

RELATIVISMO COMO FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA LIBERAL: APORTES A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

RELATIVISM AS THE GROUND FOR LIBERAL DEMOCRACY: CONTRIBUTIONS FROM THE PHILOSOPHY OF HANS KELSEN

*Henrique Smidt Simon*¹
Centro Universitário UniEURO

Resumo:

A crise da democracia liberal tem sido alardeada em todo o mundo, decorrente da crise de representação e da desconfiança na política. Nesse cenário, é preciso repensar as bases de sua fundamentação e demonstrar sua importância. Para tanto, é necessário mostrar como a democracia liberal é condição de equilíbrio de forças sociais para que qualquer grupo possa seguir como membro da sociedade política. Este artigo recupera a discussão a respeito do conhecimento e a relativização da justiça como fundamento do pluralismo político, a ser refletido numa engenharia constitucional liberal, o que pode ser feito via filosofia de Hans Kelsen. Partindo-se do relativismo ético de Kelsen é possível mostrar como a sociedade deve ser compreendida como plural e como a constituição deve ser norma que dá o desenho institucional de equilíbrio de forças e protege visões minoritárias de mundo. Essa conclusão decorre da análise feita a partir da relação do pensamento de Kelsen com a filosofia do Círculo de Viena; a compreensão do relativismo como resultada do modelo epistemológico que recusa a metafísica e a consequência política do uso do relativismo moral como justificativa para um desenho institucional que garanta o regime democrático plural.

Palavras-chave:

Hans Kelsen. Democracia liberal. Relativismo ético. Pluralismo. Minorias.

Abstract:

The crisis of liberal democracy has been touted around the world, due to the crisis of representation and mistrust in politics. In this scenario, it is necessary to rethink the bases of its foundation and demonstrate its importance. Therefore, it is necessary to show how liberal democracy is a condition for the balance of social forces so that any group can continue as a member of political society. This article recovers the discussion about the theory of knowledge and the relativization of justice as the foundation of political pluralism, to be reflected in a liberal constitutional engineering, which can be done via Hans Kelsen's philosophy. Starting from Kelsen's ethical relativism, it is possible to show how society should be understood as plural and how the constitution must be the norm that gives the institutional design of balance of forces and protects minority views of the world. This conclusion stems from an analysis based on the relationship between Kelsen's thought and the philosophy of the Vienna Circle; the understanding of relativism as a result of the epistemological model that rejects metaphysics and the political consequence of the use of moral relativism as a justification for an institutional design that guarantees the plural democratic regime.

Key-words:

Hans Kelsen. Liberal democracy. Moral relativism. Pluralism. Minorities.

1. INTRODUÇÃO

A crise da democracia liberal parece ser um dado. A Europa e as Américas têm passado

¹ Doutor em Direito, Estado e Constituição pela FD/UnB. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Humanos, Cidadania e Violência do UniEURO. Professor da Graduação em Direito da EDB/IDP. Professor da Graduação em Direito do UniCEUB. Advogado.

por conflitos políticos que mostram a desconfiança nas instituições e rejeição das formas essenciais da representação política. A tendência tem sido a busca de líderes que falem e captem de maneira mais direta os anseios das populações dilaceradas pelas consequências da crise econômica de 2008, pelo pavor do terrorismo, pela desestruturação do estado social juntamente com o esgarçamento do tecido social em razão do recente fluxo de migrantes – refugiados de guerras entre estados, de guerras civis e populações que buscam qualquer condição mais digna de sobrevivência que aquelas oferecidas em suas terras natais. Concomitantemente, os escândalos de corrupção em todo o mundo demonstram o uso da política para proveito pessoal ou para o sustento dos partidos que ocupam as instituições.

Verifica-se o retorno aos discursos populistas – tanto da direita conservadora quanto da esquerda mais socialista – que se pautam na superação de freios institucionais, na concessão de segurança e na dignidade do povo. Uma das suas principais características é a utilização do discurso identitário que marcou os nacionalismos da primeira metade do século XX. Tal movimento traz consigo a desconfiança nas instituições, vistas como formas de mascarar o uso indevido da política direcionada à corrupção, a impedir a realização da “verdadeira vontade do povo”. Aproveitando a ausência de credibilidade nas instituições, os líderes tentam captar esses anseios, de forma a utilizar os sentimentos de frustração, apatia e medo da população para impor suas políticas, liberando-se das amarras institucionais.

Apesar da aparência de legitimidade popular, tal movimento traz consigo o risco do uso arbitrário do poder, de modo a possibilitar o atropelo de oposições minoritárias, a retirada de direitos que preservam visões de mundo distintas e proteção contra imposições majoritárias e de solapar a capacidade institucional de conter as tendências aos abusos, enfim, a derrubada do modelo liberal de democracia. Considera-se que a base da democracia liberal se refere às noções de equilíbrio de forças sociais, freios e contrapesos nas tomadas de decisões políticas, livre concorrência para a ocupação das posições institucionais e contenção contramajoritária.

A importância da democracia liberal está no fato de ela ser o modelo em que a política não se torna autodestrutiva, transformando-se em espécie de ditadura da maioria ou em seu nome. No entanto, na medida em que suas bases são questionadas em virtude de desconfiança em seus agentes e da falta de resultados materiais na execução das políticas institucionais, sua legitimidade é colocada em questão, permitindo que o sentimento e os anseios da sociedade passem a estar acima dos limites jurídicos que deveriam contê-los. Assim, sob o argumento de moralização da política, põe-se em risco a democracia liberal em nome de “valores do povo”.

Como em toda situação de crise, há duas saídas possíveis: a proposta de nova forma de pensar o mundo que dará a solução aos problemas até então sem respostas ou a retomada das

condições de pensamento para a reorganização dos fundamentos do modelo vigente. Este artigo toma o segundo caminho. Além disso, indica que as discussões de moralização da política e a aproximação entre governantes e governados – de forma a vencer a resistência mediadora das demais instituições políticas – não são propostas inovadoras, assim como podem levar a arbitrariedades já conhecidas.

Nessa linha, rever o pensamento de Hans Kelsen pode ser de grande valia para entender a função de equilíbrio institucional da democracia liberal, já que ele foi dos seus maiores defensores. Kelsen defendeu um modelo filosófico que nega a capacidade de definir o que é certo ou errado, moral ou imoral, justo ou injusto. Tal posicionamento leva-o ao relativismo ético e à impossibilidade de definir qualquer critério de justiça. Daí Kelsen retira sua ideia de que não há alternativa à aceitação do pluralismo na vida social e política, sendo a democracia a única forma de garantir as posições de todos os membros da sociedade.

Então, se o problema que se coloca é a sustentabilidade da democracia liberal diante da crise da sua legitimidade, a hipótese trabalhada é que as bases do pensamento de Hans Kelsen sobre a política podem oferecer o suporte para a sua continuidade como condição do equilíbrio no modelo de organização política do estado contemporâneo. Pode-se sustentar que, ao demonstrar o relativismo como condição epistemológica da filosofia moral, a saída para os conflitos morais em sociedade está nas instituições de um estado que garanta direitos de igualdade política e liberdades básicas, contenção contramajoritária e proteção de minorias. E tais aspectos seriam as características da democracia liberal, que, apesar de estar sendo posta à prova, ainda é a maneira de lidar com os desafios referentes à contenção das diversas formas de arbítrios que querem vestir a capa da democracia e da legitimidade.

Para sustentar essa proposta, este estudo parte da caracterização da democracia liberal e sua crise. A seguir, apresenta a relação entre a epistemologia positivista e o relativismo de valores. A partir dessa base, pretende-se explicitar como a impossibilidade de pensar a justiça faz com que a única resposta para a convivência harmônica em sociedade seja uma estrutura constitucional com as características da democracia liberal. Assim, esse modelo político não é um ideal a ser mantido como fim em si mesmo, mas condição para o convívio das diferenças e das disputas de poder típicas das sociedades atuais.

2. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA DEMOCRACIA LIBERAL E A IDENTIFICAÇÃO DE SUA CRISE.

“A democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as demais”, disse

Winston Churchill. Com o desenvolvimento das estruturas de organização políticas modernas, ligado ao liberalismo e sua busca de contenção do poder (BOBBIO, 1997), a relação entre constitucionalismo e democracia passou a ser considerada intrínseca, a constituir conteúdo semântico do próprio conceito de constitucionalismo (DIPPEL, 2007). Além disso, o impacto no imaginário político moderno com a força de revoluções populares que se espalharam pelo mundo ocidental transformou a ideia de vontade do povo no único fundamento de legitimidade para o exercício do poder. As constituições passam a ser documentos jurídicos de fundação de novas formas de estado (em oposição às monarquias absolutas) em que o povo decide sobre como se governar para manter seus direitos naturais (SIMON, 2016).

A vinculação entre a ideia de soberania popular, governo representativo e limitação dos poderes tornou-se o modelo de referência da organização política, a tal ponto que foi naturalizado e chegou a ser o modelo de comparação para os estudos sobre o estado que se desenvolveram a partir da segunda metade do século XIX. Tão forte era a convicção de que o modelo do estado liberal representativo era o auge da racionalidade do direito público que ele passou a ser o padrão de comparação do grau de desenvolvimento dos demais estados que se desenvolviam fora da Europa Ocidental (CARAMANI, 2014). Contudo, a versão da democracia do estado do século XIX está distante da realização da ideia de soberania popular proposta por Rousseau e da igualdade diante da lei prometida pelos liberais. A participação popular na formação das instituições do estado era mínima. A classe trabalhadora e as mulheres não votavam. Há estimativas de que o índice de participação político-eleitoral não chegava a 10% da população (DAHL, 2001).

A busca pela realização das promessas de liberdade e igualdade e a efetiva participação política da sociedade levou a disputas políticas e sociais que, na virada do século XIX, abriu três vias: a manutenção do modelo liberal, em que o estado apenas mantém a ordem social por meio da repressão jurídica e mantém a liberdade da ação econômica; o surgimento do conservadorismo nacionalista, em que o estado seria o fator de proteção e integração do povo, visto como unidade de valores; o socialismo, em que o estado seria o elemento de desenvolvimento das condições de vida da sociedade e gerador de igualdade material, com o conseqüente fim da exploração econômica (BOBBITT, 2003). Enquanto o primeiro é visto como manutenção da política elitista que caracterizou o século XIX, os outros dois buscam absorver a legitimidade popular que caracterizou o próprio discurso do constitucionalismo moderno, arvorando-se os verdadeiros realizadores da democracia, pois responderiam aos anseios populares por alguma forma de conexão direta com o povo.

As conseqüências são conhecidas. O mundo passa por grande reformulação das formas

jurídicas de organização do estado a partir dos movimentos nacionalistas de cunho socialista ou conservador (sendo o fascismo e o nazismo dois dos seus exemplos mais extremos). Em ambas as vertentes, em nome da representação “democrática” direta dos cidadãos e da realização dos seus valores ou necessidades, formaram-se estados autoritários. E, em nome dessa mesma “democracia”, o discurso da legitimidade da maioria leva ao aniquilamento da proteção de minorias de todas as espécies.

É após a 2ª Guerra Mundial que o retorno às instituições liberais passa a ser entendido como necessário para impedir os abusos do poder em nome ou com o apoio do povo. A partir de então, a organização elementar dos estados que formam as democracias mais estáveis do mundo terão como características: o controle da capacidade de decidir; a presença de minorias nos órgãos representativos; a tomada de decisões com base em formação de consensos; mecanismos de democracia direta (mas com instituições de contenção contramajoritárias) e a função do estado de realizar as condições básicas de vida da população juntamente com a proteção de direitos fundamentais que impeçam a criação de desigualdades de tratamento ou restrições de liberdades em nome de algum pretense bem maior². Tal configuração leva à prevalência das democracias consensuais, em que os grupos majoritários não governam sozinhos, mas precisam do suporte de outros grupos com representação legislativa para formarem governo por meio de coalizões. Esse modelo de democracia é o que atinge os melhores resultados políticos e sociais (LIJPHART, 2019).

A questão da ordenação política dos estados passa a ser problema de engenharia constitucional para, de acordo com as condições de cada sociedade, gerar o equilíbrio político-institucional que propicie a versão da democracia com as características acima elencadas³. A ordenação constitucional deve escolher a organização das instituições que melhor gere equilíbrio de poder político e social em cada estado, além de afirmar os direitos fundamentais que impeçam desvios nesse equilíbrio por parte de grupos que subam ao poder ocasionalmente. Tal estratégia de definição da estrutura política é essencial para realizar a democracia, entendida como possibilidade de participação de todos na formação da vontade decisória, o que inclui minorias, deixando de ser mera expressão de vontades majoritárias.

Assim, as vantagens de governos que sigam esse conceito de democracia são: evitam a tirania, realizam direitos essenciais (liberdades civis e participação política

² Dahl (2003) apresenta excelente discussão sobre estruturas constitucionais e a realização da democracia.

³ Sartori (1996) faz excelente discussão sobre a ideia de engenharia constitucional e possíveis efeitos das diversas combinações de organização das instituições e poderes políticos do estado, correlacionando sistema político, forma de governo, sistema de governo, forma de estado e sistema eleitoral.

fundamental); liberdade geral (de escolha individual e expressão – as ditas liberdades negativas); autodeterminação livre; autonomia moral; desenvolvimento humano; proteção de interesses pessoais essenciais; igualdade política; a busca da paz e da prosperidade (DAHL, 2001). Além disso, estabelecidas tais condições e objetivos da democracia, seria possível criar indicadores para o controle e análise de sua qualidade: *rule of law*; prestação de contas (*accountability*); participação política dos cidadãos dentro e fora das instituições; concorrência entre as partes e entre grupos de interesse; respeito pelos direitos que preservam as liberdades; expansão da igualdade política, social e econômica; capacidade das instituições de fornecer respostas que atendam satisfatoriamente aos cidadãos e à sociedade civil (MORLINO, 2016). Esse modelo político é chamado *democracia liberal* porque, juntamente com os elementos de participação política e critérios majoritários de decisão (participação popular), garantem liberdades individuais e de identidade – direitos civis, com grande capacidade de controle do exercício do poder de coerção, elementos típicos do liberalismo político⁴ (MAIR, 2014). Porém, à semelhança da crise do estado liberal do século XIX, as liberdades civis e a proteção de minorias têm sido contestadas diante da incapacidade atual dos estados em garantirem suas promessas: liberdade, igualdade, segurança e dignidade de vida. É possível detectar a crise da democracia liberal. Na medida em que as instituições não são capazes de realizar as expectativas que geram na população, têm sua legitimidade questionada.

As causas da atual desconfiança na democracia liberal parecem ser claras. A desestruturação das economias nacionais a partir da globalização, quando o estado não é mais capaz de controlar os fluxos de riquezas e as condições para sua produção. A isso soma-se a existência de crises econômicas que empobrecem os trabalhadores e tornam mais precárias as condições de trabalho. O aumento da concentração de riqueza agrava a situação, pois a recuperação das crises não recupera, necessariamente, a condição de vida dos trabalhadores, mas melhora a dos detentores dos meios de produção e dos investidores do mercado financeiro. A deterioração das condições materiais de vida leva à desconfiança dos políticos profissionais, vistos como preocupados apenas com a defesa de seus próprios interesses e, portanto, distantes do papel representativo que lhes compete. Essa percepção de busca de interesses particulares por parte dos políticos se acentua com a descoberta de casos graves de corrupção, que erodem ainda mais suas legitimidades e a crença de que eles buscam interesses comuns. Junte-se os fluxos migratórios e o terrorismo dos extremistas, que mantêm a sensação de medo e estranhamento constantes e levam à aceitação de violação das liberdades civis em nome da

⁴ Eleições livres e iguais seriam o componente procedimental de uma democracia liberal, enquanto os direitos civis seriam o seu componente substantivo (SMITH e ZIEGLER, 2009).

segurança sem que o estado consiga garanti-la de modo estável, o que leva ao círculo vicioso de suspensão constante de direitos e liberdades (CASTELSS, 2018).

Essa desconfiança generalizada na capacidade da democracia liberal de responder às demandas sociais tem levado à volta de ações autoritárias. A tendência verificada tem sido a busca de líderes fortes, que usem a coerção do estado para garantirem a ordem social, a segurança e as políticas econômicas que trariam de volta a melhora das condições de vida da sociedade. Assim, o recurso a candidatos que se colocam contra o *establishment*, que se comunicam diretamente com seus eleitores e chamam para si a capacidade de decisão, atropelando as instituições que são freios às suas propostas, tem levado ao caminho da construção de democracias iliberais⁵.

Diante da precariedade das condições de vida, da insegurança, da corrupção e da desconfiança e perda de legitimidade das instituições, a democracia liberal deixa de ser um valor a ser preservado e passa a ser valorada diante de outras opções e realizações que ela parece impedir. O resultado é a desvalorização da democracia liberal e dos direitos que ela garante, em prol da busca da proteção dos valores éticos e identitários perdidos e de melhores condições de vida. Isso a ser oferecido por um líder que represente de maneira mais direta e realize a vontade do povo, que recupere seu senso de orgulho e esperança.

O problema dessa mudança de rumos é a tolerância com relação à restrição de direitos, o retorno a critérios substantivos de identidade e de bem comum (com a conseqüente recusa da proteção de minorias) e o movimento de direcionar as decisões políticas com base na recusa da diferença (a competição entre o “nós” e o “eles”, que tende a politicamente eliminar os últimos). E, na medida em que o apoio popular a esse tipo de política cresce, tais restrições de direitos e uso arbitrário da violência são feitos ao argumento de realizar a “verdadeira” democracia, livre dos freios institucionais impostos por políticos profissionais que só buscam interesses próprios ou particulares, realizando diretamente os anseios do povo, que exerceu seu direito de voto exatamente com essas expectativas.

Para evitar que a desconfiança na política e nas instituições descambe para o aceite e uso corriqueiro da violência e para a violação dos direitos de minorias, é necessário mostrar como a democracia liberal não é fim em si mesmo, a concorrer com outros valores, mas o meio adequado para manter o equilíbrio de forças e poderes, as diversas visões de mundo e a capacidade de realização de visões majoritárias, sem que elas levem, necessariamente, à desconsideração ou eliminação da alteridade.

⁵ Sistemas que garantem eleições, mas que restringem direitos e liberdades civis em nome da vontade do povo ou da realização do bem comum. Smith e Ziegler (2009) fazem a caracterização desse sistema político.

3. TEORIA PURA, CIÊNCIA E NORMA COMO ATO DE VONTADE.

Diante do quadro acima traçado, um dos caminhos para se pensar e fortalecer a democracia liberal é recuperar clássicos que possam ajudar na reordenação dos fundamentos teóricos que levam à sua compreensão e no reconhecimento da sua necessidade. O pensamento de Hans Kelsen permite essa retomada de fundamentos para afirmar que a crise de confiança na democracia liberal não necessariamente equivale à sua crise como modelo político a oferecer respostas para as dificuldades atuais.

Kelsen foi defensor árduo da democracia, exatamente no modelo hoje chamado de liberal. E é possível sustentar que tal defesa não é por razões apenas de preferência política ou moral, mas decorre da estrutura filosófica à qual ele recorre para fundamentar suas teses teóricas, cujas principais são: a redução do direito como conjunto de normas válidas; a possibilidade de construção de modelo científico apenas descritivo de tais normas; a função da ciência de descrever fatos, sem valorações pessoais do observador; a identificação de que fatos empíricos não possuem valores (tese da subjetividade e relatividade da ética); a possibilidade de aplicação dessas premissas à análise do direito em razão da separação radical entre ser e dever ser, o que permite uma ciência descritiva de normas e a independência de conteúdos substantivos no que tange à análise do direito. A maneira como Kelsen aplica essas premissas à sua filosofia e as consequências políticas que delas retira permite desenvolver a ideia de democracia liberal não como um valor humano ou intrínseco a ser mantido, mas como condição de pensar a própria política e a mediação dos conflitos e necessidades sociais decorrentes da pluralidade de visões de mundo e de interesses.

No que tange à busca de modelo filosófico para demonstrar a possibilidade de fazer ciência rigorosa do direito, Kelsen direcionou suas investigações para o empirismo e logicismo (KELSEN, 2000b)⁶, na linha epistemológica do Círculo de Viena⁷. Para os seus participantes, o conhecimento da realidade só pode ser produzido com a apreensão de fenômenos empíricos, o que, por sua vez, precisa do uso adequado da linguagem para sua exposição e descrição

⁶ Isso não exclui influxos neokantianos no seu pensamento, que ele mesmo admite (KELSEN, 1998c).

⁷ O Círculo de Viena foi um movimento de filósofos, matemáticos, físicos e teóricos da ciência que reuniu, em torno da figura de Moritz Schlick, pensadores de várias áreas (desde as citadas até a sociologia, economia e o direito) em busca de critérios rigorosos para a produção do conhecimento científico. Dentre as figuras mais famosas do movimento estão o próprio Schlick, Rudolf Carnap, Friedrich Waismann, Hans Hahn e Otto Neurath. As características gerais de suas preocupações intelectuais serão indicadas em seguida. Importa salientar que Friedrich Stadler (2010), ao fazer a história do Círculo de Viena, indica Hans Kelsen como intelectual pertencente ao entorno do movimento e um de seus alunos, Felix Kaufmann, participava ativamente das reuniões do grupo.

perfeita. Ocorre, com eles, a chamada virada linguística da filosofia (OLIVEIRA, 2001), pois, como o conhecimento depende da perfeita descrição de fatos, deve-se criar uma linguagem própria para a ciência, sem vagueza, polissemia ou cargas significativas que não decorram dos próprios objetos do mundo, como sentimentos, vontades ou outras percepções meramente subjetivas. A filosofia se reduz à sintaxe lógica da linguagem, para a definição da função que o signo exerce na conexão com outros e da significação na sua relação com objetos que podem ser descritos (semântica: relação signo objeto). Assim, pretensões idealistas preferências particulares estariam eliminadas da linguagem científica, para a perfeita apreensão do mundo como ele é, independente da vontade humana. A verdade deixa de ser a compreensão transcendental daquilo que é necessário e imutável no universo para se tornar a correspondência de enunciados descritivos com os fatos. Buscar essências que sejam intrínsecas ao mundo ou transcendentais perde o sentido, porque não podem ser demonstradas e a verdade depende da verificabilidade empírica do que foi dito, bem como da análise lógica dos enunciados, a serem decompostos nos seus elementos mais simples de referência à realidade ou de função sintática⁸.

Kelsen, em sua filosofia, busca realizar essas exigências para a produção científica, tentando aplicá-las pensamento jurídico⁹. Ele entende ser possível a descrição do direito apenas na sua estrutura normativa, sem se preocupar: com a relação entre acontecimentos que levam à produção ou ao reconhecimento das normas (objeto da Sociologia ou da Antropologia); com as subjetividades que as criaram (objeto da Psicologia); ou com os valores que necessariamente devem estar presentes no ordenamento jurídico (problema da Ética e, portanto, do direito natural, que é metafísico) (KELSEN, 1998c)¹⁰. Esses conteúdos aparecem na norma, mas não condicionam a abordagem a ser feita pelo cientista do direito.

Construindo sua proposta, Kelsen (1998a) vê a norma como objeto do mundo a ser descrito pelo cientista do direito. Ela tem caráter ideal, porque é a construção linguística a partir

⁸ Os participantes do Círculo de Viena entendiam que a clarificação lógica da linguagem livraria o conhecimento de preconceitos inibidores do desenvolvimento da ciência (HAHN; NEURATH; CARNAP, 2002). Para Quine (1951), o positivismo lógico parte do que ele chamou de “dois dogmas do empirismo”: a divisão kantiana em verdades analíticas – de caráter lógico-formal, sem dependência de conteúdo empírico – e verdades sintéticas – proposições de conteúdo empírico sujeitas à verificação da verdade. Rejeitam, contudo, a existência de verdades sintéticas *a priori* – afirmações verdadeiras não meramente formais que permitem acrescentar conteúdo novo ao conhecimento, mas anteriores ao contato com o mundo empírico. Haveria apenas proposições formais (lógicas) e proposições sobre a realidade (verdadeiras ou falsas). A ciência deveria estar limitada a esses dois tipos.

⁹ Paulson (2003) divide a evolução do pensamento de Kelsen em 3 fases: construtivismo (1911-1920); neokantismo com aportes analíticos (1920-1960); ceticismo (1960 até sua morte, em 1973). Em carta a Renato Treves, de 3 de agosto de 1933, Kelsen (1998d) diz buscar um modelo de categorias puramente formais (o que levaria ao relativismo ético) e indica um programa de superação da metafísica. E afirma que sua concepção de dever ser como vontade jurídica e não psicológica segue a ideia de distinguir logicismo de psicologismo.

¹⁰ Ulises Schmill (2003) indica como a preocupação da pureza metodológica de Kelsen se volta para as condições lógicas (e não materiais) do conhecimento. Segundo ele, Kelsen não aceita o uso da filosofia moral no campo jurídico, reduzindo a ciência do direito às condições formais do estudo do direito positivo.

de vontades que querem determinar condutas de outras subjetividades. Contudo, normas jurídicas não são apenas vontades enunciadas¹¹ a serem impostas pela força, mas valores e ações previstos em abstrato a partir de uma hipótese fática enunciada, que, caso ocorra, desencadeia um dever de ação ou um dever de impor uma consequência pelo seu descumprimento e ambos os deveres são reconhecidos como exigíveis, independentemente da existência e permanência do ato de vontade que os determinou ou o acordo sobre seu conteúdo¹².

Quer isso dizer que normas não vêm de fatos, o que significa que não poder ser originados da natureza, espontaneamente. O direito natural é uma impossibilidade empírica e lógica¹³. Assim *ser* e *dever ser* são formas lógicas que permitem atribuir sentidos distintos a fatos e normas, não se confundem¹⁴. A linguagem do ser usada pela ciência descreve fatos e conexões causais entre eles. A do dever ser estabelece conexões entre fatos e condutas derivadas de comandos reconhecidos entre subjetividades que convivem (“se A é, B deve ser”). A linguagem da ciência do direito deve descrever essas conexões entre fatos e ações que são seguidas em sociedade, sem pretender corrigi-las ou impor suas condições. Essa a diferença entre ciências causais e normativas.

A proposição das ciências causais tem como referência o fato; a norma, a obrigação a ser realizada; a proposição das ciências normativas, a norma válida¹⁵. Identificada a norma como conteúdo proposicional da ciência do direito, demonstra-se seu critério empírico de verificação (as proposições da ciência do direito podem ser verdadeiras ou falsas), tornando-se ciência composta por regras de inferência e proposições empíricas, dotada de metodologia própria – a ideia de pureza metodológica (KELSEN, 1998a)¹⁶. O cientista do direito identifica

¹¹ Carnap (1935) via nas ordens expressões de vontades, fatos psicológicos a serem estudados pela psicologia.

¹² O comando só pode ser norma jurídica quando o seu destinatário o recebe não como sendo forçado pela subjetividade de quem ordena, mas como submetido a certa situação em que quem comanda está em posição de fazê-lo, em razão de outras circunstâncias que o autorizam (ver KELSEN, 1952).

¹³ O substrato linguístico comum que enuncia um fato como hipótese e serve para descrever o fato previsto, conectando a norma com o mundo. A relação entre norma e fato como comparação de um substrato linguístico comum será recuperada por Kelsen (1991) na sua obra póstuma: Teoria Geral das Normas, que ele chamará de substrato modalmente indiferente.

¹⁴ Para Stanley Paulson (2003), a tese normativa de Kelsen não é a diferença entre ser e dever ser no sentido de separar o direito positivo (o direito que é) do direito ideal (o direito que deve ser – objeto da tese que vincula direito e moral), mas a separação entre ser e dever ser no que tange à diferença entre fato e valor.

¹⁵ Frege (1978), tratando da relação entre a proposição e o mundo, indica que um signo pode ter sentido (seu significado, o que o torna compreensível) e referência (aquilo a que ele corresponde, seu conteúdo). Enquanto para a ciência uma proposição tem como referência um fato, diz Frege, um comando tem como referência a ordem (o valor deôntico) a ser realizada. Com relação à validade, norma válida seria a que regula condutas com algum grau de eficácia e está em relação com outras normas dentro dos critérios de produção e aplicação institucionalizados na vida social. Não precisa ser escrita e não se reduz àquela dada pelo estado. Toda sociedade tem um sistema de normas válidas. O estado é uma possibilidade de organização política de uma sociedade e, como tal, tem que se exprimir por meio do direito. Assim é que se pode dizer que não há estado sem direito, mas pode haver direito sem estado (KELSEN, 1992).

¹⁶ Kelsen mantém, para o mundo normativo, a relação entre enunciado e realidade empírica como

nas práticas sociais e na linguagem natural de produção das normas as estruturas de linguagem que vinculam fatos hipotéticos com consequências, as correlaciona com outras do mesmo tipo e identifica os procedimentos de criação, modificação, eliminação e significação dessas normas, explicitando os valores deônticos envolvidos: proibição, obrigação e permissão¹⁷.

4. O RELATIVISMO ÉTICO E DA JUSTIÇA, O PLURALISMO E A DEMOCRACIA.

Com a redução da verdade à relação de correspondência entre enunciado e fato¹⁸ e sua verificabilidade, tudo o que não pode ser descrito em sentenças controláveis por seus valores de verdade deve ser excluído da esfera da busca pelo conhecimento, exceto as condições da lógica formal, que rege o uso correto da razão e da linguagem. Conteúdos que não sejam verificáveis ou que extrapolem a lógica da linguagem não fazem parte do mundo, pertencem apenas ao sujeito que os enuncia, sendo apenas representações subjetivas, analisáveis como fatos que se passam na mente (psicológicos), mas não como parte da estrutura do mundo, das relações entre objetos que formam o que é ou pode ser empírico. Dizer: “o banco é branco” é algo com sentido, porque verificável. Dizer: “o banco branco me causa felicidade” é enunciar um fato psicológico, mas não um fato ou uma qualidade conceitual do banco (CARNAP, 1975).

As coisas não se passam de modo distinto no que tange à discussão sobre valores. Pode-

definição de “verdade” (KELSEN, 1998a). Essa concepção já havia aparecido na sua discussão sobre a diferença entre ciência e política (KELSEN, 2001c), ao afirmar que a ciência não deve interferir nos valores ou na determinação da ordem social. Essas são decisões de caráter subjetivo (preferências sobre o bem e o mal), enquanto a ciência lida com a descrição de fatos, suas condições de verdade, o que nada tem a ver com preferências sobre como as coisas devem ser. Assim a ciência se mantém independente da política. Segundo Kelsen (2003a), o uso do discurso científico para fins políticos macula a ciência e se transforma em suporte de ideologias. A avaliação sobre a legitimidade ou a correção valorativa de tal sistema não seria papel da ciência jurídica, mas apenas a descrição de um ordenamento jurídico válido – sua linguagem, portanto, refere-se ao mundo do *ser*, porque descreve um dado empírico e suas proposições podem ser verificadas (ver WARAT, 1995). Cabe notar, todavia, que Vernengo (1996) discute em que medida Kelsen assumiu essa concepção de verdade, e sustenta que ele faz a equivalência da validade como critério de verdade indireta, o que o leva a concluir que a noção final de Kelsen é de verdade por convenção.

¹⁷ Essas funções deônticas são intercambiáveis, porque sempre que o sujeito está numa posição há algum tipo de obrigação estabelecida. Se alguém tem uma permissão, os demais são obrigados a não o impedir. Ou se alguém é proibido de fazer algo, significa que está obrigado a não praticar a ação. Por isso Bobbio (2005) faz sua análise das possibilidades de regulação de conduta com base no conceito de obrigação. Essa descrição das relações formais das funções normativas é essencial para a compreensão do direito, porque o raciocínio e a decisão jurídicos sempre pretendem identificar qual a função deôntica envolvida: se a conduta é permitida, proibida ou obrigatória. A atual teoria do direito, para incrementar a capacidade de raciocínio jurídico no processo de decisão, vê o direito como sistema aberto ou cujas normas não estão todas expostas ou que, apesar de expostas, direcionam um conteúdo, sem especificar condutas em abstrato. Nessa linha, têm sido admitidos os chamados princípios jurídicos: normas exigíveis que não regulam condutas em abstrato (característica das regras), possibilitando estabelecer, em cada situação, qual função deôntica regula a ação, permitindo que o aplicador sempre possa recorrer à racionalidade normativa que condiciona sua atividade cognitiva. Robert Alexy (2002) desenvolve toda a sua teoria dos direitos fundamentais a partir dessas bases formais da estrutura e função da norma jurídica.

¹⁸ Derivada da tese do isomorfismo entre lógica da linguagem e forma lógica do mundo de Wittgenstein (1994).

se tentar dar a aparência de descrição para o uso de valores morais, como quando se diz: “matar é mau”. Mas a morte é um acontecimento do mundo, não é boa nem má. É o sujeito valora. É nesse sentido que Wittgenstein (1994) afirma que a ética não está no mundo, mas no sujeito (este, como subjetividade, também está fora do mundo, porque o que ele quer não define a realidade). Então, o enunciado “matar é mau” não é uma descrição de um fato, mas modo de travestir o comando “não se deve matar”, uma vontade travestida na forma gramatical de descrição de fatos. Por isso, frases como “matar é mau” são pseudoproposições (um “sem-sentido teórico”)¹⁹, enunciados com a forma gramatical de descrições, mas que têm outro significado, não se referem a acontecimentos da realidade, porque não passam pelo teste de verificabilidade (CARNAP, 1935).

É claro que valores existem, como avaliações produzidas pelas pessoas e como conteúdos de normas e comandos que são seguidos. Como tais, são apreensíveis e descritíveis. No entanto, o problema da ética é que ela pretende dar as condições universais dos valores, ou como calculá-los atribuindo-lhes peso e relevância. A Ética, como teoria, pretende dizer os valores necessários do mundo. Contudo, valores não decorrem e não criam relações necessárias de causa e efeito, nem abarcam a totalidade do mundo²⁰. Entendido esse ponto, é possível dizer com Wittgenstein (WAISSMANN, 1973) que, se a ética pertencesse à realidade, o descumprimento de um valor teria alguma consequência espontânea e necessária, mas não é o que acontece. Para valores terem efeitos, é preciso conectá-los com outras ações, que lhes imporão prêmios ou castigos.

Essas considerações demonstram a separação entre ser e dever ser e mostram porque Kelsen entende as normas como função do querer, não do conhecer²¹. Assim, normas se podem existir se houver critérios para que elas sejam aceitas como obrigatórias por seus destinatários, o que significa que é preciso considerar o conceito de autoridade. Como funções do querer

¹⁹ Os neopositivistas insistem na diferença entre a estrutura gramatical – que pode ser enganadora do sentido – e estrutura lógico-sintática, ou seja, a função que cada signo exerce na linguagem, algo que Kelsen segue à risca. Por exemplo, ao diferenciar ciência e política, Kelsen (2001c) assume que fazem parte da ciência proposições que relacionem meio e fim, pois indicam relação de causalidade (a proposição descreve como o meio ocasiona o fim). Porém, não pode ser função da ciência determinar o fim, pois ele é um valor. Ainda que a proposição esteja na estrutura descritiva (“o objetivo ou o fim do ser humano é tal e qual), a sentença, na verdade, veste a pressuposição de uma norma (“*deve-se* atingir tal fim), ou seja, é prescrição na forma gramatical descritiva.

²⁰ O que, para Wittgenstein (1994), só pode ser feito por expressões formais da lógica: a tautologia (proposição que abarca todas as possibilidades do mundo – “chove ou não chove”) e a contradição (que elimina todas as possibilidades do mundo – “chove e não chove”).

²¹ A separação é absoluta e não há que se falar em conteúdos éticos presentes no mundo como necessidades a serem buscadas e que condicionam as valorações positivas ou negativas dos fatos (LACLAU, 1996). Kelsen está próximo da ideia de Wittgenstein (1994) de que a ética não está no mundo, e aceita completamente o posicionamento neoempirista de que os valores são percepções subjetivas, enquanto condutas são fatos objetivos. Essa postura faz com que o modelo da teoria pura do direito sofra sérias restrições no meio jurídico, acusada de ser uma “teoria logicista do direito positivo”, alheia a questões de valores (ver KELSEN, 1998d).

derivadas de atos de autoridade, os valores que as normas trazem dependem dos valores da autoridade reconhecida. A única opção para a existência de valores universais seria a existência de uma autoridade universal, o que obviamente é refutado pela realidade: as sociedades são plurais e têm suas próprias concepções de deuses e de natureza, com distintos valores, sem que se possa provar que existem ou que há hierarquia entre elas (KELSEN, 1998b).

Kelsen (1998b), por sua vez, entende o ato de dar normas como função do querer, não do conhecer, porque pretende estabelecer o que deve ser. Um dever necessita alguma autoridade reconhecida que o imponha (a norma que diz que tal autoridade seja obedecida deve poder ser identificada por um terceiro não participante da relação). A imposição só fará sentido caso haja a possibilidade de coação. Autoridades distintas estabelecerão conteúdos distintos. Os valores só seriam os mesmos se existisse autoridade transcendental que regulasse toda a humanidade. Mas as sociedades têm deuses, culturas ou valores diferentes, todos com pretensão de validade e verdade e é impossível demonstrar racionalmente qual é a superior ou melhor.

Sem autoridade única que determine valores universais e sem valores necessários na natureza, não há que se falar em busca de conteúdos obrigatórios para as normas ou para os ordenamentos jurídicos. É impossível à ciência do direito encontrar os valores imprescindíveis do direito, ela só pode identificar os valores presentes na ordem jurídica positiva. Sem valores únicos que sirvam de padrão para a regulação de condutas entre os sujeitos, também não há como estabelecer o justo. Direito natural e justiça são impossibilidades teóricas e empíricas²². Ainda que se possa desejar buscar a realização da justiça, ela é sempre parcial e momentânea e a pergunta sobre sua essência é um pseudoproblema: uma pergunta só pode ser feita onde é possível uma resposta. Os valores morais, portanto, proveem de decisões, e as teorias do direito natural e da justiça nada mais seriam que tentativa de impedir discussões sobre eles e de impor sua obrigatoriedade como resultado da razão, e os que discordam estariam agindo irracionalmente. A pretensão da ciência do direito de dizer o que é bom e justo é arbitrariedade travestida de teoria²³.

A consequência coerente sobre os limites do conhecimento é o relativismo moral e da justiça. Se, por um lado a teoria de Kelsen impede que se pensa a moral no direito, ela obriga a

²² O direito natural aparenta dar justificação racional aos valores que certos autores querem impor ou defender, assimilando suas percepções à verdade científica, afinal, se algo é natural, então é verdadeiro e, portanto, necessário. Segundo Kelsen (2001b), o direito natural é uma mentira útil a quem tem o poder político, porque pretende impor valores dando impressão de verdades universais. As doutrinas do direito natural são, portanto, justificações para a manutenção incontestada de modelos jurídicos estabelecidos.

²³ Para Carnap (1935), muitas confusões sobre o conhecimento derivam de perguntas mal formuladas, com uso inadequado da sintaxe lógica da linguagem. Wittgenstein (1994) já havia dito que uma pergunta só pode ser feita onde há uma resposta, referindo-se às possibilidades de combinações lógicas que figuram um objeto do mundo. Já Kelsen (1998b) diz que o problema do conhecimento está em formular perguntas que podem ser feitas com sentido.

considerar a relatividade dos valores e a pluralidade de opiniões e visões de mundo. Buscar o fundamento da vida social e valores absolutos, verdadeiros, é querer impor uma posição e buscar se eximir da responsabilidade da tomada de decisão a seu respeito, afinal, se um valor é natural e provém de uma autoridade transcendental, aquele que decide é só um aplicador de conteúdos pré-determinados e um realizador da verdade. Os infortúnios são mera consequência da natureza das coisas ou da vontade de entidades sobrenaturais e a discordância é o desvio do bom e do justo e a incompreensão da verdade, coisas que devem ser eliminadas da vida social. (KELSEN, 1998b). O que o relativismo mostra é que a regulação de valores e da vida social é decisão que poderia ser diferente, sendo que nós somos responsáveis por elas e por suas consequências. E decisões que vinculam a todos os submetidos às autoridades são de caráter político, não moral. A pretensão de caráter universal de tais decisões apenas traveste a tentativa de impor ideologias como se fossem verdades e mascara que são escolhas, não resultados da razão universal compartilhada por todos os seres humanos. Assim, as decisões normativas devem ser entendidas como disputas no campo do poder.

A consequência não pode ser outra senão abandonar teorias jusnaturalistas ou a busca da aplicação correta do direito²⁴ e discutir qual modelo político é adequado para tomar decisões coletivas. A tentativa de buscar teorias que definam a verdade ou a justiça leva a modelos de decisão autoritários, já que da pretensão de conhecimento ou de valor absolutos decorrem pretensões de modelos de decisão absolutistas. O contrário acontece com a compreensão de que o conhecimento e os valores são relativos: os modelos possíveis são de resultados relativos e precários, sem buscar impor verdades e valores únicos (KELSEN, 2000a; SCHMILL, 2003)²⁵.

O relativismo de Kelsen demonstra: que a sociedade é plural; que não há verdades ou valores absolutos; que são possíveis diversas visões de mundo e formas de vida e que todas elas podem reivindicar a legitimidade de existirem. Deixar que apenas uma delas prevaleça é arbitrário, mesmo que seja majoritária, porque a maioria é só um dos critérios possíveis de decisão e ela, sozinha, não justifica a exclusão das demais propostas sobre o que é o interesse comum, dando-se o direito intrínseco de excluir ou impedir as demais. O critério majoritário indica a maior quantidade de preferências em certa circunstância, mas é necessário que os que

²⁴ Kelsen (1997; 1998a), recusa a possibilidade de uma teoria da interpretação que seja capaz de dar a única resposta correta e afirma que mesmo a aplicação de normas abstratas a casos específicos é criação de norma concreta que depende, em algum grau, da escolha de preferências pelo aplicador.

²⁵ Kelsen (2000b) correlaciona absolutismo filosófico e político e relativismo filosófico e político. O filósofo absolutista pretende um conhecimento universal transcendental. Logo, aquele que atinge a verdade única deve decidir o que é correto para os demais, que, se discordam, estão em erro. O relativista parte do saber precário e da igual capacidade de conhecer, o que leva ao compromisso sobre a decisão política, já que reconhece que pode estar em erro e precisa considerar a opinião dos demais.

ficaram entre as minorias tenham a real chance de conquistar a adesão de novos sujeitos e se tornarem majorias. Assim, majorias não deveriam decidir sozinhas e minorias não deveriam determinar a vida de todos nem impedir mudanças nas escolhas de majorias (KELSEN, 1998b).

A separação entre ser e dever ser não impede apenas propostas teóricas de cunho metafísico, mas também as ontológicas, sociologistas ou historicistas. Se a realidade é determinada por relações causais, não há essências que a determinem, muito menos valores. Se de fatos não se pode derivar normas, de comportamentos sociais ou percursos históricos não se pode identificar a natureza de um povo ou de uma sociedade para a construção dos seus direitos e deveres²⁶. Por mais que normas possam ser identificadas a partir de processos históricos ou sociais, como não são necessárias, sempre podem ser mudadas, e segui-las ou alterá-las são decisões políticas contingentes (KELSEN, 2003b).

A forma de impedir qualquer tipo de autoritarismo não é realizando a moral ou a justiça, mas organizando a vida política por meio de uma constituição que garanta a maior quantidade possível de representação social (sistema eleitoral proporcional); livre concorrência de partidos que organizem os anseios diversos da população, disputando oportunidades institucionais de defenderem suas posições e em condições de concorrência equilibrada; formação de majorias a partir de acordos de grupos distintos com compromissos de governo; participação das minorias com representação com possibilidade de intervir e atrapalhar os processos de decisão para que sejam ouvidas e consideradas; separação dos poderes (com o executivo adstrito ao princípio da legalidade e o legislativo respeitando o pluralismo político) para que não haja abusos no exercício das competências institucionais (freios e contrapesos); proteção de minorias no corpo da população, com ou sem representação institucional, para que majorias circunstanciais não aproveitem as oportunidades de comando para as excluam do convívio social e político; garantia de liberdades fundamentais (individuais, políticas, econômicas e de crença, com as competências do estado reduzidas ao mínimo) para que cada indivíduo possa escolher e manifestar sua visão de mundo (KELSEN, 2000a; 1998b). Em poucas palavras, o modelo constitucional contra a arbitrariedade proposto por Kelsen não é a utópica realização da razão moral universal, mas a real e pragmática organização de uma democracia liberal consensual²⁷.

Para que essa organização seja possível, a constituição deve ser vista como estrutura jurídica de organização da democracia, não como afirmação ou realização de valores universais, da unidade e identidade do povo ou do bem comum, conceitos que não passam de ilusões. Os

²⁶ As discussões mais simbólicas contra essas tendências intelectuais são com Carl Schmitt (KELSEN, 2003a) e Rudolf Smend (KELSEN, 2003b).

²⁷ Kelsen trabalhou o problema da democracia consensual, tal como viria a ser definida por Lijphart (2019).

processos de decisão política precisam estar submetidos à constituição, ela é soberana. Para que isso seja possível, os poderes políticos de decisão não podem ser os próprios intérpretes da constituição, pois a ninguém é dado ser juiz em causa própria, seja porque podem entrar em conflito entre si, seja porque podem se alinhar de forma a desconsiderarem seus limites institucionais. É necessário um terceiro desinteressado para decidir questões que digam respeito à aplicação e proteção da ordem constitucional (KELSEN, 2003a).

Para garantir o equilíbrio dos poderes e a preservação de direitos de minorias, é necessário órgão especializado na aplicação da ordem constitucional democrática, freando os poderes políticos²⁸. Como é atividade de aplicação da ordem normativa institucional, ela só poder ser atividade jurisdicional. Não pode estar distribuída em todo judiciário, porque exige preocupação com o equilíbrio político-institucional (e responsabilidade com ela), celeridade na solução da demanda constitucional e unidade na resposta, sem depender de toda cadeia recursal até que o órgão jurisdicional de última instância, com decisões conflitantes até o trânsito em julgado. Além disso, é poder com função de decisão política, não técnica, no sentido habitual da aplicação do direito, porque tem a competência de impedir a ação legislativa dizendo o que não pode ser lei, o que é espécie de poder legislativo negativo (KELSEN, 2003a).

A constituição não protege os valores consubstanciados socialmente ou descobertos pela razão universal. Unidade do povo e do interesse e identidade histórica são ficções. Caso deseje-se honestamente garantir a convivência e a harmonia de todos, deve-se partir do pluralismo político e social, não o eliminar como indesejável. A constituição, assim, deve organizar as instituições políticas o equilíbrio de forças políticas e sociais, aumentando o grau de participação de interesses e visões de mundo. Isso deve ser feito pelo processo político e protegido por órgão jurisdicional especializado, em cujo processo decisório seja garantida a pluralidade de visões e representações sociais que o modelo busca preservar, o que pode ser feito por meio do modelo do processo judicial litigioso (KELSEN, 2000a).

Dessa forma pode-se dar um conceito pragmático de justiça²⁹: garantia da paz, liberdade e tolerância (KELSEN, 2001a). Claro que outros modelos políticos são possíveis, mas eles abrem as portas para o autoritarismo, quando não são eles próprios ditatoriais. Por trás do formalismo de Kelsen na sua construção da ciência jurídica está uma teoria da democracia abrangente e atual, estruturada a partir do positivismo epistemológico, do relativismo ético e da impossibilidade da justiça universal.

²⁸ Kelsen é o criador da jurisdição constitucional, que se torna uma das características identificadas por Lijphart (2019) da democracia consensual.

²⁹ Kelsen deixa claro que essa é a *sua opinião*, não um conceito teórico com pretensão de universalidade.

5. CONCLUSÃO.

A desconfiança na política como atividade profissional e a falta de resultados materiais para a melhoria de vida da população destinatária das decisões institucionais tem levado à desconfiança e à queda do preço à democracia. O fenômeno não é restrito a países pobres ou em desenvolvimento, pois os países desenvolvidos têm passado por crises políticas, de segurança e econômicas, o que leva à restrição de direitos políticos, sociais e individuais. A reação é o crescimento de propostas populistas e iliberais, com apelo ao público à votação em favor de projetos milagrosos e personagens que se apresentam como salvadores.

A consequência é a visão da democracia como um valor, algo que, diante de outros valores ou desejos, pode ser relativizado, suspenso ou eliminado em benefício de um interesse maior. Isso se agrava quando as instituições de controle, ao tentarem frear os impulsos antidemocráticos, são vistos como impeditivos para as promessas de salvação, sofrendo reações populares e sendo atropeladas pelos governantes. A democracia iliberal torna-se o modelo reivindicado ou aceito, prometendo a relação direta entre o líder salvador e o povo necessitado. Quando tal acontece, as instituições ou são ignoradas ou se alinham na violação aos limites normativos formais e materiais que lhes são impostos. Os que discordam das receitas salvadoras ou que não integram a visão de mundo do público a ser salvo são vistos como inimigos ou como membros indesejados da comunidade.

Uma vez que esse processo se desenvolve, os direitos que impediriam a realização das necessidades e visões de mundo da maioria são vinculados a abusos ou arbitrariedade do grupo tornado inimigo, a serem eliminados e abrindo espaço para as imposições dos salvadores, na lógica do “agora é a vez do povo”. Os direitos fundamentais deixam de ser conteúdos materiais limitadores de decisões sobre grupos e pessoas e tornam-se valores duvidosos que servem a marginais ou inimigos do povo.

Entretanto, por mais que a democracia, na prática social, possa ser tratada como valor e ser mensurado diante de outros, ela não pode ser contestada como condição pragmática para a inclusão de todos os que convivem em sociedade, porque ela permite a inclusão e consideração de todas as visões de mundo e divergências morais e políticas. Para isso, a democracia deve ser a de modelo liberal: juntamente com a participação política e critérios majoritários de decisão (participação popular), garante liberdades individuais e de identidade – direitos civis, com grande capacidade de controle do exercício do poder de coerção. Outros regimes políticos (mesmo democracias iliberais), têm tendências autoritárias, seja por busca de imposições puramente majoritárias, seja pretensões totalizantes de valores, com a consequente exclusão e

eliminação das divergências.

Como a política cotidiana tem deixado de apresentar os resultados esperados pelos destinatários da decisão (sociais, jurídicos, políticos e econômicos) e com os escândalos de conduta por parte dos agentes políticos, o apreço pela democracia tem decaído em todo o mundo ocidental, com a conseqüente admissão (ou mesmo reivindicação) de regimes de tendência autoritária. Necessário se faz, então, demonstrar que a democracia liberal é o regime político mais adequado para a ordenação da vida coletiva, mesmo que momentaneamente não esteja levando aos resultados pretendidos.

A afirmação acima pode ser sustentada ao se considerar que a democracia, de tipo liberal e consensual, é o melhor regime para lidar com as divergências, a pluralidade e a complexidade da vida social. Considerando que a sociedade não é homogênea, que as representações e posições sociais dificilmente formam maiorias claras e que mesmo maiorias podem ser arbitrárias, é preciso deixar de tratar a democracia como um bem e passar a tratá-la como forma de garantir a participação de todos e o equilíbrio de forças e interesses múltiplos e indeterminados. O pensamento político pode partir dessas características como um axioma, ou pode buscar um modelo teórico que demonstre porque as coisas são assim.

Transformar o pluralismo em axioma corre o risco de tratá-lo como mais um valor moral, a ser preterido por outros valores considerados mais importantes em novas circunstâncias práticas, principalmente em momentos de crise. Já a tentativa de demonstração teórica do pluralismo tem a vantagem de apresentá-lo como condição pragmática aplicável a todos, afastando a pretensão de que a democracia liberal seja vista como valor, mas sim como critério de decisão sobre valores. Afasta-se da discussão sobre o que é certo ou errado, bom ou mau, e trabalha-se a legitimação da decisão sobre uma perspectiva possível dentre as diversas propostas sobre o certo e o errado, o que é bom ou o mau. A democracia sai do âmbito da avaliação e passa a ser o método político de se fazer a escolha da decisão; ela pode ser a estrutura da decisão, em lugar de uma das opções disponíveis à decisão.

Uma das maneiras possíveis de se chegar a esse resultado é partindo-se da filosofia analítica da linguagem e sua recusa da metafísica, com a demonstração de que valores morais têm sempre caráter subjetivo e não fazem parte do mundo empírico. Essa consideração leva à perspectiva de que valores são criações humanas e, portanto, a escolha sobre eles não é racional, entendida como a identificação universal dos processos de inferência sobre o bom e o justo, mas sempre processo de decisão, de caráter precário, mutável e parcial – uma escolha entre outras possíveis que poderiam ser tão boas e adequadas quanto a que foi feita. As limitações identificadas pelo positivismo lógico ao raciocínio sobre valores demonstram a

separação entre ser e dever ser e tira a moral do campo do conhecimento e o joga para a política.

No campo do direito, o autor que melhor compreendeu esse problema foi Hans Kelsen, de modo que, se se pretende justificar a democracia como meio de decisão, ele apresenta teoria que pode ser retomada para responder à crise de justificação da democracia liberal hoje. Kelsen buscou demonstrar como o direito é fenômeno social de formação de normas de condutas reconhecidas como exigíveis, bem como é possível descrevê-las como oriundas de processos psicológicos ou sociais, mas também como conteúdos frutos de decisões cuja estrutura lógica e condição de criação e aplicação são apreensíveis pela razão. Nessa postura puramente descritivista de conteúdos e estruturas formais, Kelsen demonstra que normas jurídicas podem ser o objeto de uma ciência que apreende e esclarece sua estrutura, conteúdo e correção ou diferenciação de outras normas.

No entanto, o jurista austríaco não se reduz à elaboração das condições de uma teoria pura do direito (única científica em seu entendimento), mas demonstra como o que define a abordagem da pureza metodológica também permite a compreensão das condições e processos de decisão política. A separação entre ser e dever ser, vinda da epistemologia positivista do século XX, o faz reconhecer a inclusão de valores no direito como advinda de decisões e, na medida em que valores são relativos e não podem ser fundamentados como independentes da vontade humana, não é possível pretender derivar decisões de conteúdos pré-determinados, como processos de inferências derivados de silogismos bem estruturados. Decidir é escolher e, se não é possível garantir o conteúdo da escolha, é imprescindível que a maneira da escolha seja controlada, de forma que não seja mera imposição, mas que dê a chance de participação, controle e capacidade de alteração por parte de todos os envolvidos. Maiorias, valores transcendentais, necessidade histórica e unidade de espírito ou cultural nada mais são do que formas de escamotear a escolha e esconder o fato de que poderia ser diferente, de que outras possibilidades eram válidas.

Para fugir da arbitrariedade, a vida social deve permitir decisões com representação das diversas visões de mundo e dos diversos interesses em jogo; a formação de maiorias que representem algum consenso entre grupos que conciliaram resultados; a possibilidade de formação de outras maiorias que venham a alterar os resultados anteriores; a concorrência política que não exclua e dê condições de manutenção das minorias; uma estrutura jurídica que normatize a institucionalização de tal ordem política e formas de proteção contramajoritárias que impeçam a derrubada do modelo. Compreendidos o porquê de o direito ser conjunto de normas, como normas são frutos de decisões e como valores são relativos, não alternativa à democracia liberal consensual, a não ser que se admita a arbitrariedade.

6. REFERÊNCIAS.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: Editora UnB, 1997.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. revista, Bauru: EDIPRO, 2005.

BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

CARAMANI, Daniele. Introduction to Comparative Politics. In: CARAMANI, Daniele (ed.). **Comparative Politics**. 3rd. edition. Oxford: Oxford University Press, p. 1-17, 2014.

CARNAP, Rudolf. **Philosophy and logical syntax**. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd, 1935.

_____. Pseudoproblemas na filosofia. In: **Moritz Schlick; Rudolf Carnap; Karl Popper**. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, p. 149-175 (Coleção “Os Pensadores”), 1975.

_____. Testabilidade e significado. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schlick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1988.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **How Democratic Is the American Constitution?**. 2nd. edition. New Haven and London: Yale University Press, 2003.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FREGE, Gotlob. Sobre o sentido e a referência. In: _____. **Lógica e filosofia da linguagem**. São Paulo: Cultrix/Edusp, p. 59-86, 1978.

HAHN, Hans; NEURATH, Otto; CARNAP, Rudolf. La concepción científica del mundo: el Círculo de Viena. **REDES: Revista de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología**, vol. 9, n. 18, Buenos Aires, p. 103-149, 2002.

JESTAEDT, Matthias. Introdução à autobiografia de Hans Kelsen. In: KELSEN, Hans. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

KELSEN, Hans. Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. In: KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura**. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda, 1952.

_____. **General theory of norms**. New York: Oxford University Press, 1991.

- _____. **Teoria geral do direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. Sobre a teoria da interpretação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 1997.
- _____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- _____. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- _____. “Foreword” to the second printing of *Main Problems in the Theory of Public Law*. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, p. 03-22, 1998c.
- _____. The pure theory of law, ‘Labandism’, and neo-Kantism. A letter to Renato Treves. In: PAULSON, Stanley L.; PAULSON, Bonnie Litchewski (eds.). **Normativity and norms – critical perspectives on Kelsenian themes**. Oxford: Clarendon Press, p. 169-175, 1998d.
- _____. Essência e valor da democracia. In: _____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.
- _____. Absolutismo e relativismo na filosofia e na política. In: _____. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.
- _____. O que é justiça? In: _____. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001a.
- _____. A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência. In: _____. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001b.
- _____. Ciência e política. In: _____. **O que é justiça?**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001c.
- _____. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003a.
- _____. **O estado como integração**. São Paulo: Martins Fontes, 2003b.
- _____. Autobiografia. In: _____. **Autobiografia de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2011.
- LACLAU, Martín. El influjo neokantiano en el pensamiento de Kelsen. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 9-31, 1996.
- LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.
- MAIR, Peter. Democracies. In: CARAMANI, Daniele (ed.). **Comparative Politics**. 3rd edition. Oxford: Oxford University Press, p. 79-95, 2014.
- MORLINO, Leonardo. ¿Cómo analizar las calidades democráticas?. In: XAVIER, Lúcia;

AVILA, Carlos F. Dominguez (orgs.). **A qualidade da democracia no Brasil**: questões teóricas e metodológicas da pesquisa Curitiba: CRV, 2016.

NEURATH, Otto. Propositiones protocolares. In: AYER, A. J. *El positivismo lógico*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **A reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, p. 547-582, 2003.

QUINE, Willard van Orman. Main trends in recent philosophy: two dogmas of empiricism. **The Philosophical Review**, vol. 60, n. 1, p. 20-43, 1951.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**. Brasília: Editora UnB, 1996.

SCHLICK, Moritz. O fundamento do conhecimento. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1988a.

_____. Sentido e verificação. In: SCHLICK, Moritz; CARNAP, Rudolf. **Schilick/Carnap**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural (Coleção “Os Pensadores”), 1988b.

SCHMILL, Ulises. Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen. **Doxa: cuadernos de filosofía del derecho**, n. 26, p. 583-608, 2003.

SIMON, Henrique Smidt. A Tensão entre constitucionalismo e exceção: a ordem estatal sobreposta aos direitos fundamentais. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 49, jul./dez. 2016, p. 43-85. DOI: 10.17808/des.49.530

SMITH, Peter H.; ZIEGLER, Melissa R. Democracias liberal e iliberal na América Latina. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, n. 2, novembro 2009, p. 356-385, 2009. DOI: 10.1590/S0104-62762009000200004.

STADLER, Friedrich. **El Círculo de Viena**. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2010.

VERNENGO, Roberto José. Alrededor del problema de la verdad en Kelsen. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 85-101, 1996.

WAISMANN, Friedrich. **Ludwig Wittgenstein y el Círculo de Viena**. Ed. B. F. McGuinness. México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

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

_____. **O direito e sua linguagem** (com a colaboração de Leonel Severo Rocha). 2ª versão/ 2ª edição aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. Trad. Luiz Henrique Lopes dos

Santos, 2. ed. São Paulo, Edusp, 1994.

Submissão: 03/05/2020. Aprovação: 16/08/2023.