

## Entendimento inicial da experiência democrática

Hans Kelsen (1881/1973) é considerado como um dos maiores filósofos do direito do século XX, sendo também estudioso pioneiro da democracia.

Nasceu em Praga, que na época era parte do Império Austro Húngaro. Formou seu espírito sob a influência da temática das primeiras décadas do século, que consistia na busca das formas de reconstrução do saber filosófico, em face das críticas a que fora submetido, ao longo da segunda metade do século XIX, em decorrência dos avanços da ciência que, segundo a corrente positivista, iria ocupar todos os espaços. Kelsen imaginou que o direito preservaria a sua autonomia e especificidade estruturando-se na forma de uma “ciência pura”. Concebeu, assim, o que passou à história com o nome de *teoria pura do direito*, segundo a qual, o ordenamento jurídico reduzir-se-ia a um conjunto hierarquizado de normas, organizado na forma de pirâmide.

A teoria pura do direito ocupou um lugar central nos debates da filosofia do direito, no período considerado<sup>1</sup>. A par disto, no curso da elaboração da Constituição da Áustria (1920), suscitou a idéia do controle da constitucionalidade das leis, de que resultou o surgimento dos Tribunais Constitucionais, destinados a dar conta da incumbência.

Perseguido pelos nazistas, emigrou para os Estados Unidos, integrando-se à Universidade de Berkley. Viveu nesta cidade da Califórnia até os seus últimos dias.

Quanto à democracia, na década de vinte elaborou ensaios com o propósito de estabelecer quais seriam as suas características. Nos anos trinta e no pós-guerra volta ao assunto, desta vez para defendê-la.

Coube ao estudioso italiano Giacomo Gavazzi ordenar esse conjunto de ensaios na publicação *La democrazia*. Bologna. Società Editrice il Mulino. Prime edizione, 1955. Justamente esse texto seria tomado por base na edição brasileira (Hans Kelsen- *A democracia*. São Paulo, Martins Fontes, 1993), preservada a introdução do organizador da coletânea.

Giacomo Gavazzi resume deste modo em que consistiria a essência da democracia, para Kelsen: “A democracia é simplesmente uma das técnicas possíveis de produção das normas de ordenação. Mas é uma técnica que tem características peculiares. Eliminadas as incrustações ideológicas, como as de soberania popular e representação, reconhecida a impossibilidade de esquivar-se ao princípio da divisão do trabalho, a democracia moderna é o sistema de produção das normas da ordenação que confia a um corpo (parlamento) eleito, com a base mais ampla possível (sufrágio universal) e com método eleitoral proporcional (mesmo sem pretensões de representação) e que funciona, via de regra, segundo o princípio da maioria simples.” (edição citada, pág. 13)

Pode-se considerar que “a produção das normas de ordenação” corresponde à definição consagrada de que se trata do processo destinado a elaborar as regras que se tornarão obrigatórias para todos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> O prof. Miguel Reale (1910/2006) criou a *teoria tridimensional do direito*, que integra as doutrinas precedentes, considerando que uma visão adequada somente poderia decorrer da consideração tanto do fato como da norma e do valor. O prof. italiano Mário Lozano é autor da principal crítica a Kelsen, na obra *Forma e realtà in Kelsen* (Milão, 1981).

<sup>2</sup> Samuel Huntington, no livro *The Third Wave*, 1991 (tradução brasileira, Editora Ática, 1994) indica que a democracia foi definida, sucessivamente, como *fontes da autoridade*; pelos *objetivos* e, finalmente, como *processo*. Parece-lhe que a mais importante formulação desse último entendimento, que veio a ser consagrado, seria devida a Joseph Schumpeter (*Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942). Parece-me que Kelsen poderia ser incluído entre os que apontaram nessa direção.

No que respeita à crítica aos conceitos de soberania popular e representação, vejamos de que se trata.

No texto básico, originário da meditação kelsiana sobre o tema – *Essência e valor da democracia* (1929) – insiste numa definição que Bobbio voltaria a reivindicar contra os críticos da democracia<sup>3</sup>: a imprescindível distinção entre o plano conceitual e a realidade.

Escreve: “A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou seja, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a esta ordem, isto é, o povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo. Mas o que é esse povo? Uma pluralidade de indivíduos, sem dúvida. E parece que a democracia pressupõe, fundamentalmente, que essa pluralidade de indivíduos constitui uma unidade, tanto mais que, aqui, o povo como unidade é --ou, teoricamente, deveria ser--, não tanto o objeto mas principalmente o sujeito do poder. Mas saber de onde resulta essa unidade, que aparece com o nome de povo, continuará sendo problemático enquanto se considerem apenas os fatos sensíveis. Divididos por posições nacionais, religiosas e econômicas, o povo aparece, aos olhos do sociólogo, mais como uma multiplicidade de grupos distintos do que como uma massa coerente do mesmo estado de aglomeração. Nesse aspecto, só se pode falar de unidade em sentido normativo.” (págs 35/36 da edição brasileira citada).

Na ordem estatal, portanto, considerado como o conjunto de titulares dos direitos políticos, o povo corresponde a uma pequena fração dos indivíduos que o compõem. Além disto, é preciso ainda distinguir esses titulares de direitos daqueles que os exercem. Essa investigação irá colocar-nos diante de um dos elementos mais importantes da democracia real: os partidos políticos. Adiante afirmará: “Só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos.” (pág. 40 da ed. cit.)

E, mais adiante: “A hostilidade à formação dos partidos e, portanto, em última análise, à democracia, serve --consciente ou inconscientemente-- a forças políticas que visam ao domínio absoluto dos interesses de um só grupo e que, na mesma medida em que não estão dispostos a levar em conta os interesses opostos, procuram dissimular a verdadeira natureza dos interesses que defendem, sob a qualificação de interesse “coletivo”, “orgânico”, “verdadeiro”, “bem-intencionado”. A democracia, exatamente por querer que, neste Estado de partidos, a vontade geral seja apenas a resultante da vontade dos próprios partidos, pode renunciar à ficção de uma vontade geral “orgânica”, superior aos partidos”. (pág. 41)

Compreende-se, assim, as razões profundas que levaram Kelsen a rejeitar a verborragia acerca da soberania popular. Considerada abstratamente, a vontade geral de Rousseau levou à necessidade de encontrar aos seus verdadeiros intérpretes, figuras como Robespierre e Lenine. Passaram à história como praticantes da doutrina de que os fins justificam os meios, sentindo-se autorizados a desencadear o Terror contra os oponentes, a pretexto de que seriam obstáculo à consecução do “autêntico” interesse geral, na formulação de Kelsen. Numa nota, tece considerações interessantes sobre o tema para mostrar que, no fundo, a idéia da “vontade geral”, abstratamente considerada, contrapõe-se à idéia do contrato social que, no final de contas, terá que expressar-se numa Constituição, cuja legitimidade precisa ser previamente assegurada.

No tocante ao que denomina de “ficção da representação”, resulta de sua associação à tese da soberania popular que, segundo lhe parece, teria desempenhado papel

---

<sup>3</sup> Cf. Norberto Bobbio (1909/2004) – *O futuro da democracia* (1984), tradução brasileira da Editora Paz e Terra (sucessivamente reeditada, sendo a 10ª edição de 2006).

fundamental na luta em prol da afirmação do Parlamento, contra a monarquia absoluta, mas que não mais dispõe de razão de ser, nas tumultuadas décadas iniciais do século XX.

Toda comunidade algo desenvolvida não poderá prescindir de um conjunto de normas, de prescrições que determinam a conduta dos indivíduos, pertencentes à comunidade em apreço. As normas consideradas revestem-se de crescente complexidade, na proporção do desenvolvimento dessa comunidade. Assim, mesmo as monarquias absolutas não puderam prescindir do que geralmente foi denominado de Conselho de Estado, com funções meramente consultivas. Kelsen lembra que, em muitas ocasiões, a autoridade das personalidades pertencentes a tais órgãos exerceram, sobre o monarca, influência muito maior que a prevista.

Denomina esse processo de *lei estrutural dos corpos sociais*.

O Parlamento moderno é uma resultante dessa lei, já agora não mais existindo como simples órgão consultivo, achando-se dotado de poder deliberativo.

Esclarece: “A esse respeito supõe-se que o fenômeno, que se costuma chamar, metaforicamente, “vontade” (da coletividade em geral) e do Estado (em particular) não seja um dado psíquico real, já que, em sentido psicológico, existem apenas vontades individuais. A chamada “vontade” do Estado é apenas a expressão antropomórfica usada para indicar a ordem ideal da comunidade, ordem esta constituída por uma série de atos individuais cujo conteúdo ela representa.” (pág. 51)

Pretende enfatizar que, no período histórico em que o Parlamento já foi reconhecido como instância competente para o desempenho daquela função --e em face da ameaça que emergia, de modo claro, em diversas frentes-- não fazia sentido defender a sua existência como sendo órgão representativo da vontade geral. Assim, entendo, sua advertência coaduna-se perfeitamente com a doutrina da representação política como sendo de interesses. O Parlamento torna-se o lugar da negociação entre esses interesses, na forma que venha a lhes ser atribuídas pelos partidos políticos. Portanto, o interesse geral não pode ser determinado abstratamente. Aqueles que se propõem alcançá-lo, como advertiu e referimos antes, querem simplesmente impor os seus interesses, prescindindo da negociação.

Adverte, então: “A tentativa de eliminar completamente o Parlamento do organismo do Estado moderno só pode ter, a longo prazo, um escasso sucesso. No fundo, pergunta-se apenas de que modo o Parlamento deve ser convocado, como deve ser composto e quais devem ser a natureza e a extensão de sua competência. Efetivamente, todas as tentativas dirigidas para a organização corporativa do Estado, ou para a ditadura, só visam à reforma pura e simples do parlamentarismo, conquanto seus programas reclamem a sua abolição”. (pág. 52)

A defesa que efetiva do sistema proporcional não se sustentaria, na medida em que se revelou, crescentemente, naquela época, incapaz de proporcionar estabilidade política. Mais adiante, Ferdinand A. Hermens (1907/1998), numa obra, tornada clássica --*Democracia ou Anarquia? Estudo sobre o sistema proporcional*, 1941-- responsabilizaria este sistema eleitoral pela derrocada da República de Weimar. É certo que, após a estruturação da Comunidade Européia, deixou de produzir idêntico efeito, nos países menos populosos que o adotam. No caso daqueles dotados de maiores contingentes populacionais (caso da Itália) continua gerando aquele resultado. Livraram-se da instabilidade, pela adoção do sistema majoritário (distrital), duas das maiores nações (Alemanha e França).

Kelsen passou em revista o conjunto de temas de seu tempo, em especial, de um lado, a postulação soviética de que o seu sistema correspondia à verdadeira democracia; e, de outro, a hipótese de que haveria incompatibilidade entre socialismo e

democracia. Por fim, detém-se no posicionamento de expoentes da religião católica, em face da democracia, tanto protestantes quanto católicos.

No exame do postulado marxista, toma por base a formulação de Lenine segundo a qual a ditadura do proletariado (comunismo) seria “uma expressão da democracia, pois esta se torna democracia para os pobres, democracia para o povo, e não (como no caso da democracia burguesa) democracia para os ricos”, no livro *O Estado e a revolução* (1917).

Comenta Kelsen: “Todo governo pode --e, como já se demonstrou, todo governo efetivamente o faz-- afirmar que está agindo no interesse do povo. Mas uma vez que não existe nenhum critério objetivo para avaliar o que se chama interesse do povo, a expressão “governo para o povo” é uma fórmula vazia suscetível de ser usada para justificar ideologicamente qualquer tipo de governo”. (págs. 147/148) É a famosa questão do surgimento de algum “iluminado”, capaz de dizer do que se trata e, em nome dessa descoberta, implantar ditaduras das mais ferozes, como se viu durante as Revoluções Francesa e Bolchevista.

Segue-se a refutação da tese de que, tendo sido comprovada a compatibilidade entre sistema econômico capitalista e o regime político democrático, seria legítima a inferência de sua incompatibilidade com o socialismo, distinguindo naturalmente a experiência do socialismo ocidental --que coexistia com as instituições do sistema representativo-- do totalitarismo soviético (comunismo). Parece-lhe que os autores da referida inferência têm em vista a associação do socialismo à idéia da economia planificada. Kelsen não discute a premissa de que esse processo exigiria a propriedade estatal das empresas.

A sua linha de argumentação consiste em separar a constituição do governo (pelo método democrático) do funcionamento da máquina burocrática, que não se rege por critérios de inspiração democrática mas exclusivamente da componente técnica, com vistas à eficiência. Afirma: “Quanto mais técnica for uma administração, isto é, quanto mais os meios para a realização dos seus fins forem determinados pela experiência científica, menos política ela será e menos essencial será, ao caráter democrático do corpo político como um todo, sua sujeição ao processo democrático. É essa a razão pela qual a crescente burocratização do governo, um traço característico do Estado Moderno, não representa um sério perigo para seu caráter democrático, na medida em que ficar restrita à administração técnica” . (pág. 267/268)

No que respeita ao tema da religião em face do sistema democrático representativo, Kelsen irá considerar a tese posta em circulação por dois teólogos protestantes-- o suíço Emil Brunner (1889/1966) e o norte-americano Reinhold Niebuhr (1892/1971)-- e pelo filósofo católico Jacques Maritain (1882/1973). Com alguma diferença na argumentação, pretendem deixar a democracia na dependência de um ideal absoluto de justiça, que seria de proveniência divina.

O pressuposto da ciência política, de que parte Kelsen, é o de que lhe cabe ultrapassar a discussão de índole valorativa. Admitida a preferência por uma forma de governo que tenta, como diz, por em prática a liberdade juntamente com a igualdade do indivíduo e que “se esses valores devem ser postos em prática, a democracia é o meio apropriado”. Kelsen não refere Max Weber nem ao vivo debate do começo do século, nos círculos acadêmicos alemães, sobre as condições de possibilidade de uma ciência social. O posicionamento que defende seria batizado por Weber com o nome de *neutralidade axiológica*, que faculta a diferenciação tanto em relação à linha de pensamento considerada por Kelsen como daquela de inspiração marxista.

Além desse pressuposto da discussão, devem ser apontados dois outros. O primeiro consiste em precisar que não está em jogo a negação do papel do cristianismo na

constituição da cultura ocidental, a origem religiosa dos valores que cultivamos, etc. Quando se trata, entretanto, de precisar os fundamentos da democracia não se pode fazê-la repousar na transcendência divina. Trata-se do encontro de uma forma bem sucedida de convivência social, no plano político, diante da comprovação histórica de que movemo-nos num terreno conflituoso, conducente à guerra civil. Além do mais, nessa matéria, o próprio Cristo indicou que a Igreja dará a César o que é de César.

A segunda questão diz respeito ao fato de que Roma conviveu com regimes opressores e até recorreu, para impor sua hegemonia, no plano religioso, não só à força como inclusive a meios aviltantes da pessoa humana a exemplo dos processos inquisitoriais. Esse fato aliás é proclamado por Emil Brunner e Kelsen dele transcreve esta citação: “A Igreja que hoje protesta, e com razão, contra a opressão que sofre nas mãos do Estado Totalitário, faria bem em lembrar que primeiro deu ao Estado o mau exemplo da intolerância religiosa ao usar o braço secular para defender, pela força, o que só pode brotar de um ato livre da vontade. A Igreja deve lembrar, com vergonha, de que foi o primeiro mestre do Estado totalitário em quase todos os seus aspectos. A Igreja deu exemplo ao Estado totalitário ao usar o Estado para intervir na vida privada -- inquisição, polícia moral, monopólio da propaganda, perseguição de dissidentes e uniformidade compulsória são coisas que, em grande parte, devem ser-lhe imputadas”. (pág. 210)

A par disto, em pleno século XX, a pregação da Igreja Católica contra o capitalismo encontra-se na origem do fascismo, do salazarismo e do franquismo. Na época da Segunda Guerra Mundial, o problema residia na impossível convivência com o totalitarismo emergente, tanto o soviético como o nacional socialista. Entretanto, como diz Kelsen, de momento em que são inferidos, do direito que estaria acima daquele criado pelos homens, princípios concretos, cessaria toda incompatibilidade. Ainda no que se refere à obra de Brunner, escreve Kelsen: “...os princípios que apresenta como expressão do Direito natural cristão ... não se antagonizam necessariamente com o Direito positivo. São, pelo contrário, perfeitamente praticáveis pelo Direito positivo e, em grande parte, efetivamente praticados. Tais princípios são: a liberdade de prática religiosa, o direito humano à vida, ainda que restrito pelo direito que tem a comunidade de infligir a pena de morte e impor o serviço militar obrigatório, o direito do homem conseguir seu sustento com o trabalho que realiza na terra com suas próprias mãos, e o direito da criança a um desenvolvimento adequado”. (pág. 217)

Tanto no caso de Brunner, como no de Niebuhr, o centro da discussão diz respeito à existência de um direito natural, como sendo algo proveniente da criação divina, e ao qual deveria subordinar-se o direito proveniente da criação humana, chamado de positivo. Na verdade, proclama Kelsen, tomando ao direito natural como a possibilidade de fundar o direito positivo, aqueles autores chegam a um verdadeiro impasse.

Niebuhr, por exemplo, reconhece: “mesmo que o conceito de Direito natural não contenha o traço ideológico de uma classe ou nação específicas, tende a expressar a concepção limitada de uma determinada época, incapaz de levar em consideração as novas possibilidades históricas”. Comenta Kelsen: o mais radical relativista estaria de pleno acordo com essas afirmações.

No que se refere à argumentação de Jacques Maritain, na sua pretensão de que o cristianismo seria a essência da democracia, transcrevo a citação de sua autoria e o breve comentário que a sucede:

“É claro que não se pode tornar o cristianismo e a fé cristã subservientes a absolutamente nenhum sistema político e, portanto, tampouco à democracia enquanto forma de governo ou à democracia enquanto filosofia da vida e da política humanas. Isto resulta da distinção fundamental introduzida por Cristo entre as coisas que são de

César e as coisas que são de Deus. ... Nenhuma doutrina ou opinião de origem simplesmente humana, por mais verdadeira que possa ser, mas somente as coisas reveladas por Deus se impõem à fé da alma cristã. É possível ser cristão e buscar a salvação na luta por qualquer regime político, sob a condição de que o mesmo não transgrida o Direito natural e a lei de Deus. É possível ser cristão e buscar a salvação na defesa de uma filosofia política outra que não a filosofia democrática, assim como se podia ser cristão na época do Império Romano ao mesmo tempo em que se aceitava o regime de escravidão ou, no século XVII, ao mesmo tempo em que se adería ao regime político da monarquia absoluta.” (pá.s. 244/245)<sup>4</sup>

Comenta Kelsen: é difícil entender como a essência mesma da democracia pode ser o cristianismo se, enquanto religião, o cristianismo é indiferente aos sistemas políticos. E adiante: “Maritain explica esse fato da seguinte maneira: não é ao cristianismo enquanto credo religioso e caminho para a vida eterna que ele se refere ao afirmar uma relação essencial entre democracia e cristianismo; é ao cristianismo como fermento da vida sócio-política do povo e como portador da esperança temporal do homem”. Objeta: se o cristianismo enquanto credo religioso é politicamente indiferente, não poderá fermentar a vida política e tornar-se uma energia histórica atuante nesse particular.

Kelsen registra que Maritain escreveu o seu livro durante a guerra e manifesta a opinião de que as democracias ocidentais podem obter a paz, depois de terem ganho a guerra, “somente se a inspiração cristã e a inspiração democrática reconhecerem-se e reconciliarem-se mutuamente”. Kelsen reconhece que isto pode ser verdade mas, mesmo assim, não demonstra nenhuma ligação essencial entre democracia e cristianismo. Caberia lembrar, a esse propósito, que a associação entre os dois conceitos, expressos na *democracia cristã*, do pós-guerra, se foi liderada por políticos plenamente identificados com a Igreja Católica, evitou ciosamente ser confundida com algo correspondente a uma projeção de sua alta hierarquia, ao tempo em que, progressivamente, assumiu a feição de vertente integradas por católicos, protestantes, liberais e conservadores.

Por fim, enfatiza Kelsen, em total conformidade com o ensinamento de São Paulo, tanto católicos como protestantes têm apoiado qualquer governo estabelecido, seja autocrático ou democrático. O que não quer dizer, naturalmente, que não possam preferir o sistema democrático representativo, na medida em que, ao assegurar a plena liberdade religiosa, esse sistema cria condições as mais favoráveis ao seu florescimento.

---

<sup>4</sup> Kelsen toma por base a obra *Christianisme et démocratie*, Paris, P. Hartmann, 1943.