

- Brasileiro. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1995.
- 24 – WENDT, Rudolf. *Anmerkungen zu Art. 14 GG.* in: M. Sachs (Org), *Grundgesetz-Kommentar.* München: C.H. Beck, 1996.
- 25 – ZACHER, Hans-Friedrich. *Das soziale Staatsziel.* in: J. Isensee/P. Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Vol. I, Heidelberg: C.F Müller, 1987, pp. 1045 e ss.

# Do Positivismo Jurídico à Democracia em Kelsen

*José Levi Mello do Amaral Júnior*

Professor de Direito Constitucional da PUC/RS

*"Uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado"*  
João Paulo II

## SUMÁRIO

1. Introdução;
2. O conceito de Direito em Kelsen;
3. O jogo democrático em Kelsen;
4. Cruzando o limiar da democracia kelseniana;
5. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

**K**ANS KELSEN, provavelmente o maior jurista do Século XX, tem recebido toda sorte de interpretações e críticas. Afinal, sua vasta e singularmente articulada obra é alvo dos mais sérios debates doutrinários das últimas décadas. Analisar o conceito de Direito em KELSEN, bem como seus reflexos na concepção de democracia proposta pelo mesmo autor, é o objeto do presente estudo.

Para isso, iniciaremos enfrentando o conceito de Direito em KELSEN; a seguir, estudaremos o modelo democrático por ele defendido; à guisa de conclusão, enfocaremos a forma pela qual a concepção de Direito exposta determina a teoria kelseniana de Estado democrático, a fim de precisar a influência daquele conceito sobre a dinâmica do jogo democrático tal qual proposto pelo jurista austríaco.

## 2. O conceito de Direito em Kelsen

O dissenso e o embate ideológico marcam, profundamente, a sociedade

contemporânea.<sup>1</sup> A conciliação das diferentes inclinações político-ideológicas da sociedade contemporânea, precisamente, é a tarefa empreendida pelo positivismo jurídico.<sup>2</sup>

O positivismo jurídico tem sua sistematização clássica na “escola alemã de direito público”, de LABAND e GERBER. Para seus adeptos, o Direito é um sistema pleno, sem lacunas e autônomo,<sup>3</sup> dentro do qual não há espaço para juízos de valor, morais ou políticos.<sup>4</sup> Enquanto o jusnaturalismo pauta o Direito pela justiça das suas normas, e o realismo define o Direito pela eficácia daquelas, o positivismo faz o Direito depender da validade dos seus comandos normativos:<sup>5</sup> “norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, é a norma

válida”.<sup>6</sup> Essa concepção do jurídico teve sua mais elaborada formulação na obra de KELSEN.

Em KELSEN, o Direito apresenta-se como um sistema normativo — formado por normas válidas e coercitivas —, que funciona como um “esquema de interpretação” a conferir sentido jurídico aos atos humanos.<sup>7</sup> Assim, uma conduta humana é juridicamente relevante se coincide com o conteúdo de uma norma válida.<sup>8</sup>

A pretensão dessa concepção de Direito é descrever o Direito como ele é, não dizer como ele *deveria ser*.<sup>9</sup> Para melhor compreender a construção, importa analisar algumas das categorias com que trabalha KELSEN.

1. “Com a Reforma, há uma cisão na cosmovisão ocidental. No mesmo espaço geográfico, encontram-se agora indivíduos com visões de mundo e valores diversos. Não há mais valores ‘objetivos’, que recebam a adesão generalizada. O dissenso em relação aos valores fez com que estes fossem relegados à esfera privada, tornando todo juízo avaliativo apenas a expressão de uma preferência subjetiva. A modernidade traz à luz a sociedade pluralista, aquela onde impera, para utilizar a expressão de Weber, ‘o politeísmo de valores’. Nesse contexto, o apelo à justiça, entendida como qualquer qualidade ético-política que torne uma norma merecedora de obediência, é fator de insegurança na identificação do jurídico, na medida em que os valores, formadores do âmbito moral da vida social, carecem de um conteúdo objetivo” (Barzotto, Luís Fernando. *Positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, pp. 13-14).
2. A sociedade medieval já era uma sociedade pluralista; ocorre que cada grupo ou estamento dessa sociedade regia-se por um estatuto jurídico próprio. É com a formação do Estado moderno que esses diferentes grupos se submetem a uma mesma ordem jurídica, uma ordem jurídica monista, uma vez que emanada de um Estado que monopoliza a produção do Direito (cf. Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27). “Nesse novo mundo, o direito positivo torna-se o principal meio de integração social e a única garantia do indivíduo contra o poder estatal” (Barzotto, op. cit., p. 138).
3. “...as normas positivas podem ter lacunas, porém o Direito — ou, mais exatamente, o ordenamento jurídico — não” (Araújo, José Estévez. *La crisis del estado de derecho liberal — Schmitt en Weimar*, Barcelona: Ariel, 1989, p. 74).
4. Cf. Araújo, op. cit., pp. 74-76.
5. Cf. Barzotto, op. cit., pp. 19-20. “Norma válida é aquela que pertence ao sistema por ter sido produzida de acordo com outras normas válidas do sistema” (Barzotto, op. cit., p. 139).
6. Barzotto, op. cit., p. 20.
7. Cf. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.
8. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 5.
9. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 1. A esse respeito, Dworkin aduz que, em regra, os juristas sabem o que é o Direito, compreendem, com clareza, o que as normas “querem” expressar. No entanto, as controvérsias jurídicas afloram e se acirram na medida em que os intérpretes do Direito tentam fazer valer as suas concepções de como *deveria ser* o Direito, não raro atribuindo interpretações dissonantes do significado claro e literal da norma (cf. Dworkin, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11 e ss).

*Norma jurídica*. A norma jurídica é um *dever-ser* e o ato humano ao qual ela atribui significado é um *ser*.<sup>10</sup> Esse ato será conforme o Direito se coincidir, em seu conteúdo, com o conteúdo da norma. O conteúdo da norma pode ser um comandar, um permitir e um conferir competência.<sup>11</sup> Eventual divergência entre o ato e o conteúdo da norma implica em uma sanção socialmente organizada.<sup>12</sup>

*Validade*. Para incidir nos fatos da vida e atribuir-lhes efeitos jurídicos, a norma precisa ser válida. Para KELSEN, a validade é a qualidade da norma que: (1) existe juridicamente,<sup>13</sup> isto é, (2) pertence a um ordenamento jurídico,<sup>14</sup> (3) posto que criada segundo o modo prescrito por outra nor-

ma do sistema,<sup>15</sup> (4) de forma a obrigar os homens a se comportarem segundo o conteúdo normativo.<sup>16</sup> Portanto, uma norma existe e obriga na medida em que foi produzida conforme o prescrito em uma norma superior.<sup>17</sup> Cria-se, assim, uma “cadeia normativa” de normas postas.<sup>18</sup> Para que esse encadeamento não caia no infinito, KELSEN pressupõe uma norma hipotética que, pretensamente, fecha o sistema: a norma fundamental.

*Norma fundamental*. Para completar o projeto positivista, KELSEN não pode fechar o seu sistema normativo com um dado fático ou moral.<sup>19</sup> O próprio Direito deve fundar o sistema normativo. Chega-se, assim, à norma fundamental, uma nor-

10. A distinção *ser* e *dever-ser*, segundo o próprio Kelsen, “é um dado imediato da nossa consciência”, não podendo ser mais aprofundada (cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 6).
11. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 6.
12. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 71. É esse dado — a presença de um sistema coercitivo socialmente organizado — que, para Kelsen, distingue Direito e Moral (cf. Kelsen, op. cit., p. 71).
13. Cf. Barzotto, op. cit., p. 36.
14. Cf. Barzotto, op. cit., p. 37.
15. Cf. Barzotto, op. cit., p. 37. A conformidade entre a norma inferior criada e a norma superior de criação (regularidade) é verificada por três critérios: (1) observância do procedimento de feitura (processo legislativo); (2) elaboração pela autoridade competente; e (3) compatibilidade entre o conteúdo da norma inferior ao conteúdo da norma superior — cf. Kelsen, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 153. É de observar que o próprio Kelsen admite, expressamente, a verificação da compatibilidade material entre norma superior e inferior: “Se o direito positivo conhece uma específica forma constitucional, distinta da forma da lei ordinária, nada se opõe a que essa venha a ser utilizada também para a adoção de normas que não se confundem com a Constituição em sentido estrito e, antes de tudo, de normas que regulam não apenas a formação, mas o conteúdo das leis. Chega-se, assim, à noção de Constituição em sentido lato, que encontramos quando as constituições modernas contêm não apenas regras sobre órgãos e procedimentos legislativos, mas também um elenco de direitos fundamentais dos indivíduos ou liberdades individuais. Desse modo — no sentido originário — não exclusivo dessa práxis — a Constituição traça princípios, diretrizes e limites ao conteúdo das leis futuras” (Kelsen, *La garanzia...*, p. 153). De qualquer forma, como se verá a seguir, Kelsen não admite questionar o acerto ou o desacerato do conteúdo material das normas; o que importa é que haja compatibilidade entre as normas do sistema.
16. Cf. Barzotto, op. cit., p. 39.
17. Cf. Barzotto, op. cit., p. 40.
18. Cf. Barzotto, op. cit., p. 40.
19. “Kelsen não pode recorrer a uma instância moral para alcançar uma fundamentação do direito positivo, uma vez que, para ele, recorrer a uma norma moral acarretaria uma ‘moralização’ do fenômeno jurídico. Ele não pode recorrer também a uma norma fundamental fática, devido à estrita separação que mantém entre as esferas do ser e do dever ser” (Barzotto, op. cit., pp. 40-41).

ma jurídica hipotética, não posta mas presuposta, que funciona como fundamento de validade último de todo o sistema normativo kelseniano,<sup>20</sup> assim podendo ser enunciada: “devemos obedecer às ordens do autor da Constituição”,<sup>21</sup> qualquer que seja o conteúdo desta Constituição.<sup>22</sup>

Em KELSEN, não interessa ao Direito se uma norma é verdadeira ou falsa, boa ou má, mas tão-somente se ela é válida ou inválida.<sup>23</sup> O único juízo de valor admitido por KELSEN é a compatibilidade das condutas humanas às normas, e destas com as normas superiores.<sup>24</sup>

Essa concepção de Direito é aplicada por KELSEN em sua teoria do Estado. Em verdade, para o jurista austríaco, Estado e Direito se confundem.<sup>25</sup> Essa construção terá implicações marcantes na concepção kelseniana de democracia – e de Estado democrático –, a qual também restará, pretensamente, esvaziada de juízos axiológicos.

### 3. O jogo democrático em Kelsen

A democracia concebida por KELSEN funda-se em “dois postulados da

nossa razão prática”:<sup>26</sup> liberdade e igualdade.<sup>27</sup>

No momento em que o homem se organiza em sociedade, paulatinamente configura-se um aparato estatal que disciplinará as relações dos homens entre si e destes com o Estado. Surge, então, um poder que comandará o indivíduo e a sociedade. Ora, sendo a liberdade ínsita a cada ser humano, devemos ser comandados por nós mesmos.<sup>28</sup> Portanto, para KELSEN, o homem é livre na medida em que participa da formação da vontade do Estado.<sup>29</sup> De qualquer forma, “...mesmo que a vontade geral seja realizada diretamente pelo povo,

o indivíduo é livre só por um momento, isto é, durante a votação, mas apenas se votou com a maioria e não com a minoria vencida”.<sup>30</sup>

Assim, KELSEN afirma que “o cidadão só é livre através da vontade geral e de que, por conseguinte, ao ser obrigado a obedecer ele está sendo obrigado a ser livre”.<sup>31</sup> Surge, aqui, um dos dramas do modelo: a vontade geral vale objetivamente, isto é, independe da vontade daqueles que se lhe submetem.<sup>32</sup> Esta realidade fica ainda mais evidente quando o votante muda de opinião, uma vez que tal câmbio não traz qualquer consequência jurídica.<sup>33</sup> Ademais, deve-se lembrar que a maioria das pessoas

20. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 224 e ss. Essa pretensão de Kelsen — fundar o Direito no próprio Direito — é o que Luís Fernando Barzotto chamou, em sua tese de doutorado, “projeto positivista” (cf. Barzotto, *op. cit.*, p. 31). Ocorre que o próprio Kelsen acaba abrindo uma “fratura sistemática” (cf. Barzotto, *op. cit.*, p. 62) em sua teoria: “Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que — como costuma dizer-se — não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição de sua vigência” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 12). Ora, “a relação da norma fundamental com o plano fático é incoerente. Com efeito, a norma fundamental, ao instituir a eficácia como condição suficiente da validade das normas singulares, leva ao paradoxo da perda da sua própria normatividade, uma vez que ela se limita a reproduzir a realidade de fato: ela afirma a validade de normas que já são obedecidas e retira a validade das normas que não são mais obedecidas. Assim, a formulação clássica, ‘devemos obedecer às normas emanadas do primeiro constituinte’, se tornaria mais exata se rezasse: ‘devemos obedecer às normas eficazes emanadas do constituinte’. Mas assim, ela se torna supérflua, como visto acima: por que há necessidade de uma norma que manda obedecer alguém que já é obedecido? A inclusão da eficácia na norma fundamental é, deste modo, uma solução insatisfatória para as relações entre validade e eficácia. Uma solução que está longe de salvar a coerência do sistema, pois um intruso (o fato) é sempre um intruso, ainda que ocupe o lugar de honra no sistema (a norma fundamental)” (Barzotto, *op. cit.*, p. 66).
21. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 227. Vale dizer, as ordens do constituinte autor da primeira Constituição histórica (cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 227).
22. “Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 227).
23. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 21.
24. Cf. Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 19. “A resposta à questão de saber se, de acordo com o Direito vigente, um assassino deve ser punido com a pena capital, e, assim, se a pena de morte para o homicida é valiosa com esse Direito, pode e deve verificar-se sem ter em conta se aquele que deve dar a resposta aprova ou desaprova a pena de morte. Então, e somente então, é objetivo esse juízo de valor” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 23).
25. “Do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana — com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito — nada mais, nada menos” (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 353). “O Estado não é pois, nem pessoa distinta do Direito, nem poder que está atrás do Direito garantindo-o, mas sim o Estado é o próprio Direito” (Araújo, *op. cit.*, p. 100).

26. Cf. Kelsen, Hans. *A essência e o valor da democracia*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 27.
27. “É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade. O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor. (...) Da idéia de que somos — idealmente — iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia” (Kelsen, *op. cit.*, p. 27). “Sem a fé das massas no poder e na missão divina do ditador, nenhuma ditadura pode resistir por muito tempo ao indestrutível anseio de liberdade, e esta terminará sempre por levar a melhor sobre aquela” (Kelsen, Hans. *O problema do parlamentarismo*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 134).
28. Cf. Kelsen. *A essência...*, p. 28. “A liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política. É politicamente livre aquele que está submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia” (Kelsen. *A essência...*, p. 28). Para Kelsen, “a democracia contenta-se com uma simples aproximação do conceito originário de liberdade” (Kelsen. *O problema...*, p. 127). “A democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo” (Kelsen. *A essência...*, p. 35).
29. É de notar que Kelsen iguala um típico direito fundamental — a liberdade — com o direito político de votar. O próprio Kelsen reconhece: “os direitos políticos — isto é, a liberdade — reduzem-se a um simples direito de voto” (Kelsen. *A essência...*, p. 43). Merece crítica tal entendimento. Os direitos fundamentais, ou liberdades públicas (poderes de agir perante o Estado e a sociedade) decorrem da dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer intermediação, seja do Estado, seja da sociedade; por sua vez, os direitos políticos (participação na formação da vontade geral — cf. Kelsen, *A essência...*, p. 37), dependem da inserção da pessoa humana em um Estado que a reconheça como seu nacional, isto é, os direitos políticos decorrem da nacionalidade. É de destacar que Kelsen já defendia a desvinculação entre direitos políticos e nacionalidade em face do progressivo reconhecimento da igualdade entre o elemento pátrio e o estrangeiro (Kelsen, *A essência...*, p. 38).
30. Kelsen, *A essência...*, p. 29. Vale lembrar o que é a vontade geral: “...é a razão, a voz da razão que os homens ouvem sobre o interesse geral, quando se despem do interesse privado e não estão sob a influência de associações particulares [livres, portanto, das pressões de partidos políticos e lobbies — nota nossa]” (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47). De qualquer forma, se em Rousseau, defensor ferrenho da democracia direta, os partidos políticos são condenados, em Kelsen, como se verá a seguir, eles passam a ser aclamados como os principais atores do jogo político (Kelsen, *A essência...*, p. 39).
31. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 34.
32. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 30.
33. Cf. Kelsen, *A essência...*, pp. 30-31.

já nasce numa ordem estatal preexistente, isto é, para cuja criação e configuração não concorreu.<sup>34</sup> Por tudo isso, a exigência de uma maioria *absoluta* para tomada de decisão representa uma aproximação maior com a idéia de liberdade.<sup>35</sup>

A pretensão do sistema é que a maioria represente também a minoria, isto é, a vontade da maioria seria expressão da vontade geral. Mas isso é mera ficção.<sup>36</sup> A minoria conserva seus ideais, devendo ter à sua disposição meios de influir na vontade da maioria. Caso contrário, cedo ou tarde renunciará à participação meramente formal; em isso acontecendo, a maioria desnatura-se, uma vez que só há maioria se houver uma minoria...<sup>37</sup> E, não havendo contraposição entre maioria e minoria, não há democracia!

Ganha relevo, então, a questão da proteção da minoria. “Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares”.<sup>38</sup> Em KELSEN, a proteção da minoria através da garantia das liberdades públicas, será desempenhada por uma *jurisdição constitucional*.<sup>39</sup>

Os conflitos sociais, intensos no ocaso do Século XIX, foram conduzidos para dentro do parlamento. Supera-se a democracia liberal, onde não havia partidos políticos e o *consensus* em torno da ordem liberal vigente era mantido pelo voto censitário.<sup>40</sup> Até então, por força das instituições liberais, as demandas populares eram mantidas distantes do Parlamento, uma vez que esse

era composto exclusivamente por políticos fechados com a ordem liberal vigente.<sup>41</sup>

Fazendo forte crítica ao marxismo – que, em última análise, propugnava pela revolução social por meio da força –, KELSEN defenderá uma democracia com sufrágio universal<sup>42</sup> e realizada por meio dos partidos políticos. Esses são aclamados como “um dos elementos mais importantes da democracia real”.<sup>43</sup> É por meio deles que os homens de mesma opinião se agrupam para influir sobre a gestão dos negócios públicos;<sup>44</sup> é através deles que os conflitos sociais harmonizam-se no embate *pacífico* do jogo político-partidário típico dos parlamentos modernos.<sup>45</sup>

Ainda assim a democracia é sujeita a equívocos. Em alguns dos seus trabalhos,<sup>46</sup> KELSEN adverte sobre a possibilidade de equívocos ratificados pelo regime democrático; exemplifica referindo a passagem evangélica de “Cristo-Rei” (Jo. 18, 28-40):

“O capítulo XVIII do Evangelho de São João descreve o julgamento de Jesus. Esta história simples, com suas palavras singelas, é uma das composições mais sublimes da literatura mundial, e, sem pretendê-lo, transforma-se num trágico símbolo do antagonismo entre absolutismo e relativismo [segundo o próprio KELSEN, símbolo trágico, também, da democracia – nota nossa – cf. KELSEN, *A Essência...*, pág. 107].

34. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 31.

35. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 31. “...se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é” (Kelsen, *A essência...*, p. 32).

36. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 69.

37. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 70. “Portanto, seria melhor dar a tal princípio [princípio majoritário – nota nossa] o nome de princípio majoritário-minoritário, uma vez que ele organiza o conjunto dos indivíduos em apenas dois grupos essenciais, maioria e minoria, oferecendo a possibilidade de um compromisso na formação da vontade geral, depois de ter preparado esta última integração obrigando ao compromisso acima mencionado, que é a única coisa que pode permitir a formação tanto do grupo da maioria quanto do grupo da minoria: relegar a segundo plano o que separa os elementos a serem unidos, em favor daquilo que une” (Kelsen, *A essência...*, p. 70).

38. Kelsen, *A essência...*, p. 67.

39. Kelsen, *La garanzia...*, p. 202. “Enquanto assegura a formação constitucional das leis e em particular a constitucionalidade material das mesmas, esta [a jurisdição constitucional – nota nossa] é um meio de proteção eficaz da minoria contra os abusos da maioria. O domínio desta última é suportável apenas se exercido de modo regular” (...) “A essência da democracia reside não mais na onipotência da maioria mas no constante compromisso entre os grupos que a maioria e a minoria representam no parlamento, e, portanto, na paz social, a justiça constitucional surge como instrumento apto a realizar esta idéia”. Vale lembrar a polêmica entre Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria proteger a Constituição. Para Schmitt, tal função deve tocar ao Chefe de Estado (*La defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931); para Kelsen, como visto, a proteção da Constituição deve caber a uma jurisdição constitucional (*vide*, em especial, o trabalho *Chi dev'essere il custode della Costituzione?* in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 229 e ss., elaborado em resposta à crítica de Carl Schmitt).

40. Voto censitário “é a restrição do direito de voto àquelas pessoas que pudessem comprovar determinadas exigências indicativas de situação de independência econômica (ou propriedade de imóveis, ou determinada renda anual, ou recolhimento de impostos, etc...)” (Souza Jr., Cezar Saldanha. *O consensus no estado democrático ocidental*, tese de doutorado. São Paulo: USP, 1984, p. 161).

41. O intuito do voto censitário era “afastar do sufrágio aquelas camadas sociais que não tendo nada a perder, pudessem, de um modo ou de outro, desviar o comportamento do Estado dos rígidos padrões do figurino liberal” (Souza Jr., *op. cit.*, p. 161).

42. Em verdade, os políticos socialistas não queriam o sufrágio universal: queriam fazer valer sua ideologia política pela revolução (cf. Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 83). O Estado Social Contemporâneo e o voto universal (mecanismo esse que acabou de vez com o Estado Liberal — cf. Ferreira Filho, *op. cit.*, p. 84) não foram talhados por políticos socialistas, mas por políticos conservadores pragmáticos, cientes de que se não fizessem concessões seriam aliados do poder (cf. Souza Jr., *op. cit.*, p. 208 e ss.).

43. Kelsen, *A essência...*, pp. 38-39.

44. Cf. Kelsen, *A essência...*, p. 39. “Os impulsos provenientes dos partidos políticos são como numerosas fontes subterrâneas que alimentam um rio que só sai à superfície na assembleia popular ou no parlamento, para depois correr em leito único do lado de cá” (Kelsen, *A essência...*, p. 39).

45. “...a democracia é o ponto de equilíbrio para o qual sempre deverá voltar o pêndulo político, que oscila para a direita e para a esquerda. E se, como sustenta a crítica feroz que o marxismo faz à democracia burguesa, o elemento decisivo é representado pelas relações reais das forças sociais, então a forma democrática parlamentar, com seu princípio majoritário-minoritário que constitui uma divisão essencial em dois campos, será expressão ‘verdadeira’ da sociedade hoje dividida em duas classes essenciais. E, se há uma forma política que ofereça a possibilidade de resolver pacificamente esse conflito de classes, deplorável mas inegável, sem levá-lo a uma catástrofe pela via cruenta da revolução, essa forma só pode ser a da democracia parlamentar, cuja ideologia é, sim, a liberdade, não alcançável na realidade social, mas cuja realidade é a paz” (Kelsen, *A essência...*, p. 78). É de destacar, ainda, a clareza com que Kelsen percebeu um dos maiores equívocos do marxismo: a exclusão de toda e qualquer classe social que não seja a dos proletários; o exclusivismo marxista também foi enfrentado pela Doutrina Social da Igreja: “Enquanto o marxismo defendia que somente extremando as contradições sociais, através do embate violento, seria possível chegar à sua solução, as lutas que conduziram ao derrube do marxismo insistem com tenacidade em tentar todas as vias de negociação, do diálogo, do testemunho da verdade, fazendo apelo à consciência do adversário e procurando despertar nele o sentido da dignidade humana comum” (João Paulo II, Papa. *Centesimus annus*, São Paulo: Edições Paulinas, 1991, p. 45); “A Igreja está consciente hoje mais do que nunca de que a sua mensagem social encontrará credibilidade primeiro no testemunho das obras e só depois na sua coerência e lógica interna. Desta convicção provém também a sua opção preferencial pelos pobres, que nunca será exclusiva nem discriminatória relativamente aos outros grupos” (João Paulo II, *op. cit.*, p. 104). É dentro do parlamento que, permanentemente, são harmonizados os interesses conflitantes decorrentes do pluralismo das sociedades modernas (a propósito, Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional alemão*, tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 29).

46. Kelsen trata do tema em, pelo menos, três trabalhos: *A essência e o valor da democracia* (in *A democracia...*, p. 107), *Fundamentos da democracia* (in *A democracia...*, pp. 203-204) e *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política* (in *A democracia...*, pp. 356-357).

“Foi na época da Páscoa que Jesus, acusado de pretender-se Filho de Deus e Rei dos Judeus, foi levado a Pilatos, o delegado romano. E Pilatos, não vendo nele mais que um pobre diabo, perguntou ironicamente: ‘Então és tu o rei dos judeus?’ Mas Jesus tomou a questão com muita seriedade e, no ardor de sua missão divina, respondeu: ‘Tu o dizes. Sou rei. Nasci e vim ao mundo para dar testemunho da verdade. Todo o que está do lado da verdade ouve a minha voz’. Pilatos perguntou então: ‘O que é a verdade?’ E porque ele, o cético relativista, não sabia o que era a verdade, a verdade absoluta na qual este homem acreditava, procedeu – com muita coerência – de forma democrática, delegando a decisão ao voto popular. Segundo o Evangelho, foi ter novamente com os judeus e disse-lhes: ‘Não encontro nele crime algum. Mas é costume que eu, pela Páscoa, vos solte um prisioneiro. Quereis, pois, que eu vos solte o rei dos judeus?’ Então gritaram todos novamente, dizendo-lhe: ‘Não este, mas Barrabás’. Acrescenta o evangelho: ‘Ora, Barrabás era um ladrão’.

“Para os que crêem que o filho de Deus e Rei dos judeus seja testemunha da verdade absoluta, este plebiscito é sem dúvida um forte argumento contra a democracia. E nós, cientistas políticos, temos de aceitar este argumento. Mas com uma condição apenas: que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade política, a ponto de defendê-la, se necessário, com sangue e lágrimas — que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade quanto tinha, de sua verdade, o filho de Deus.”<sup>47</sup>

KELSEN, um relativista declarado, não vê com bons olhos a verdade absoluta anunciada por Jesus Cristo (“*Eu sou o Caminho, a Verdade e a Vida*” – Jo. 14, 6). Não obstante, o próprio KELSEN defende a sua verdade como absoluta: o relativismo (“...que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade política a ponto de defendê-la, se necessário, com sangue e lágrimas – que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade quanto tinha, de sua verdade, o filho de Deus” – texto supra).

Vale mencionar o contraponto desenvolvido por GUSTAVO ZAGREBELSKY. KELSEN apresenta PILATOS como paradigma de democrata: o cético relativista que vai buscar a verdade na maioria popular.<sup>48</sup> ZAGREBELSKY busca demonstrar que, em verdade, o democrata é Jesus. Para isso, propõe três concepções de democracia: a dogmática, a cética e a crítica.<sup>49</sup> A primeira remete ao absolutismo filosófico e a segunda ao relativismo. A terceira – que o jurista italiano defende – visa uma busca orientada para o melhor, numa criteriosa reflexão acerca das diversas possibilidades políticas.<sup>50</sup>

A multidão enfurecida, bradando “*Crucifica-o!*”, é, justamente, o contrário do que pressupõe a democracia crítica — sem instituições ou procedimentos, totalitária, instável, emotiva, extremista e manipulável.<sup>51</sup> Para ZAGREBELSKY, Jesus

Cristo é o verdadeiro amigo da democracia – da democracia crítica –, uma vez que, se anuncia uma verdade eterna e universal, não a impõe mas deseja que os homens, no uso livre da sua razão, a alcancem pelo diálogo, pela tolerância e pela reflexão constantes.<sup>52</sup> Diga-se mais: o uso pleno e criterioso da razão humana, invariavelmente, aponta para essa “Verdade”.<sup>53</sup>

#### 4. Cruzando o limiar da democracia kelseniana

Apesar da própria advertência, KELSEN mantém seu modelo democrático fundado tão-somente na liberdade e na igualdade. Segue fiel ao seu relativismo filosófico, manifestado em sua concepção de Direito – e, como visto, de Estado –, o qual é, coerentemente, mantido em sua teoria acerca da democracia. Afinal, para KELSEN, a adoção de qualquer verdade axiológica seria uma atitude autocrática.<sup>54</sup>

É este relativismo kelseniano que não poucos criticam.<sup>55</sup> No entanto, ao contrário do que muitos afirmam apressadamente, este relativismo não foi o único responsável pela bancarrota do modelo democrático alemão pós-1919. O Partido Nazista possuía garantias institucionais para participar do jogo político; afinal, não existiam valores pautando a disputa eleitoral, a não ser a *liberdade*. De toda sorte, uma vez no poder, o nacional-socialismo poderia ter tido escrutinada sua constitucionalidade à luz da doutrina kelseniana, uma vez que eliminou a liberdade. E não se trata, aqui, de aferir a inconstitucionalidade recorrendo a parâmetros suprapositivos. A liberdade era, sim, *valor* inerente ao modelo democrático então imperante.<sup>56</sup>

Não obstante, a História nos mostra que o Judiciário alemão acabou por referendar o totalitarismo de Hitler, não porque o modelo de Direito e de democracia

52. Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 121. Importante registrar as palavras finais de Zagrebelsky: “A estas alturas, próximo do final, devemos restabelecer a justiça a respeito de Hans Kelsen. Sua reflexão sobre o processo de Jesus, como ‘caso’ da democracia e a interpretação em sentido democrático da figura de Pilatos, foram mostradas, aqui, como o produto de um profundo mal-entendido. Mas o conjunto de sua reflexão sobre os problemas da democracia não coincide, de forma alguma, com a democracia cética e instrumental, tal como aquela e esta interpretação poderiam dar a entender. Ao contrário, a democracia crítica é uma idéia que reflete perfeitamente sua concepção. Aqui apenas temos de tomar nota da existência de uma contradição e de um erro que não tiram a validade de um pensamento que constitui uma referência da teoria contemporânea da democracia” (Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 120).

53. Cf. João Paulo II, Papa. *Fides et ratio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 28 e ss.

54. “A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento, tão característicos da democracia, não têm lugar num sistema político baseado na crença em valores absolutos” (Kelsen, *Absolutismo...*, p. 355).

55. “...o liberalismo almejava um conceito autônomo de direito precisamente para subtrair o direito do arbítrio estatal. O direito é um instrumento de garantia do cidadão contra o poder. O conceito de validade garante que somente obedecendo ao direito o poder é capaz de criar direito. Mas, instado pelos fatos a tratar do conceito de eficácia, o positivismo termina por introduzir um critério de juridicidade altamente instável: toda norma eficaz é uma norma jurídica. O direito fica, assim, submetido às vicissitudes do poder. Mas se toda normatividade que se impõe for considerada jurídica, o positivismo termina por traír a missão que o liberalismo lhe confiou, de libertar o direito do domínio da força” (Barzotto, *op. cit.*, p. 143). Foi precisamente por esta falha no sistema que o nacional-socialismo penetrou e subverteu as instituições alemãs de Weimar.

56. Se era valor positivo, a liberdade poderia servir como parâmetro apto a ensejar declaração de inconstitucionalidade material (a propósito, o próprio Kelsen: *La garanzia...*, p. 188 e ss.).

47. Kelsen, *Absolutismo...*, pp. 356-357.

48. Cf. Kelsen, *Absolutismo...*, p. 356.

49. Cf. Zagrebelsky, Gustavo. *La Crucifixión e la democracia*. Barcelona: Ariel, pp. 8-9.

50. Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 9.

51. Cf. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 120.

de Kelsen aclamava o Nazismo<sup>57</sup> – muito pelo contrário –, mas porque passava à margem do valor maior que rege as relações humanas, isto é, a dignidade da pessoa humana.

É dessa dignidade, ínsita a todo ser humano, que derivam os direitos fundamentais,<sup>58</sup> aí incluída a liberdade. Mas, se a liberdade ignora sua real origem – a dignidade da pessoa humana –, pode degenerar-se em uma liberdade egoísta,<sup>59</sup> apta a corromper o mais elaborado modelo democrático.<sup>60</sup> Apenas a liberdade que respeita os demais direitos fundamentais é capaz de realizar, em todo seu esplendor, o ser humano e permitir o convívio social harmônico.

## 5. Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, José Estévez. *La crisis del estado de derecho liberal – Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1989.
- BARZOTTO, Luís Fernando. *Positivismo jurídico contemporâneo*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- DALPÉRIE, Francis. *O direito à dignidade humana* in *Direito constitucional: estudos em*

*homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional alemão* [tradução de Luís Afonso Heck]. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JOÃO PAULO II, Papa. *Centesimus annus*. São Paulo: Edições Paulinas, 1991.

JOÃO PAULO II, Papa. *Fides et ratio*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

JOÃO PAULO II, Papa. *Cruzando o limiar da esperança*, 2. ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994.

KELSEN, Hans. *A essência e o valor da democracia*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Chi dev'essere il custode della costituzione?* in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981.

KELSEN, Hans. *O problema do parlamentarismo*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SCHIMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

SOUZA JR., Cezar Saldanha. *O consensus no estado democrático ocidental*, tese de doutorado. São Paulo: USP, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Barcelona: Ariel, 1996.

57. De qualquer forma, Kelsen não nega caráter jurídico aos Estados totalitários: "Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como fora da ordem jurídica desses Estados" (Kelsen, *Teoria pura do direito...*, p. 44).

58. A propósito, Francis Delpérie. *O direito à dignidade humana* in *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 155 e ss.

59. "Se não se aceita a perspectiva do dom de si mesmo, poderá subsistir sempre o perigo de uma liberdade egoísta. Perigo contra o qual Kant lutou; e, nessa linha, alinharam-se Max Scheler e todos aqueles que, depois dele, compartilharam a sua ética dos valores" (João Paulo II, Papa. *Cruzando o limiar da esperança*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994, p. 188).

60. "Em nome do princípio democrático não se pode questionar a dignidade inalienável de todo ser humano" (João Paulo II, Papa. Mensagem dirigida a parlamentares brasileiros em visita à Santa Sé em 1997). "Uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou dissimulado, como a história demonstra" (João Paulo II, Papa. *Centesimus...*, p. 85).