em que está situada a autocracia e sua circunstância de privilégios.

Neste movimento pendular, ao inclinar-se por um traço simpático ao modelo autocrata, o regime político retiraria prestígio da autonomia e conferiria sobrevida à heteronomia, que assim passa a insinuar sua presença conquistando relevante espaço. Portanto, do conceito ideal de democracia argüido por Hans Kelsen, e é dele que tratamos até aqui, a preservação conjunta da liberdade política e da igualdade – mais exatamente a coexistência harmônica entre ambas – são traços fundamentais.⁶⁹

Em *General theory of law and State*, Kelsen assinala que as definições ideais de democracia e autocracia estipuladas em reflexões teóricas não encontram na realidade sócio-política repercussão exata. Os exemplos que da experiência podem ser extraídos revelam Estados representativos de um sem número de estágios intermediários, cada qual se aproximando ora de um extremo ora de outro, o que por vezes torna um tanto árdua a tarefa de incluir cada qual entre os que prestigiam o regime democrático ou entre os que se expressam com acento autocrata. Na terminologia usual, assim, costuma-se levar em consideração os traços prevalecentes, de modo que um Estado pode ser classificado como democrático ou autocrático em função de sua capacidade, ainda que imperfeita, de

⁶⁹ Cf. *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 202 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 380.

reproduzir na experiência as promessas em tese constituídas pelos paradigmáticos modelos ideais.⁷⁰

A estipulação ideal dos regimes políticos apresenta utilidade na medida em que desempenha uma importante função teórico-instrumental. Seu domínio habilita o pesquisador a projetar-se sobre a complexa experiência histórico-sociológica tecnicamente qualificado para conceituá-la. Dos modelos ideais serve-se Kelsen quando se ocupa daqueles dois postulados políticos que, sobretudo no século XX, reivindicaram sua realização empírica como lídima expressão dos anseios contidos na democracia.

Com reflexo ainda presente em vários centros qualificados de discussão, o liberalismo e o marxismo-leninismo apresentaram seu entendimento daquilo que seria a “democracia verdadeira”. Em inúmeras das obras que escreveu, Hans Kelsen dedicou-se a confrontar tanto a retórica liberal quanto a marxista-leninista com o entendimento que ele próprio apresentou acerca da essência e do valor democráticos. A este confronto nos referiremos nos dois pontos abaixo.

5.3

O projeto político-liberal.

Vejamus primeiramente a fórmula liberal. Seu aspecto apresenta sensíveis divergências do modelo ideal kelseniano. Tal como entendido por este movimento político, o modelo democrático admite restrições à participação dos governados, ou melhor, caracteriza-se exatamente por impor precisos limites a estas participações. Os governados aqui se vêem submetidos a algumas normas para elaboração das quais não lhes foi permitida a emissão de qualquer pronunciamento. Paradoxalmente, como veremos abaixo, é em nome da manutenção da democracia que obstáculos são erguidos entre os governados e as disposições jurídicas que lhes dirigem a conduta.

Deve-se tal compreensão ao fato de que a cultura política de feições liberais atribui significativo prestígio a algumas matérias que em dado contexto histórico foram estimadas pela sociedade como fundamentais à sua própria subsistência e que por isso devem ser vigorosamente preservadas, o que é feit⁷¹o

⁷⁰ *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 532 e 533; *Forma de Estado y filosofía* op. cit. p. 108; e *General theory of law and State*. op. cit. p. 284.

⁷¹ *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 183 e 184.

por meio do desenvolvimento de peculiar aparato institucional. Neste tem-se a presença um engenhoso artifício jurídico destinado a colocar tais matérias à margem da possibilidade decisória dos criadores-destinatários de normas, excluindo-as, assim, dos horizontes políticos destes últimos, que passam a figurar na condição de meros espectadores, e obedientes cumpridores, de parcela consideravelmente importante do direito em vigor.

Referimo-nos, aqui, às chamadas garantias constitucionais instituídas pelo liberalismo, entendidas como direitos insuscetíveis de supressão ou modificação e assim subtraídos do debate político, e de que são exemplos freqüentemente acolhidos a liberdade de opinião, a liberdade de crença religiosa e a instituição da propriedade privada.

Ainda que se possa postular a conveniência desses direitos à sociedade, considerando desejável, portanto, sua manutenção, questão bem diversa é argüir por sua exclusão do processo de deliberação democrática, opondo insuperável obstáculo jurídico a qualquer orientação política que pretenda imprimir à sociedade novos e talvez revolucionários destinos.

Nesta hipótese, os direitos “postos a salvo” dos governados restam deslocados em definitivo para fora da esfera de discutibilidade, ambiente que a democracia, entende Hans Kelsen, recusa-se a freqüentar.⁷²

Deste modo é que não lhe parece correto negar tratar-se, esta exclusão, de circunstância que atinge o processo de criação-aplicação do direito diluindo o sentido exato da democracia, contrariando frontalmente sua noção ideal. Se o movimento liberal eleva a liberdade de opinião, a liberdade de crença religiosa e a instituição da propriedade privada à condição de valores socialmente incontrovertidos, e, como tais, insuscetíveis de revisão pública na dinâmica política que distingue o regime democrático,⁷³ não podem, defende o autor da teoria pura, em nome deste mesmo regime realizá-lo.

A democracia, porque essencialmente procedimento institutivo, como a entende Hans Kelsen, não pode encerrar *nenhum conteúdo específico pré-determinado*. Em sua formulação ideal, e salvo a mencionada liberdade igualitária de participação na positivação de normas, que a rigor a define, nenhum valor pode

⁷² Cf., v.g., *Forma de Estado y filosofía* op. cit. pp. 113 e 134; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 287 e 288; e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p.183.

⁷³ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 188.

ser contemplado como se lhe fosse imanente. Isto pelo elementar motivo de que o conteúdo é exatamente o objeto em torno do qual discutem os criadores-destinatários da ordem jurídica em um regime desta índole. É sobre ele que tais sujeitos deliberam.⁷⁴

Por este motivo é que, por exemplo, Kelsen opõe-se às investidas do liberalismo econômico, que pretendem emprestar à democracia contornos políticos necessariamente coincidentes com os princípios da economia de mercado que caracterizam o regime capitalista. Contra Friedrich Hayek, clássico defensor do liberalismo econômico no século XX, ele dirigiu duras críticas.⁷⁵

Em *The Road to Serfdom* (O caminho da servidão), citado por Kelsen, Hayek expressa a relação irrecusável que enxerga entre o sistema liberal da economia de mercado e o regime democrático, como se ao modelo socialista faltasse necessariamente qualquer sintonia com os postulados deste último.⁷⁶

As pretensões que arguem a conveniência da economia planificada, como as de inclinação socialista, trariam em si, na esteira desta compreensão, o ônus da incompatibilidade com a democracia. O liberalismo político deveria, então, fornecer abrigo ao liberalismo econômico, protegendo-o das ambições que sugerem outro modelo de organização sócio-econômica.

Em *Foundations of democracy*, Kelsen acusa Hayek de, para suportar seu argumento, promover uma distorção do sentido exato da palavra ‘liberdade’ no contexto democrático. Para o autor da teoria pura, «não é a liberdade econômica (...) que é essencial à democracia», pois esta última é «compatível tanto com um sistema econômico socialista quanto capitalista».⁷⁷

A posição de Hayek foi por Kelsen destacada como equívoco exemplar, como retórica então freqüente que objetivava vincular a democracia a específicos conteúdos econômicos. Conforme a perspectiva kelseniana, a suposição da pré-existência de tais conteúdos ao pronunciamento político dos governados representa uma espécie de corrupção do modelo propriamente democrático, e não sua realização. Se a garantia do liberalismo econômico for alçada à condição de norma jurídica intocável na Constituição de certo Estado, *v.g.*, sobre ela deixam de poder decidir os governados, que têm então sua ação política restrita de modo

⁷⁴ Ibidem. p. 142.

⁷⁵ Ibidem. pp. 265, 266, 268, 275, 276, 277, 278, 279 e 389.

⁷⁶ Ibidem. p. 265, 275, 277 e 389.

⁷⁷ Ibidem. pp. 274 e 275.

incontornável, sendo-lhes vedada a posição de intervenientes de relevante parcela da ordem jurídica cuja vigência lhes cabe observar.

Desde sua perspectiva, Kelsen entende que o ambiente ventilado pelos ares democráticos rejeita este cenário, reclamando que os argumentos políticos sejam a todo momento sujeitos à crítica, é dizer, invariavelmente submetidos ao crivo do debate público.⁷⁸

Quando programas políticos utilizam-se de contorcionismo teórico para tentar inserir seus propósitos em quadros conceituais que em princípio, e por definição, lhe são hostis - como a democracia ideal é, para Kelsen, hostil ao liberalismo político, ver-se-á em seguida -, não fazem senão tentar preservar-se afastando os valores que desejam ver socialmente acolhidos da esfera de discutibilidade. Porém, vimos, «Democracia é discussão», afirma Hans Kelsen.⁷⁹

Se Hayek pede proteção ao liberalismo político com o intuito de afirmar em definitivo a vigência jurídico-intitucional de suas convicções econômico-liberais, pretende suprimir da esfera de discussão democrática qualquer alternativa não-liberal, sejam elas de inspiração socialista, contra a qual milita diretamente, ou mesmo as propostas capitalistas que recusam pertinência aos seus postulados. Mas a democracia encerra uma dinâmica político-conflitiva irrenunciável,⁸⁰ e o silêncio pretendido pelo liberalismo político acerca de determinados temas configura-se, para Hans Kelsen, um comprometedor sentido.

Neste passo, ele firma uma conclusão importante e aqui já insinuada: liberalismo político e democracia não encerram princípios entre si idênticos. Seriam eles, ao contrário, construções antagônicas, assevera.⁸¹ Enquanto a primeira reclama a imutabilidade de certos direitos, a segunda postula acesso irrestrito dos destinatários das normas jurídicas às disposições que os governam, pois apenas se satisfeito este requisito estes se subtraem da posição de meros destinatários e passam a identificar-se também como criadores, desempenhando aquele protagonismo singular acima referido.⁸²

⁷⁸ *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 112 e 133; e *General theory of law and State*. op. cit. p. 288.

⁷⁹ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 183. No mesmo sentido, *Forma de Estado y filosofía*. op. cit. pp. 113 e 134; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 287 e 288, e *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit*. op. cit. p. 103.

⁸⁰ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 188.

⁸¹ *Ibidem*. p. 143.

⁸² *Ibidem*.

Nada obstante, Kelsen vê-se forçado a reconhecer que o movimento liberal pretendeu emprestar novos contornos ao conceito de democracia e obteve certo êxito em sua investida.⁸³

O liberalismo político confronta diretamente o modelo democrático ideal, é certo, e o autor em questão em nenhum instante concede o contrário; contudo, deve-se verificar que tal confronto não se dá de modo absoluto, e que pertence mesmo e principalmente às postulações liberais a intervenção dos governados na instituição de pelo menos a maior parte dos termos jurídico-prescritivos que os governam.

A primeira preocupação liberal é proteger esta atuação participativa mediante o estabelecimento de garantias que a confirmem, embora essas mesmas garantias, paradoxalmente, impliquem retração de seu âmbito, diminuição de sua extensão.

Quando se preserva em um catálogo de direitos fundamentais o direito de reunião, de manifestação de pensamento, de confissão religiosa, de opinião política e a liberdade de imprensa, por exemplo, coloca-se ao redor de tais liberdades uma barreira jurídica muitas vezes insuperável. Porém, nesta circunstância há de ser salientada uma questão de relevo: enquanto tais restrições são mobilizadas *em favor* do estabelecimento de proteção ao exercício de manifestações políticas imprescindíveis à participação dos indivíduos, ela dirige-se à manutenção da democracia.

Para Hans Kelsen democracia é procedimento, como visto, mas um procedimento que pode vir a reclamar como conveniente para sua efetiva existência – e este ponto não deve ser negligenciado - que ao seu redor seja erguido um resistente aparato jurídico desenvolvido para repelir investidas que tenham por ambição obstar a livre e plena intervenção política dos criadores-destinatários. Daí porque a subtração destes direitos do debate público, o que significa a impossibilidade de sua supressão, não surge como recusa ao caráter procedimental da democracia, antes o reafirma.⁸⁴

Mas a retórica liberal não se satisfaz com esta restrição. Ela avança sobre outros temas sem que estes minimamente se dirijam, sequer de modo indireto ou

⁸³ A teoria pura reconhece no liberalismo político uma expressão da democracia. Cf., por exemplo, *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 529; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 287 e 288, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 143, 183 e 184.

⁸⁴ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 143.

oblíquo, a propiciar a tanto mais ampla quanto possível participação dos indivíduos.

Acima foi colacionado o exemplo da garantia pretendida pelo liberalismo econômico. Neste momento, quando se associa às pretensões do capitalismo liberal e isola do cenário deliberativo tópicos não-procedimentais, e sim substantivos, como sói ocorrer, o liberalismo político caminha em sentido contrário ao indicado pelos postulados democráticos.

Aqui sim os confronta e atinge, pois se em um primeiro instante parece apenas proteger a participação política dos indivíduos da eventual intolerância de quem em nome do Estado atua, agora a estes mesmos indivíduos nega interferência em questões que podem apresentar grande relevo econômico-social, como no exemplo aduzido.

Isto significa que para os governados continuarem sendo criadores-destinatários parece ser preciso, consoante o pensamento político em questão, que o sentido do termo *criador* seja um tanto matizado. Assim, a democracia tem preservados alguns de seus traços fundamentais enquanto, por outro lado, vê enfraquecida sua presença, pois sensivelmente afastada de seu modelo ideal após algumas contitudísticas restrições liberais.

Não é outra a razão pela qual Hans Kelsen entende serem mera e parcialmente conciliáveis, jamais coincidentes, a pretensão política liberal e os requisitos constitutivos da democracia ideal: se estes exigem participação irrestrita dos governados no conteúdo do ordenamento jurídico, como aludido acima, aquela restringe esta mesma participação e com isto muito debilita na experiência o vigor do projeto democrático.⁸⁵

Com efeito, o liberalismo político preserva a liberdade de expressão, mantém a pluralidade política e garante o direito de reunião ao mesmo tempo em que recusa a possibilidade de que, fazendo uso de todas estas garantias, possa o indivíduo a qualquer delas renunciar, visto que estas em regra pertencem ao conjunto de disposições constitucionais elevadas à condição de imodificáveis. Podem ser convocadas reuniões plurais em que a divergência política seja a nota essencial e em que o pronunciamento não encontre qualquer vestígio de censura, mas tal ambiente não pode ir ao extremo de concluir por qualquer decisão...

⁸⁵ Ibidem.

Na democracia ideal, entende Hans Kelsen, o slogan monárquico-absolutista *l'état c'est moi* cede integralmente espaço ao *l'état c'est nous*,⁸⁶ que, por sua vez, vê-se duramente golpeado pelo liberalismo político não só por este excluir do horizonte dos governados matérias de sobranceira importância ao associar-se ao capitalismo liberal, cumpre acrescentar, mas também, e aqui chegamos a outro aspecto fundamental à compreensão deste ponto, por instituir entre os governados e o processo de decisão propriamente dito um instrumento técnico que funciona como patamar intermediário. Trata-se da *representação*, argumento que atribui a um conjunto de indivíduos a função de, em lugar dos governados, que assim deixam de por sua própria voz pronunciar-se, decidir acerca das normas jurídicas vigentes.⁸⁷

Este instituto decorreria da necessidade «inelutável»⁸⁸ da divisão do trabalho, pois segundo o alto nível de complexidade das relações sociais presentes nas comunidades modernas não é mais possível realizar a democracia propriamente dita em sua expressão plena, a democracia direta.⁸⁹

A retórica política então recorre à idéia de que os governados são de fato representados por indivíduos eleitos, de que a vontade do povo repercute na manifestação parlamentar daqueles que foram escolhidos em uma dinâmica eleitoral. Mas tal representação não é senão uma *ficção* aos olhos de Kelsen. Sua finalidade é claramente político-ideológica: pretende-se dissimular a perda que representa à democracia a falta de imediata participação popular na condução do Estado pela manutenção da crença de que a vontade dos representantes corresponde à vontade dos governados.⁹⁰

⁸⁶ *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 202.

⁸⁷ Sobre o instituto da representação, ver, sobretudo, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 35-38; *O problema do parlamentarismo*. op. cit. pp. 114 e 115; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 510-517, 556 e 557; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 289-292, e *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 299-302.

⁸⁸ «*inéluçtable*». *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 35.

⁸⁹ Acerca da relação entre representação e divisão do trabalho nas sociedades modernas, consultar *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 35; *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 114; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 513, e *General theory of law and State*. op. cit. p. 289.

⁹⁰ Para menções expressas à representação como ficção, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 35-38; *O problema do parlamentarismo*. op. cit. pp. 114 e 115; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 510 e 511; *General theory of law and State*. op. cit. pp. 289-292, e *Pure Theory of Law*. op. cit. pp. 300 e 301.

Para Hans Kelsen a democracia ideal é o regime marcado pela ausência de chefes.⁹¹ Democracia ideal é democracia direta, dispensando, para configurar-se, a figura de qualquer intermediário entre os governados e a tarefa de criação normativa. Intermediários que, desvendada a ficção da representação, assemelham-se aos chefes que estabelecem comandos jurídicos para que os “representados” os cumpram. É neste sentido que o autor da teoria pura, citando *Capitalism, Socialism and Democracy* (Capitalismo, socialismo e democracia) destina a Joseph Schumpeter severas críticas, acusando-o de, entre outras coisas, confundir democracia com eleição e deste modo reduzir os termos daquela a uma mera concorrência pelo voto.⁹²

Posto ser o espaço em que se dá a participação mediata dos governados, o parlamento não corresponde à Ágora, e o parlamentarismo, este modelo liberal de tomada de decisões, tampouco corresponde a uma técnica idealmente democrática. Com efeito, Kelsen apresenta em favor desta assertiva a representação como instituto suporte da proposta parlamentarista, referindo-se àquela ficção como um duro golpe desferido contra a liberdade política em que essencialmente consiste, e subsiste, a autonomia democrática. Neste caso, «Quem delega, abdica», afirma.⁹³

Ele entende o parlamentarismo como «a formação da 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».⁹⁴ Trata-se do modelo político que aparenta ser capaz de superar com a menor violência possível as dificuldades provenientes das complexas sociedades contemporâneas, permitindo a estas uma conciliação superior a qualquer outro modelo entre a liberdade democrática e o mencionado e irrecusável princípio da divisão do trabalho. Diante deste fato, percebe-se que as democracias vigentes no Estado moderno têm seu funcionamento dependente do

⁹¹ *La démocratie. Sa nature, sa valeur.* op. cit. pp. 90 e 85. No mesmo sentido, cf. *Forma de Estado y filosofía.* op. cit. p. 123.

⁹² *Fundamentos da democracia.* op. cit. pp. 279 e 280.

⁹³ «Celui qui délègue, abdique». *La démocratie. Sa nature, sa valeur.* op. cit. p. 95.

⁹⁴ *O problema do parlamentarismo.* op. cit. p. 113, e, no mesmo sentido, *La démocratie. Sa nature, sa valeur.* op. cit. p. 34.

êxito institucional do modelo parlamentarista. «A democracia do Estado moderno é a democracia indireta, parlamentar».⁹⁵

Kelsen parece render-se às evidências de que propor a participação direta dos indivíduos como condição inafastável para o advento real da fórmula democrática seria recusar aos Estados modernos tal possibilidade. Advertindo que «parlamentarismo e democracia não são a mesma coisa»,⁹⁶ convicção que certamente irá orientar as sugestões que veremos abaixo pela “democratização” do modelo parlamentar, Kelsen conclui que:

do fato de o parlamento ser ou não um instrumento para resolver os problemas sociais de nosso tempo depende a própria existência da democracia moderna. (...) para o Estado moderno essa democracia direta – isto é, a formação da vontade estatal na assembléia do povo – é praticamente impossível. Não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo seja a única forma real possível em que possa realizar-se, na realidade social hodierna, a idéia de democracia; por isso, a condenação do parlamentarismo é, ao mesmo tempo, a condenação da democracia.⁹⁷

«Por isso, o destino do parlamentarismo decidirá também o destino da democracia»,⁹⁸ conclui. Se é verdade que a intervenção dos representantes afasta o povo do pronunciamento direto nos destinos do Estado, também é verdade que o modelo parlamentar prestigia algumas noções caras à democracia, noções estas inteiramente compatíveis com o relativismo epistemológico e axiológico que em última análise a sustentam, vimos.⁹⁹

Todo procedimento parlamentar visa alcançar um caminho intermediário entre interesses opostos, uma resultante das forças sociais antagônicas. Ele prevê as garantias necessárias para que os interesses discordantes dos grupos representados no parlamento tenham a palavra e possam manifestar-se como tais num debate *público*. E, se procurarmos o sentido mais profundo do procedimento especificamente antitético-diatético do parlamento, esse sentido só poderá ser o seguinte: da contraposição de teses e antíteses dos interesses políticos deve nascer de alguma maneira um síntese, a qual, neste caso, só pode ser um compromisso.¹⁰⁰ (itálico do próprio autor)

Após perceber que o futuro da democracia estaria vinculado ao sucesso institucional do parlamentarismo, Kelsen passa a submeter este último à análise

⁹⁵ «*La démocratie de l'Etat moderne est la démocratie indirecte, parlementaire*». *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 31.

⁹⁶ *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 112. Ver também *O Estado como integração. Um confronto de princípios*. op. cit. p. 111.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ «*par suite le destin du parlementarisme décidera de celui de la démocratie*». *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 33.

⁹⁹ Kelsen refere-se ao parlamentarismo como modelo compatível com a perspectiva filosófica relativista em, v.g., *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 134.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 129. No mesmo sentido, p. 133.

com o propósito de fortalecê-lo, quando oferece sugestões destinadas a atenuar a crise que já nos anos 20 era apontada como própria do modelo parlamentar.

Quando Kelsen ocupa-se do parlamentarismo o faz sobretudo nesta conturbada década. Seus principais escritos sobre a matéria são de 1920, com *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2ª edição em 1929), e 1925, com *Das Problem des Parlamentarismus* e *Allgemeine der Staatslehre*. Neles, dedica considerável número de páginas à proposição de mecanismos capazes de tornar o parlamento uma instituição politicamente mais prestigiada. Convém que sejam considerados as principais deles.

Debruçando-se já sobre a estrutura com que se delineou historicamente o parlamento, Kelsen enfatiza que «a idéia democrática exige que o órgão legislativo seja composto por uma só câmara».¹⁰¹ Ele atribui o bicameralismo adotado por muitas repúblicas comprometidas com a democracia ao modelo criado com a monarquia constitucional. Nesta «grupos privilegiados, próximos ao monarca, são o contrapeso da representação popular no processo legislativo».¹⁰²

Nas repúblicas democráticas a segunda câmara é representada pelo Senado, e seus membros são eleitos em atenção a critérios específicos, como: idade mínima superior a dos membros da primeira câmara e representação de certas circunscrições administrativas, como sói ocorrer em repúblicas delineadas em conformidade com uma federação, como o Brasil, por exemplo.

De qualquer modo, Kelsen entende que a função conservadora termina por ser desempenhada nestas repúblicas pelo Senado. Nada obstante, quando questões técnicas recomendam a adoção desta segunda câmara, «a república democrática tem que afirmar plenamente a supremacia da câmara dos deputados, ou câmara popular, sobre o Senado».¹⁰³

Outro ponto importantíssimo sublinhado por Kelsen é a necessidade de que o procedimento parlamentar seja dotado de condições tais que tornem as sessões verdadeiramente públicas. Ele anota que a publicidade é um elemento fundamental ao caráter democrático da atuação dos eleitos.

¹⁰¹ «La idea democrática exige que el órgano legislativo se componga de una sola cámara». Teoría general del Estado. op. cit. p. 568.

¹⁰² «grupos privilegiados, próximos al monarca, son el contrapeso de la representación popular en el proceso legislativo». Ibidem.

¹⁰³ «la República democrática tiene que afirmarse plenamente la supremacía de la cámara de los diputados o cámara popular sobre el Senado». Ibidem. p. 569.

A publicidade do procedimento parlamentar substitui até certo ponto a impossibilidade de uma participação direta do povo na formação da vontade estatal. Por meio da publicidade, a discussão de opiniões manifestada no procedimento parlamentar chega às mais extensas zonas populares não participantes diretamente da formação da vontade estatal, assegurando-lhes, indiretamente, um certo influxo na criação normativa pelo efeito que a opinião pública sempre produz sobre o parlamento. Este efeito, mais controlador do que criador, torna compreensível que a publicidade do procedimento parlamentar (e de todo tipo e grau de formação da vontade estatal ou criação jurídica) constitui um princípio fundamental da democracia parlamentar.¹⁰⁴

Assim, com a ampla publicidade que Hans Kelsen defende o povo é de certa forma, mas apenas em certa medida, novamente colocado no centro da vida político-jurídica, pois lhe é aberta a possibilidade senão de criar diretamente, influenciar com grande intensidade aqueles que de fato participam da instituição de normas na condição de representantes eleitos.

Um outro item destacado pelo autor da teoria pura como de grande utilidade para o prestígio político do parlamento é a abolição, ou a severa restrição, da *imunidade* parlamentar. A imunidade parlamentar significa, em apertada síntese, que o eleito não pode ser judicialmente processado sem que previamente seja obtido o consentimento da câmara a que pertence, que também necessita aprovar sua detenção em caso de flagrante delito.¹⁰⁵

Kelsen entende que o estabelecimento da imunidade inicialmente justificava-se como uma forma de proteger o parlamentar dos obstáculos que o monarca ou o executivo poderiam oferecer ao desenvolvimento de suas atividades, mas no Estado moderno de aspirações democráticas não há mais sentido em sua manutenção. Sobretudo porque nele, e é ele que se pretende construir, inexistente diferença radical entre governo e parlamento.¹⁰⁶ De modo que a idéia de tentar proteger o parlamento do governo em uma democracia apresenta-se-lhe como um verdadeiro absurdo.¹⁰⁷

¹⁰⁴ «La publicidad del procedimiento parlamentario sustituye hasta cierto punto la imposibilidad de una participación directa del pueblo en la formación de la voluntad estatal. Mediante esta publicidad, la discusión de opiniones manifestada en el procedimiento parlamentario llega a las más extensas zonas populares no participantes directamente en la formación de voluntad estatal, asegurándoles, indirectamente, un cierto influjo en la creación normativa, por el efecto que la opinión pública produce siempre sobre el parlamento. Este efecto, más controlador que creador, hace comprender que la publicidad del procedimiento parlamentario (y de toda clase y grado de formación de voluntad estatal o creación jurídica) constituye un principio fundamental de la democracia parlamentaria». Ibidem. p. 572.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 573.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 574.

¹⁰⁷ *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 119.

Um absurdo que na prática torna-se um privilégio destinado à injustificada proteção de parlamentares que cometem crimes, especialmente crimes contra a honra.¹⁰⁸

Enfim, é de todo inadmissível em nossos dias o costume de reprimir apenas com os meios disciplinares destinados à manutenção da ordem interna da câmara (...) verdadeiros delitos de que os deputados se tornam culpados durante discurso parlamentar, sob pretexto de que foram cometidos no exercício de suas funções. Se o parlamentarismo, durante sua longa existência, não soube conquistar a simpatia das massas (...) uma das causas disso deve ser buscada nos abusos a que leva o privilégio absolutamente anacrônico da imunidade.¹⁰⁹

Kelsen acrescenta aos pontos anteriores a necessidade de que a república democrático- parlamentar devolva tanto quanto possível ao povo o direito de participação na criação das normas jurídicas. Eel refere-se aqui à iniciativa popular e ao referendo.¹¹⁰

Com a iniciativa popular concede-se ao povo – satisfeita a exigência de um certo número de indivíduos reunidos - a faculdade de apresentar uma proposta legislativa que obriga o parlamento a discuti-la e votá-la. Ela pode significar também que o parlamento deva submeter a plebiscito um projeto de lei idêntico à proposição popular.¹¹¹

Quanto ao referendo, ele representa a participação direta do povo na ratificação ou não de norma jurídica já em vigor. É mais uma alternativa que devolve ao indivíduo o contato direto com a criação do direito que disciplina sua conduta, quando compartilha esta atividade com o parlamento.¹¹²

Enfim, com estas sugestões Kelsen pretende recuperar o prestígio político do regime parlamentar e atenuar o golpe que sua instituição desferiu contra a participação direta dos governados na instituição das normas que compõem o ordenamento jurídico, na metaforicamente chamada “vontade estatal”. Seu propósito é, portanto, o de aproximar o parlamentarismo tanto quanto possível do modelo democrático ideal.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Ibidem. pp. 116 e 117, e *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 574-576.

¹¹¹ *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 574 e 575.

¹¹² Idem. Ver também *O problema do parlamentarismo*. op. cit. pp. 116 e 117.

5.4

O projeto político marxista-leninista.

Se à expressão política do movimento liberal Hans Kelsen concede a possibilidade de preservar certas ambições essencialmente democráticas, como o pronunciamento dos governados na elaboração das normas jurídicas, ainda que bastante debilitado por meio da interferência ficcional da representação, outra é sua postura quando se dedica a examinar a construção teórica das auto-intituladas democracias socialistas.

Antes de avançarmos neste subitem, sem embargo, cumpre-nos tecer algumas considerações imprescindíveis. Como revela o último período do parágrafo anterior, Kelsen debruça-se sobre aquele projeto político que no final do século XIX e sobretudo durante o século XX apresentou-se como caminho alternativo ao modelo capitalista tentando identificar-se com a genuína expressão da democracia. O autor em tela não se ocupa do socialismo em geral, mas sobretudo da versão marxista e dos desdobramentos que esta veio a obter e que lhe imprimiram novos contornos.

A crítica kelseniana, portanto, não se ergue contra o socialismo *tout court*. Em *Sozialismus und Staat*, de 1920, v.g., e já no prefácio, Hans Kelsen diz ser necessário enfatizar «com toda energia» que este escrito não está destinado a ser uma obra de oposição ao socialismo.¹¹³

Páginas depois, ainda neste mesmo título, acrescenta que «a implantação de um ordenamento jurídico comunista» seria «uma experiência à qual não se deve renunciar por causa da possibilidade que ela encerra de melhorar as condições insuportáveis do capitalismo».¹¹⁴

Em sentido similar manifesta-se na introdução a *The political theory of bolshevism* (A teoria política do bolchevismo) publicada em 1948, quando expressa sua admiração pelo socialismo britânico que não havia renunciado, ao contrário do inspirado na vertente marxista-leninista, entende, aos rasgos

¹¹³ «con toda energía» *Socialismo y Estado: una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Trad. Rolf Behrman. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1985.

¹¹⁴ *Socialismo y Estado*. op. cit. p. 302.

distintivos da democracia. A opção dos socialistas pela alternativa britânica poderia determinar, agrega, «a sorte da humanidade».¹¹⁵

O objeto de sua rejeição foi, portanto, toda a construção iniciada por Marx¹¹⁶ e que se desenvolveu no período soviético sobretudo por intermédio de Lênin e seus continuadores: Stucka, Rejsner, Pasukanis e Vysinskij, sendo que este último teve não apenas suas idéias recusadas por Kelsen, mas inclusive sua conduta pessoal, que, na opinião do autor da teoria pura, demonstrava «um servilismo repugnante ao ditador de então (Stálin), uma prostração intelectual que supera as piores formas do bizantinismo»¹¹⁷ revelando alguém que elabora uma teoria «cuja maior ambição é ser uma submissa servidora do governo».¹¹⁸

Em *Soviet Legal Philosophy* (Filosofia jurídica soviética), onde Vysinskij fundamentalmente pronuncia-se supondo fazer ciência, acusa Kelsen, há inúmeras referências à «grande constituição de Stálin»,¹¹⁹ ao «grande Stálin»,¹²⁰ este «gênio de erudição e da teoria marxista».¹²¹

A posição kelseniana referente à separação entre a atividade científica e a atividade política foi tratada em item anterior, de modo que esta repulsa certamente deve ser compreendida dentro do quadro epistemológico que ampara a teoria pura, mas também pode ser lida como consequência da indignação pessoal que inspirou Hans Kelsen diante da má-fé que ele enxergou na postura de Vysinskij. Os jusfilósofos soviéticos citados dele receberam apenas considerações teóricas.

Cumprir notar que durante décadas os argumentos socialistas derivados da leitura marxista mereceram do jusfilósofo em tela atentas considerações, levando-o inclusive à redação de várias obras integralmente dedicadas à matéria.

¹¹⁵ «la suerte de la humanidad». *La teoría política del bolchevismo*. In: KELSSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Trad. Alfredo Weiss. Buenos Aires : Emecé Editores, 1957. p. 272.

¹¹⁶ Sobre a leitura feita por Kelsen a respeito de Marx, ver GUASTINI, Ricardo. *Kelsen y Marx*. In: CORREAS, Oscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, e RUIZ MANERO, Juan. *Sobre la crítica de Kelsen al marxismo*. In: CORREAS, Oscar (org.). *El otro Kelsen*. Cidade do México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

¹¹⁷ «Un servilismo repugnante hacia el entonces dictador, una prostración intelectual que supera las peores formas del bizantinismo». *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. p. 179.

¹¹⁸ «cuya mayor ambición es se una sumisa servidora del gobierno». *Ibidem*.

¹¹⁹ «la gran Constitución de Stalin». *Soviet Legal Philosophy*. p. 305. Apud. KELSSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. p. 179.

¹²⁰ «el gran Stalin». *Soviet Legal Philosophy*. p. 304. Apud. KELSSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. p. 179.

¹²¹ «genio de erudición y de la teoría marxista». *Soviet Legal Philosophy*. p. 429. Apud. KELSSEN, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. p. 179.

Nos anos 20 temos o já citado *Sozialismus und Staat*, de 1920; em 1924 veio a lume *Marx oder Lassalle. Wandlungen in der politischen Theorie des Marxismus* (Marx ou Lassalle. Mudanças na teoria política do marxismo); em 1931 foi publicado *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* (A teoria geral do direito e o materialismo histórico); em 1948 foi a vez do também já referido *The political theory of bolchevism. A critical analysis* (A teoria política do bolchevismo. Uma análise crítica.); e em 1955 foi concluído *The communist theory of law* (A teoria comunista do direito).

Pode-se acrescentar que estas publicações não esgotaram o tratamento de Hans Kelsen ao tema, que também foi contemplado em diversas passagens de *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, de 1920, e de *Foundations of democracy*, de 1955, por exemplo.

Com relação a Marx, Kelsen tem inúmeras considerações a fazer. Ante o propósito que anima a elaboração do presente trabalho, sobre muitas delas não cabem extensos comentários. Convém citar, entretanto, algumas críticas importantes, sobretudo por serem de caráter essencialmente epistemológico, cuja repercussão na compreensão política marxista é decisiva, com desdobramentos que se projetam nos discursos de seus seguidores.

As obras em função das quais Marx é criticado são, principalmente, *Das Kapital* (O capital), *Die Deutsche Ideologie* (A ideologia alemã), *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie* (Para uma crítica da filosofia do direito de Hegel), *Zur Kritik der politischen Oekonomie* (Para uma crítica da economia política), *Misère de la philosophie* (Miséria da filosofia) e *Manifest der Kommunistischen Partei* (Manifesto do partido comunista).

Em poucas linhas, pode-se afirmar que Marx, para Kelsen, compreende a realidade como um fenômeno dotado de duas expressões distintas, «uma externa, visível, mas ilusória, e portanto ideológica, e uma realidade interna, invisível (por ser ocultada pela anterior), mas verdadeira, real».¹²²

Na ótica marxista, o contato que se limitasse à primeira expressão da realidade traria como consequência ao indivíduo uma perniciosa distorção, que o faria substituir a segunda expressão da realidade, a “realidade verdadeira”, por

¹²² «una externa, visible, pero ilusoria y por tanto ideológica; e una realidad interna, invisible (porque la oculta la capa externa) pero verdadera, real». *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. p. 39.

uma mera e dissimuladora aparência. Para o filósofo alemão, haveria verdades encobertas pela ideologia burguesa, verdades que figuram como uma «essência disfarçada»,¹²³ um «fundo oculto»¹²⁴ da realidade, da realidade «interna e real».¹²⁵

Em Kelsen, a contradição entre as “duas realidades” não seria a contradição entre a expressão ideológica que a cultura burguesa protagoniza e a misteriosa expressão da “realidade real” que cabe à filosofia marxista revelar. Trata-se de uma simples contradição entre o aspecto da primeira e os caracteres que esta última pretende ver acolhido socialmente como ambição política.

A “realidade real” seria, sob sua análise, o efeito da já mencionada confusão entre o *ser* em que ela unicamente pode expressar-se e o *dever-ser* que enxerga Karl Marx ao sobre ela subjetivamente projetar-se, animando-a na suposição de ser tal “realidade real” portadora de valores intrínsecos suscetíveis de serem descobertos pela razão mediante o empenho científico. A “realidade real” é, em última análise, aquela que Marx entende que *deve-ser*. A “realidade aparente” fornecida pela ideologia burguesa não teria suporte racional, e somente esta “realidade real”, sendo verdadeira, poderia conter o segredo da justiça que Karl Marx pretende revelar ao afirmar ser possível ao socialismo fazer surgir das formas específicas da falsa realidade a realidade verdadeira com seu dever e seu fim último.¹²⁶

Kelsen argúi ser

muito interessante assinalar que a ‘verdadeira realidade’, a essência interna da realidade em contraposição com sua forma externa, ilusória, com sua mera aparência, é, segundo declara abertamente Marx, uma norma, um dever. É a idéia de Hegel, o valor absoluto imanente à realidade.¹²⁷

E acrescenta que, ao pronunciar-se deste modo, Marx vê «distinção entre a realidade existente, meramente externa, e a realidade verdadeira, oculta, como

¹²³ «*esencia disfrazada*». Ibidem. p. 40.

¹²⁴ «*fondo oculto*». Ibidem.

¹²⁵ «*interna y real*». Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ «*muy interesante señalar que la ‘verdadera realidad’, la esencia interna de la realidad en contraposición a su forma externa ilusoria, a su mera apariencia, es, según lo declara abiertamente Marx, una norma, un deber. Es la idea de Hegel, el valor absoluto imanente en la realidad*». Ibidem.

Sollen (dever-ser), destino ideal da realidade»¹²⁸ adotando exatamente «o mesmo esquema interpretativo da doutrina do direito natural».¹²⁹

Em seu característico acento animista, o jusnaturalismo pressupõe que a justiça

é imanente à realidade apresentada como natureza: natureza das coisas ou natureza do homem, do mesmo modo que Marx considera inegável que seu ideal está oculto na realidade existente. E o mesmo que o direito natural afirma – como consequência de sua pressuposição – que é possível deduzir da natureza o direito justo, é dizer, natural, e atribui à ciência, à ciência do direito, a missão de descobrir este direito natural oculto de algum modo na natureza, Marx afirma que se pode fazer surgir da realidade social a justiça do socialismo como verdade social¹³⁰

Aqui, o articulado kelseniano nega à retórica marxista aquilo que já havia recusado às diversas expressões jusnaturalistas: a cientificidade em regra ambicionada. Ao recorrer ao falacioso argumento da cientificidade, o socialismo científico se lhe apresenta como evidente construção ideológica, tanto quanto o são as construções burguesas por Karl Marx corretamente criticadas e denunciadas em suas falácias.¹³¹

Ao oferecer seu projeto político como quem oferece uma ciência objetiva, capaz de descortinar a verdade, «o socialismo marxista coloca um véu no caráter eminentemente subjetivo do juízo de valor em que se baseia».¹³² Para o autor da teoria pura,

os ideólogos burgueses utilizam a religião como meio de dotar o estado burguês e o direito burguês de uma autoridade divina, do que em verdade carecem estas instituições sociais. Marx, ao fazer crítica da ideologia destrói por completo a autoridade da religião, mas não renuncia, para sua empresa, da ajuda de outra autoridade efetiva. A única autoridade que sua crítica deixa intacta é a ciência. Por isso seu socialismo simula ser ciência e coroa com a aura desta autoridade seu produto: a sociedade comunista do futuro.¹³³

¹²⁸ «distinción entre la realidad existente, meramente externa, y la realidad verdadera, oculta, como *Sollen*, destino ideal de la realidad». Ibidem. p. 42.

¹²⁹ «el mismo esquema interpretativo que la doctrina del derecho natural». Ibidem.

¹³⁰ «es immanente en la realidad presentada como 'naturaleza': naturaleza de las cosas o naturaleza del hombre, al igual que Marx da por sentado que su ideal está oculto en la realidad existente. Y lo mismo que la doctrina del derecho natural afirma – como consecuencia de su presuposición – que es posible deducir de la naturaleza el derecho justo, es decir, natural, y atribuye a la ciencia, a la ciencia del derecho, la misión de descubrir este derecho natural oculto de algún modo en la naturaleza, Marx afirma que se puede 'hacer surgir' de la realidad social la justicia del socialismo como 'verdad social'». Ibidem.

¹³¹ Ibidem. p. 75.

¹³² «el socialismo marxista trata de echar un velo sobre el carater netamente subjetivo del juicio de valor en que se basa». Ibidem. p. 72.

¹³³ «Los ideólogos burgueses utilizan la religión como medio para investir al Estado burgués y al derecho burgués de una autoridad divina, de que en verdad carecen esas instituciones sociales. Marx, al hacer la crítica de la ideología, destruye por completo la autoridad de la religión, pero

Ora, entende Kelsen que na política não há espaço para “a verdade”, como vimos em outro item. A *conveniência* - no sentido da escolha de valores ocasionalmente preferenciais a acolher – sim é seu marco distintivo. A ambição que alguns argumentos apresentam de conter em si a verdade configura, a rigor, expressão da conveniência de assim proceder, ou seja, de omitir ser sua proposta plenamente suscetível de controvérsia - porque política - e, assim, ser possivelmente substituída por outra que por qualquer razão passe a usufruir de maior prestígio social.

Na teoria kelseniana, a crença na cognoscibilidade do absoluto, que o jusnaturalista Marx possui, tende a conduzir ao regime autocrático, como alhures sublinhamos, e a proposta do socialismo auto-intitulado de científico confirma esta expectativa. Ao anunciar-se como possuidor de uma teoria apta a revelar a verdade e a justiça há muito encoberta pelos propósitos burgueses, para sua ótica invariavelmente espúrios, a construção marxista exclui do centro do debate político os temas sobre os quais, na perspectiva de Hans Kelsen, em nenhuma hipótese cabe pronunciamento definitivo.

Para este último, onde a discussão não tem lugar parece a democracia, conforme salientado páginas atrás. O debate público, esse quesito tão necessário ao regime democrático, é hostilizado pela circunstância instaurada por aqueles que se animam a afirmar-se senhores da justiça e conhecedores da injustiça, este mal cujos defensores – isto é, aqueles que deles discordam – são punidos como quem incorre em um erro ou como quem atua de má-fé.

Cumprе lembrar que em *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics* e em *Foundations of democracy*, v.g., Kelsen assinala ser próprio daquele que fantasia estar de posse do segredo do bem absoluto a imposição de sua opinião e vontade aos demais. E a tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, sinais imprescindíveis à presença da democracia, vêm-se abolidos em sistemas liderados pelos diligentes guardiões da suprema justiça.¹³⁴ Assim, para o jusfilósofo em tela, o marxismo – assim como as leituras

no renuncia, para su empresa, a la ayuda de una autoridad efectiva. La única autoridad que su crítica deja intacta es la ciencia. Por ello su socialismo simula ser ciencia y corona con el halo de esta autoridad su producto: la sociedad comunista del futuro». Ibidem. pp. 72 e 73.

¹³⁴ *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. pp. 206 e 207; e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 202.

que no ambiente soviético nela se estribaram – propôs um programa político de perfil nitidamente autocrático.

Citando *Manifest der Kommunistischen Partei*, Kelsen assiná-la a pretensão que inspira Marx, para quem o primeiro passo destinado à revolução da classe trabalhadora seria a transformação da classe proletária em classe dominante, com o que, supunha, estaria aberto o caminho para o estabelecimento da democracia.¹³⁵

Nesta mesma obra Marx afirma, lembra Hans Kelsen, que o movimento proletário conduziria a revolução por meio de um regime em que a enorme maioria iria governar em benefício «da enorme maioria».¹³⁶

As classes anteriormente exploradas pela burguesia iriam dirigir a sociedade em favor de uma nova ordem, quando implantariam a ditadura do proletariado, que, para Marx, segundo Kelsen, seria um período de transição para «a realização da verdadeira democracia (...) a realização do socialismo, somente considerado possível sob a forma ditatorial, é dizer, mediante a opressão violenta da classe burguesa».¹³⁷

Entende o autor da teoria pura que a fundamental distinção entre o conceito burguês-capitalista de democracia e o

conceito proletário-socialista, consiste em que segundo o primeiro a minoria tem o direito de existir e de participar na formação da vontade do Estado, enquanto que segundo o último a minoria carece de tal direito e, ao contrário, deve-se aboli-la pela força, usando todos os meios.¹³⁸

Com efeito, para a compreensão kelseniana é de todo estranha à democracia o postulado da supressão das minorias. Em *Foundations of democracy* há inúmeras passagens que afirmam a proteção da minoria como indispensável elemento democrático.¹³⁹ Do mesmo modo, e com a mesma ênfase, Hans Kelsen já havia manifestado-se em *Vom Wesen und Wert der Demokratie*,¹⁴⁰ em *Das*

¹³⁵ *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. p. 315.

¹³⁶ «de la enorme mayoría». Ibidem. p. 55.

¹³⁷ «la realización de la verdadera democracia (...) la realización del socialismo sólo se considera posible en forma dictatorial, es decir, mediante la opresión violenta da clase burguesa». Ibidem. p. 56.

¹³⁸ «concepto proletario-socialista, consiste en que según el primero la minoría tiene derecho a existir y a participar en la formación de la voluntad del Estado, mientras que según el último la minoría carece de tal derecho y, por el contrario, hay que abolirla por la fuerza, usando todos los medios». Ibidem.

¹³⁹ Cf. *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 182, 183, 189, 202 e 203.

¹⁴⁰ *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 86 e 114.

*Problem der Parlamentarismus*¹⁴¹ e em *Allgemeine der Staatslehre*,¹⁴² por exemplo.

Para ele, a democracia caracteriza-se, entre outros específicos pontos, por conferir proteção às minorias contra o ímpeto da maioria. Neste regime há de encontrar-se a vigência de uma disciplina político-institucional capaz de permitir aos que integram a minoria saírem desta condição, e, persuadindo os demais partícipes da dinâmica política tipicamente democrática, tornar-se maioria. Kelsen não concebe como compatível com a democracia uma retórica que, como a marxista lhe parece - e como em outros termos a de Hayek havia lhe parecido -, postula a asfixia política pela supressão das divergências. Por esta razão, o socialismo proposto por Marx se lhe apresenta qual uma teoria elaborada em despreço a alternativa democrática, que, entende, não se adapta ao ambiente de exclusões sugerido pelo filósofo alemão.

O êxito que a intervenção marxista alcançou no século XX, sobretudo nos anos que se seguiram à Revolução Russa, estimulou novas perspectivas, que passaram a retomar o legado do chamado socialismo científico em função do contexto histórico de então. Entre as mais importantes está a desenvolvida por Lênin, que recebeu de Hans Kelsen alguns comentários.

State and Revolution (Estado e Revolução), *Bourgeois Democracy and Proletarian Dictatorship* (Democracia burguesa e ditadura proletária) e *Speech to the 9th Congress of CPSU* (Discurso para o 9º Congresso do CPSU) foram as fontes fundamentais que ele utilizou para extrair a versão leninista da fórmula democrática.

Como pretensão teórica maior, Lênin apresentava, segundo Kelsen, que o cita, a declarada tentativa de recuperar os «verdadeiros ensinamentos»¹⁴³ marxistas acerca do Estado, que «havam sido destruídos e deformados pelos oportunistas do movimento operário, especialmente na Alemanha».¹⁴⁴

Para o líder russo, continua Kelsen, a ditadura do proletariado tem indubitavelmente um sentido restritivo, mas restritivo para os opressores, os exploradores, os capitalistas. Ela seria de fato caracterizada pela violência, pela

¹⁴¹ *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 129

¹⁴² *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 527, 572 e 603.

¹⁴³ «verdaderas enseñanzas». *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. p. 81.

¹⁴⁴ «habían sido destruídas y deformadas por los oportunistas del movimiento obrero, especialmente en Alemania». *Ibidem*.

imposição forçosa de comandos. Sem embargo – segue a leitura leninista relatada por Kelsen -, esta situação pode ser descrita como uma “nova democracia”, aquela que apenas tem repercussão na vida política do proletariado, já que a burguesia, consoante o próprio Lênin, seria objeto de aguda ditadura.¹⁴⁵

Posto deste modo seu entendimento, as restrições à liberdade que Lênin pretende ver impostas aos que não compartilham de seu ideal político não seriam exatamente restrições destinadas ao “povo”, conceito do qual os que divergem de sua posição parecem estar excluídos.

Para Kelsen, a sociedade socialista por Lênin pugnada apresenta-se qual um modelo um tanto esdrúxulo de democracia. Seria em verdade um modelo híbrido, pois composto ao mesmo tempo pela “democracia verdadeira” para o proletariado e pela ditadura dirigida contra a burguesia. Esta posição parece-lhe difícil de ser sustentada.

Ora, as ditaduras são sempre regimes de opressão destinados apenas e tão somente a alguns, ou a muitos, mas não a todos. Os que em seu contexto desempenham a irremovível função de governantes são autores, e não vítimas, do arbítrio instaurado. A autocracia é constituída em seu favor, organizada e imposta para prestigiá-los, não para discriminá-los como delinquentes cuja voz, se ouvida fosse, ameaçaria a sociedade desviando-a do caminho que levaria à justiça absoluta, caminho este generosamente pavimentado pelo ditador e seus sequazes. Em *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, e nesta linha de raciocínio, Kelsen declara ser um artifício abusivo, uma manipulação terminológica perpetrada pela corrente leninista, a utilização da palavra *democracia* para instituir e defender um bem «caracterizado sistema de ditadura política».¹⁴⁶

Os que discordam da «organização da vanguarda dos oprimidos»¹⁴⁷ - como os capitalistas, ou os que Lênin entende serem os oportunistas integrantes do movimento operário alemão - restam excluídos em favor de uma única perspectiva moralmente legítima, ou melhor, juridicamente lícita. Proscritas, as inúmeras possibilidades de manifestação axiológica deixam de poder figurar no ambiente político inspirado no leninismo, que não admite senão pronunciamentos

¹⁴⁵ Ibidem. p. 82.

¹⁴⁶ «*système de dictature politique caractérisée*». *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 105.

¹⁴⁷ LÊNIN, Vladimir. *State and revolution*, Apud. KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. op. cit. p.146.

que reproduzem seus postulados. Tal circunstância ganha expressão na proposta destinada a viabilizar institucionalmente a existência de apenas um partido, o partido da classe operária, ou, com maior exatidão, de parte dela, daquela que não está supostamente maculada pelo oportunismo que a deixa cega ante a “verdade real”.

Kelsen repudia severamente esta postura. Para ele, se a democracia ideal apresenta-se como um modelo talvez inalcançável tendo em vista a crescente complexidade do Estado contemporâneo, e se neste sentido a participação direta dos governados na feitura das normas jurídicas em observância das quais se conduzirão precisa ser substituída pelo instituto da representação, como vimos, qualquer alternativa institucional que pretenda minimamente manter vivo algum traço da democracia há de necessariamente reclamar com instância pela existência dos partidos políticos.

O pluripartidarismo significa, para Kelsen, condição imprescindível ao funcionamento da contemporânea fórmula democrática, sem a qual, portanto, o modelo ideal desta última, já degradado pela ficção da representação, restaria de todo descaracterizado.

Em Kelsen, se é verdade que a democracia ideal recusa a presença de intermediários entre os governados e a tomada de decisões, também o é que, sendo essencialmente representativa, a democracia contemporânea não poderá sequer ser vislumbrada no horizonte social se forem postas na ilegalidade as associações a partir das quais são selecionados os representantes e discutidas as posições das mais diversas correntes ideológicas. A democracia contemporânea não sobreviverá sem a existência de partidos políticos, entende.¹⁴⁸

É pautado nesta compreensão que ele afirma: «O princípio de que só se deve admitir a existência de um partido, com a finalidade de assegurar a viabilidade do governo, é um elemento comum às ideologias antidemocráticas do fascismo, do nacional-socialismo e do comunismo»,¹⁴⁹ para em seguida concluir que uma «democracia não pode ser um Estado de partido único».¹⁵⁰

Em *Allgemeine der Staatslehre* Hans Kelsen sublinha que, se em dado momento histórico a burguesia refugiou-se no nazismo e no fascismo para excluir

¹⁴⁸ Cf. *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 20 e 21; *Teoría general del Estado*. op. cit. p. 592; e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 153 e 154.

¹⁴⁹ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 153.

¹⁵⁰ *Ibidem*. pp. 153 e 154.

da legalidade qualquer indício simpático às proposições políticas socialistas, o bolchevismo - como ele chamava a linha doutrinária elaborada para ser instituída na URSS sob a principal inspiração de Lênin – serviu-se do mesmo método autoritário para, com sinais trocados, anticapitalistas, banir da vida política perspectivas divergentes.¹⁵¹

De fato, em várias passagens ele reúne o fascismo, o nazismo e o bolchevismo em um mesmo grupo para qualificá-los como expressões antidemocráticas referenciais instituídas no século XX.¹⁵² Há uma clara razão para isso. Com efeito, Kelsen entende que «o tipo moderno de autocracia – que em épocas anteriores apareceu sob os nomes de tirania, despotismo e monarquia absoluta – é a ditadura de partido».¹⁵³

Para o autor da teoria pura o Estado é, assim como o é o direito que a rigor o constitui, uma técnica, um meio do qual se servem os indivíduos reunidos em comunidade para obter condutas que supõem necessárias ao alcance de determinados fins.¹⁵⁴ Neste passo, sua constituição destina-se a tornar possível a atualização de específicos propósitos. Em função destes são delineados os contornos políticos do ordenamento jurídico em que o Estado traduz-se. Ao acolher valores, ao proteger ambições emprestando-lhes um eloquente artifício persuasivo – a ameaça da sanção - com o qual espera convencer os indivíduos a proceder de certo modo ou ao oferecer a estas mesmas ambições o funcionamento de poderoso aparato construtivo caso o efeito persuasivo daquela ameaça não se tenha verificado, o Estado é instrumento de defesa de interesses. Mas ele defende os interesses daqueles que por diversos - e muitas vezes inconfessáveis - meios conseguiram estabelecer na experiência política as finalidades a serem alcançadas.

Nas autocracias de partido único não há dúvidas quanto aos interesses a serem protegidos pelo Estado. Invariavelmente presentes em qualquer

¹⁵¹ *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 593, 595 e 599. Esta obra foi escrita em 1925, quando teria sido impossível a Hans Kelsen pronunciar-se a respeito do nazismo e do fascismo. Entretanto, estes comentários foram por ele próprio acrescentados à versão espanhola da obra. Infelizmente, o volume consultado não traz a indicação desta data.

¹⁵² Cf., por exemplo, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. IX e X; *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 377; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 592-600; *General theory of law and State*. op. cit. p. 301-303; e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 134, 135, 153, 154 e 183.

¹⁵³ «*El tipo moderno de autocracia – la cual en épocas anteriores apareció bajo los nombres de tiranía, despotismo, monarquía absoluta – es la dictadura de partido*». *Teoría comunista del derecho y del Estado*. op. cit. pp. 276 e 277.

¹⁵⁴ Cf., por exemplo, e na íntegra, *The law as a specific social technique*.

pronunciamento político, tais interesses persistem nada obstante a verossímil existência de divergências, que silenciam à força. A manifestação do pensamento, a possibilidade de reunião, o exercício da imprensa, a escolha da confissão religiosa, e não raro até mesmo a opção sexual a seguir, subsistem como moralmente legítimas e juridicamente lícitas apenas e tão-somente se reafirmarem - ou se na melhor das hipóteses não apresentarem qualquer indício de um dia poderem vir a negar – os interesses positivados dos integrantes do partido. A burguesia, ou parte dela, refugiou-se no partido nazista ou no partido fascista. O proletariado, ou parte dele, abrigou-se no partido comunista inspirado pelo marxismo-leninismo. Ao contrário das circunstâncias protagonizadas por tais modelos institucionais, na democracia, para Kelsen, *tolerância* é palavra de ordem.¹⁵⁵

Apenas sob sua vigência os múltiplos interesses presentes na comunidade podem entrar em contradição. O confronto entre eles passa a ser matizado nos recursos oferecidos pela legitimidade moral e pela licitude jurídica que constituem o cenário político erguido pelos postulados democráticos. Resolvido institucionalmente por um contexto favorável à sua existência, o embate entre interesses opostos é concluído por meio de um compromisso.¹⁵⁶

Corolário direto da tolerância, característica irrecusável da democracia, repita-se, o compromisso representa o equilíbrio do jogo político amparado no reflexo institucional, tão próximo quanto possível, das opções ideológicas de fato em vigor no âmbito social. Os regimes de partido único, do qual o proposto por Lênin seria exemplo, não realizam seus projetos por meio do compromisso político, eles os impõem ao negar aos seus opositores a existência institucional, que se esforçam em erradicar.

Neste sentido, Hans Kelsen afirma ser a democracia um modelo francamente inclinado à realização da paz, enquanto a autocracia, por seu turno, teria a tendência a reproduzir no plano internacional a intransigência absolutista

¹⁵⁵ Cf. *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 129; *Forma de Estado y filosofía*. op. cit. p. 123; *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. op. cit. p. 206; e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 182-185 e 202.

¹⁵⁶ *O problema do parlamentarismo*. op. cit. pp. 129, 134 e 375; *Teoría general del Estado*. op. cit. pp. 432, 527 e 592; *Forma de Estado y filosofía*. op. cit. p. 113; e *General theory of law and State*. op. cit. p. 288.

em que se expressa na esfera interna, tornando propício o surgimento de um espírito beligerante que dirigiria suas ações.¹⁵⁷

As perdas que o movimento liberal impôs à democracia, assim, teriam sido superadas pela retórica leninista, como antes já o havia sido pelo marxismo. A rigor, parece que para Hans Kelsen Lênin repetiu os problemas que Marx havia apresentado no século anterior. A crença na existência da já mencionada “realidade verdadeira”, como vimos, teve no filósofo alemão um notável defensor. O mesmo pode-se dizer da compreensão segundo a qual a democracia seria revelada pelo socialismo mediante uma investigação científica da realidade aparente, que, desmistificada pelo regime de força e opressão que a URSS instalaria destituindo em definitivo a burguesia, sua criadora, poderia ser percebida, e recusada por ilusória pelos demais membros do proletariado. Estes, uma vez conhecedores da “verdade” descortinada seriam finalmente livres.

A distorção a que a democracia seria submetida também marcaria ambos, segundo Kelsen, citando Lênin, para quem, em *Bourgeois Democracy and Proletarian Dictatorship*,

a democracia socialista não se coloca, de modo algum, em contradição com o governo individual ou a ditadura, e a vontade de uma classe pode às vezes ser concretizada por um ditador, que em determinados momentos pode fazer mais sozinho, e que frequentemente se faz mais necessário.¹⁵⁸

Em *State and Revolution*, e repetindo o firmado por Marx em *Manifest der Kommunistischen Partei*, surge a justificativa leninista para defender a ditadura por ele pretendida como uma espécie de “democracia verdadeira”. Seria ela um regime construído para promover o real sentido de justiça para a imensa maioria, supõe.¹⁵⁹

Na verdade, Lênin não hesita em declarar ser a democracia perfeitamente compatível com a ditadura proletária ou com o governo individual porque essa ditadura, ou esse governo individual, estaria atuando de modo verdadeiramente correto e justo, sempre no inequívoco interesse dos governados.

Para o entendimento kelseniano, porém, tal compreensão não consegue desvencilhar-se do ônus de ser uma falácia um tanto frágil, afinal, o critério

¹⁵⁷ Consultar *Forma de Estado y filosofía*. op. cit. p. 125 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 191 e 192.

¹⁵⁸ *Bourgeois Democracy and Proletarian Dictatorship*. p. 231. Apud. KELSEN, Hans. *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 147.

¹⁵⁹ *State and Revolution*. VII, 80. Apud. KELSEN, Hans. *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 146.

distintivo da democracia não está no fato de ser ela um regime *orientado para os governados*, mas sim de ser um modelo político *dirigido pelos governados*, o que a alternativa da ditadura proletária recusa, opondo-se à singular figura do criador-destinatário de normas jurídicas.¹⁶⁰

Com efeito, a defesa de alguns dos interesses do povo, como a reorganização da sociedade após o advento de uma catástrofe natural ou a urgente mobilização do Estado em tempo de guerra, *v.g.*, não é prerrogativa das democracias, pois nada impede que mesmo uma inflexível ditadura obtenha êxito nestes casos, e tal sucesso evidentemente não tem o condão de suprimir seu acento autocrata. Kelsen acrescenta, por outro lado, não existir governo que renuncie ao discurso de estar agindo no firme interesse dos governados, e que, visto não haver qualquer critério objetivo que possa definir o que seja o “bem do povo”, a fórmula “governar para o povo” é um inconsistente apelo retórico no qual podem caber os mais diversos tipos de projetos políticos, constituindo-se, assim, em uma mera ideologia de justificação.¹⁶¹

A distorção que a retórica leninista promove do conceito de democracia, na linha do raciocínio em tela, torna-se ainda mais evidente quando se realiza a elementar pergunta: onde está o povo? Pelo que o próprio Lênin afirma em *State and Revolution*, assinala Kelsen,¹⁶² povo seria sinônimo de classe proletária, e tudo aquilo que fosse supostamente realizado em seu favor, ainda que por um corpo burocrático-partidário, seria a expressão mesma de seus reais desejos e legítimas ambições.

Haveria um conjunto de valores tidos como imanentes à “realidade verdadeira” em que se encontra o povo, como se a esta fossem próprios vetores políticos e inclinações axiológicas naturais, que restariam encobertos, como vimos, pela sempre espúria cultura burguesa. Seus traços distintivos seriam apenas por certos indivíduos - leia-se dirigentes do partido - alcançáveis. Estes estariam dispostos a derrubar a democracia formal, que entendem como recurso burguês, para em seu lugar instituir a “democracia verdadeira”, proletária,

¹⁶⁰ *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 146 e 147.

¹⁶¹ *Ibidem*. pp. 147 e 148.

¹⁶² *Ibidem*. pp. 146, 147 e 183.

destinada a atribuir a todos os do povo – com exceção dos indivíduos insurgentes, que a rigor do povo não fazem parte - idênticas condições materiais.¹⁶³

Ora, para Kelsen a igualdade material não pode ser considerada como traço essencialmente democrático, pois mesmo regimes autoritários podem de modo um tanto eficiente, e talvez com maior celeridade, realizá-la.¹⁶⁴

Democracia não é um conceito suscetível de ser confundido com toda espécie de virtude social. Se a igualdade pode ser alcançada tanto por ela quanto por um regime supressor das chamadas liberdades democráticas - incluindo-se neste conjunto os direitos políticos - mas atento ao igualitarismo material dos governados, com efeito este não pode ser o critério que distingue democracia e autocracia. Daí porque a igualdade fundamental à democracia tal como a entende Hans Kelsen é a igualdade formal dos governados na participação tão extensa quanto possível na eleição dos valores a serem acolhidos pelo direito – ou, em outras palavras, a serem protegidos pelo Estado.¹⁶⁵

A acusação que sói ser dirigida à compreensão formalista da democracia tem o mal dissimulado propósito de desestimular os governados a participarem diretamente na decisão acerca dos destinos que irão orientar sua comunidade, sugerindo-lhes como caminho plausível a omissão política sempre em favor daqueles que se apresentam como capazes de fornecer a igualdade material desejada, entende o pensador em tela.

O argumento do “formalismo”, frequentemente usado com o objetivo de desacreditar uma certa corrente de pensamento e, sobretudo, um esquema político, é um expediente cuja finalidade é ocultar um interesse antagônico que constitui o verdadeiro motivo da oposição. Portanto, não há melhor maneira de impedir o avanço da democracia, de preparar o caminho para a autocracia e dissuadir o povo de seu desejo de participação no governo do que depreciar a definição de democracia enquanto processo através do argumento de que a mesma é “formalista”, levar o povo a acreditar que seu desejo será satisfeito se o governo agir em seu interesse e que, instaurado um governo para o povo, se terá alcançado a tão almejada democracia.¹⁶⁶

Por conhecerem o interesse do povo, os protagonistas desta “democracia verdadeira”, e não da “democracia formal” - insiste Kelsen - seriam suficientemente qualificados ao exercício exclusivo das atividades necessárias à

¹⁶³ *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 99 e *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 148.

¹⁶⁴ *O problema do parlamentarismo*. op. cit. p. 99

¹⁶⁵ *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. pp. 104 e 105.

¹⁶⁶ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 145.

direção do Estado, vez que o povo poderia, se partícipe fosse desta circunstância, enganar-se quanto ao seu “verdadeiro” interesse.¹⁶⁷

Em tom conclusivo da matéria, ele argumenta que, «em tal ‘democracia verdadeira’, o povo pode ser ‘representado’ por uma elite, uma vanguarda ou mesmo por um líder carismático»¹⁶⁸ bastando, para tanto, que seja desviada da definição de democracia o sentido de ser «o ‘governo do povo’ para ‘governo para o povo’». ¹⁶⁹

Certamente, nesta perspectiva a democracia pode ser traduzida como a administração do Estado que realiza efetivamente determinado projeto político. É a “democracia social”, um projeto específico que pretende instaurar determinado conteúdo ao considerá-lo definitivamente justo. Este conteúdo, sinônimo da justiça absoluta, passa a representar o significado último da democracia, de modo que sua ausência implica autoritarismo, ainda que o conteúdo deste regime “autoritário” tenha sido escolhido pelos governados mediante eleições precedidas de amplos debates e cujo funcionamento tenha garantido a todas as propostas políticas oportunidade de apresentar-se livremente.¹⁷⁰

Tal manipulação terminológica acaba por fazer, sim, com que o grande poder de legitimação e todo valor afetivo que a palavra “democracia” contém em si graças à ideologia da liberdade sejam subvertidos para proveito de um nítido sistema de ditadura política.¹⁷¹

Sim, porque como já salientamos, Kelsen identifica claramente a ociosidade que representa perguntar ao povo qual seu desejo, quais os destinos que pretende emprestar à sociedade, quando há um bem-aventurado que por algum motivo místico, sobrenatural, “conhece”, tem contato, com a fórmula exata do absolutamente justo. Tal conteúdo precisa ser implementado, e dar oportunidade ao pronunciamento dos governados é correr o risco desnecessário de eventualmente ter que seguir o caminho que sem dúvida levará ao erro. O autocrata, então, desprezando os limites racionais que recusam a possibilidade de conhecer o absolutamente justo, governa sozinho. «O segredo da justiça está em sua posse exclusiva (...) é sua virtude pessoal (...) nele implantada por graça

¹⁶⁷ Ibidem.. pp. 145 e 146.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 146

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ *La démocratie. Sa nature, sa valeur.* op. cit. pp. 104-107.

¹⁷¹ Ibidem. 105.

divina; é a legitimação de seu poder ditatorial». ¹⁷² As repercussões deste contexto ideológico são bastante significativas para o regime político autocrático.

Ora, vimos que a democracia aproxima-se do racionalismo crítico ao rejeitar a participação do absoluto e a garantir, nesta rejeição pautada, a livre expressão do pensamento, com a qual espera alcançar uma solução política provisória, mais conveniente, e jamais “verdadeira”, a ela torna-se fundamental o estabelecimento de um programa de controle; um programa destinado a garantir que o processo de formação da vontade estatal - é dizer, que o procedimento de instituição de normas jurídicas - ocorra de modo a permitir que a participação dos governados seja efetivamente ouvida. Os órgãos do Estado precisam acatar sem mais o que está disposto na norma jurídica que lhe cabe aplicar, pois ela representa a própria expressão do pronunciamento popular. Deste modo, «deve-se exigir para a democracia todas as instituições de controle que garantam a legalidade da execução». ¹⁷³

Kelsen é insistente neste ponto: «o destino da democracia moderna depende em larga medida de uma organização sistemática de todas as instituições de controle», ¹⁷⁴ pois «a democracia, sem controle, não pode durar». ¹⁷⁵

Ele refere-se à regularidade na aplicação do direito, que «nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica». ¹⁷⁶

Como a nota distintiva da forma de Estado democrática é a intervenção dos governados no estabelecimento das disposições que regulam suas condutas, não se pode negligenciar a instituição de mecanismos que garantam a observância do que foi democraticamente estabelecido na norma superior. Assim, as normas jurídicas individuais – os atos judiciais e os atos administrativos – precisam estar amparados nas normas gerais provenientes do parlamento, e estas últimas necessitam encontrar abrigo nas disposições constitucionais positivadas pelo poder constituinte. O funcionamento correto deste processo dinâmico de criação-aplicação do direito é de fundamental interesse para o sucesso da democracia,

¹⁷² *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 186.

¹⁷³ «on doit demander pour la démocratie toutes les institutions de contrôle qui garantissent la légalité de l'exécution». *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 86.

¹⁷⁴ «Le destin de la démocratie moderne dépend dans une large mesure d'une organisation systématique de tous ces institutions de contrôle». Ibidem.

¹⁷⁵ «La démocratie sans contrôle ne peut durer». Ibidem.

¹⁷⁶ *A jurisdição constitucional*. In: *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Klug. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 126.

entende Hans Kelsen. Os atos daqueles que em nome do Estado atuam devem ser calculáveis, previsíveis, pois sempre subordinados ao direito positivo estabelecido pelos governados e/ou seus representantes.¹⁷⁷

Deste modo, «é sobretudo na jurisdição administrativa que se deve pensar»,¹⁷⁸ pois ela se incumbiria de garantir a obediência às normas gerais. Mas além desta instância de controle deve-se estabelecer também uma jurisdição constitucional, um tribunal – que nada obstante estar assim organizado teria uma função legislativa negativa -¹⁷⁹ destinado precipuamente a manter as normas gerais dentro dos parâmetros fornecidos pela constituição.¹⁸⁰

Em *Vom Wesen und Wert der Demokratie* ele nos diz que esta função legislativa negativa exercida pelo tribunal constitucional é importantíssima em uma democracia, pois é na constituição que estão situadas as normas que disciplinam o processo legislativo e que estabelecem as condições para que todos, ou quase todos, possam participar da dinâmica política. Destarte, é preciso que se garanta o acesso à uma jurisdição constitucional.¹⁸¹

Na autocracia, por seu turno, dispensa-se tais precauções de controle, vez que em seu modelo ideal a intervenção popular é de todo estranha e o Estado tem como disposição constitucional a norma pela qual toda expressão de vontade do ditador é uma norma jurídica obrigatória.¹⁸² «No Estado ideal de Platão, que é o arquétipo de uma autocracia (...) os “juízes reais” têm um ilimitado poder discricionário na decisão dos casos concretos».¹⁸³

¹⁷⁷ Cf. *Forma de Estado y filosofía*. op. cit. pp. 119-121, e *Fundamentos da democracia*. op. cit. pp. 185-187.

¹⁷⁸ «c'est avant tout à la juridiction administrative qu'il faut songer». *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 86.

¹⁷⁹ *A jurisdição constitucional*. op. cit. pp. 151 e 152.

¹⁸⁰ Acerca do controle de constitucionalidade e do tribunal constitucional, cf., sobretudo, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution* e *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*. Sugerimos ainda a leitura de BONGIOVANNI, Giorgio. *Estado de Direito e justiça constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito. História, teoria e crítica*. São Paulo : Martins Fontes, 2006; PAULSON, Stanley L.. *Arguments “conceptuels” de Schmitt à l'encontre du contrôle de la constitutionnalité et réponses de Kelsen. Un aspect de l'affrontement entre Schmitt et Kelsen sur “Le gardien de la constitution”*. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris : L'Harmattan, 1995, e TROPER, Michel. *Kelsen et le contrôle de constitutionnalité*. In: HERRERA, Carlos Miguel (org.). *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*. Paris : L'Harmattan, 1995.

¹⁸¹ *La démocratie. Sa nature, sa valeur*. op. cit. p. 86.

¹⁸² *Ibidem*. p. 127.

¹⁸³ *Fundamentos da democracia*. op. cit. p. 186.

Contudo, nos Estados dotados de elevado nível de complexidade, de que é notável exemplo o soviético, o poder autocrático necessita de auxiliares/funcionários judiciais e administrativos que levem a efeito seus propósitos. São órgãos estatais subordinados não à vontade popular, mas à vontade do ditador. Para que esta vontade – que a rigor é norma jurídica positiva – seja cumprida com exatidão é imprescindível que disposições normativas terminem por estabelecer rígido controle sob tais órgãos subordinados. Nada obstante, este controle está a todo momento disponível ao arbítrio do ditador, que «guarda consigo o direito absoluto de assegurar, em todos os casos, qualquer isenção das leis que julgar apropriada».¹⁸⁴

Em linhas conclusivas, Kelsen definitivamente não prestigia a proposta política marxista-leninista como uma alternativa democrática. Ao contrário, ela se lhe apresenta como frontalmente oposta ao estabelecimento de requisitos básicos sem os quais não se pode senão qualificá-la como mais uma expressão jusnaturalista sustentada no absolutismo metafísico. Sua vocação própria seria, então, constituir-se em mais uma versão dirigida ao implemento de uma rígida autocracia.

¹⁸⁴ Ibidem. Ver também *Forma de Estado y filosofía*. op. cit. pp. 119 e 120.