

## STF, Kelsen e a Proteção das Minorias: O uso, pelo Supremo Tribunal Federal, da Teoria Política de Kelsen na construção da defesa da jurisdição constitucional como forma de proteção das minorias<sup>1</sup>

*STF, Kelsen and the Protection of Minorities: The Use by the Brazilian Supreme Court (STF) of Kelsen's Political Theory when Constructing the Defense of Constitutional Review as a Way of Protecting Minorities*

Ícaro Fellipe Alves Ferreira de Brito<sup>2</sup>  
*Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno<sup>3</sup>  
*Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*

### Resumo:

O presente trabalho, que visa ampliar o conhecimento sobre o aparato judiciário brasileiro, evidencia certa recepção, no Brasil, de Hans Kelsen (1881-1973) como teórico-político. O trabalho começa identificando um significativo número de citações a Kelsen em votos no STF. Percebe-se que, dentre essas citações, a democracia constitui um dos temas mais presentes. De modo geral, essas citações se concentram em elementos específicos das construções teóricas kelsenianas, mais especificamente o argumento do papel da jurisdição constitucional como instrumento de proteção das minorias. Assim, embora não seja possível afirmar um alinhamento de ordem sistêmica entre o STF ou seus membros e o pensamento de Kelsen, pode-se concluir que o conjunto das citações a Kelsen, no STF, individualmente relacionadas neste trabalho, sinaliza certa relevância da teoria kelseniana na construção da defesa da jurisdição constitucional como instrumento de proteção das minorias. Pode-se inclusive concluir que as citações à teoria da democracia de Kelsen constituem uma evidente tentativa do STF de legitimar e validar seu próprio poder, enfatizando o papel contramajoritário a ser exercido pelo judiciário na organização do estado democrático brasileiro. Utilizando metodologia de revisão bibliográfica, fez-se consulta às traduções das obras de Kelsen disponíveis no mercado editorial brasileiro que tratam do tema objeto da pesquisa, além de publicações acadêmicas especializadas. Valendo-se da metodologia de análise documental, fez-se a identificação das citações a Kelsen em decisões do STF envolvendo o período 1977 a 2021 (data inicial que leva em consideração a citação mais antiga então identificada; data final que leva em consideração a data de finalização da pesquisa com tabulação dos dados). A ferramenta de pesquisa utilizada foi a busca de pesquisa de jurisprudência do site do STF (portal.stf.jus.br). É importante ressaltar que a referida ferramenta não contempla todas as decisões

---

<sup>1</sup> O presente trabalho constitui revisão e adaptação de parte da dissertação de mestrado do primeiro autor, denominada "A recepção de Hans Kelsen no STF: análise do período 1977 a 2021", defendida perante o Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, sob orientação do segundo autor.

<sup>2</sup> Doutorando e mestre em Direito (PUC Minas). Especialista em Processo (PUC Minas). Professor do curso de Direito da Faculdade de Desenvolvimento do Norte - FADENORTE. Advogado. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES). Membro do grupo de pesquisa "Estudos Kelsenianos" vinculado à Universidade Federal de Minas Gerais e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2285122110248875). E-mail: dir.icaro.brito@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9856173366358994>.

<sup>3</sup> Professor dos Cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas. Professor Titular de Teoria e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

do tribunal e votos de seus membros, de modo que o levantamento feito não espelha de forma absoluta todas as menções a Kelsen no STF no período abordado.

**Palavras-chave:**

Supremo Tribunal Federal - STF. Hans Kelsen. Democracia. Proteção das minorias. Jurisdição constitucional.

**Abstract:**

The present work aims to contribute to the knowledge about the Brazilian judicial branch by putting into focus a certain reception, in Brazil, of Hans Kelsen (1881-1973) as a theoretical-political author. The work begins by identifying a significant number of quotations from Kelsen in the Brazilian Supreme Court (STF). It is noted that, among these quotations, democracy is one of the most mentioned. In general, these quotations focus on some elements of Kelsen's theoretical constructions, more particularly the argument of the role of constitutional review as an instrument for the protection of minorities. Thus, although it is not possible to state a systemic conformity between STF or its members and the Kelsen's thought, it can be concluded that the set of quotations from Kelsen, in STF, individually listed in this work, indicate a certain relevance of Kelsen's theory in the construction of the defense of the role of constitutional review as an instrument for the protection of minorities. It can even be concluded that the quotations from Kelsen's theory of democracy are a clear attempt by the STF to legitimize and validate its own power, emphasizing the counter majoritarian role to be played by the judiciary branch in the organization of the Brazilian democratic state. Using document analysis, the work identifies quotations from Kelsen between 1977 and 2021 (initial date in which the oldest quotation from Kelsen was found; final date which refers to the end of the period of data tab). The research tool used was STF's search machine (portal.stf.jus.br). It is important to stress that such tool does not include all the opinions and decisions pronounced by the court or its members, so that the research does not reflect all the quotations from Kelsen at STF during the period of the research.

**Keywords:**

Brazilian Federal Supreme Court. Hans Kelsen. Democracy. Protection of minorities. Constitutional review.

## INTRODUÇÃO

Hans Kelsen (1881-1973) é um autor de grande relevo para as reflexões contemporâneas brasileiras, especialmente no âmbito do direito e da política, sobretudo em função de seus escritos publicados, ao longo do século XX, sobre diversos temas das ciências humanas, sociais e da filosofia. Considerando o vigor da obra de Kelsen e de sua recepção no Brasil, o estudo de sua obra vai muito além do cunho estritamente histórico.

A dimensão da recepção de Kelsen no Brasil pode ser facilmente percebida pelas inúmeras citações em trabalhos acadêmicos e publicações em geral, sendo igualmente também inúmeras as menções ao seu nome nas mais diversas comunicações em eventos jurídicos. Seu expressivo relevo também pode ser aferido em razão da grande quantidade de livros de sua autoria traduzidos para o português, sendo que atualmente estão disponíveis no mercado editorial brasileiro dezenove livros de autoria de Kelsen, conforme segue descrito em tabela abaixo elaborada a partir de pesquisa em sites brasileiros:

**Tabela 1** - Traduções de livros de Kelsen disponíveis no mercado editorial brasileiro

Índice	Título da obra	Edição	Editores
1	Teoria geral das normas	1ª ed. 1986	Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre
2	O que é justiça?	3ª ed. 2001	Martins Fontes, São Paulo
3	A ilusão da justiça	4ª ed. 2008	Martins Fontes, São Paulo
4	Teoria pura do direito	8ª ed. 2009	Martins Fontes, São Paulo
5	O problema da justiça	5ª ed. 2011	Martins Fontes, São Paulo
6	A paz pelo direito	1ª ed. 2011	Martins Fontes, São Paulo
7	Sobre a teoria das ficções jurídicas	1ª ed. 2012	Via Verita, Rio de Janeiro
8	Jurisdição constitucional	3ª ed. 2013	Martins Fontes, São Paulo
9	Teoria pura do direito	9ª ed. 2013	Revista dos Tribunais, São Paulo
10	Teoria geral do direito e do Estado	5ª ed. 2016	Martins Fontes, São Paulo
11	A democracia	3ª ed. 2019	Martins Fontes, São Paulo
12	A justiça e o direito natural	2ª ed. 2019	Almedina, São Paulo
13	Teoria pura do direito	8ª ed. 2009	Almedina, São Paulo
14	Teoria pura do direito	1ª ed. 2021	Forense Universitária, Rio de Janeiro
15	A teoria comunista do direito	1ª ed. 2021	Contracorrente, São Paulo
16	A teoria do estado de Dante Alighieri	1ª ed. 2021	Contracorrente, São Paulo
17	Direito internacional e Estado soberano	2ª ed. 2021	Martins Fontes, São Paulo
18	O Estado como integração: um confronto de princípio	2ª ed. 2022	Martins Fontes, São Paulo
19	Sociedade e natureza: uma investigação sociológica	1ª ed. 2022	Contracorrente, São Paulo

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 45.

Segundo Velloso,

Em razão da influência teórica e prática de sua obra, Kelsen tornou-se um dos pensadores mais importantes do século XX. No Brasil, sua presença se verifica na profusa produção analítica que tem seu pensamento como objeto, ou que o mobiliza como aporte para reflexão de problemas teóricos e práticos. Kelsen também recebe imensa atenção editorial, tendo muitos de seus livros sido disponibilizados para o leitor brasileiro, os quais constantemente recebem novas reimpressões [mas comumente tratadas como novas edições] (Velloso, 2014, p. 199).

Corroborando isso, identifica-se grande número de citações a Kelsen no STF. Em recente estudo realizado com levantamento das citações no STF, embora de forma não exaustiva, envolvendo o período de 1977 a 2021, identificou-se significativo volume de citações a obras de Kelsen, conforme descrito na tabela abaixo<sup>4 5</sup>:

**Tabela 2 - Obras de Kelsen citadas no STF (1977-2021)**

Índice	Título da obra	Número de citações
1	Teoria pura do direito (2ª ed.)	74
2	obra não citada	29
3	A garantia jurisdicional da constituição	27
4	Teoria geral das normas	19
5	Teoria geral do direito e do Estado	11
6	Quem deve ser o guardião da constituição?	9
7	Essência e valor da democracia	8
8	Teoria geral do Estado	5
9	A justiça e o direito natural	3
10	A jurisdição constitucional e administrativa	2
11	Principais problemas da teoria jurídica do Estado	1
12	Teoria pura do direito (Trad. J. Crettela Jr. e Agnes Cretella)	1
13	Parecer sobre a constituinte brasileira de 1933/1934	1
14	Princípios de direito internacional	1
		191

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 48.

Foram identificados os três principais temas com menção a Kelsen no STF, a saber: a interpretação do direito, o controle de constitucionalidade e, por fim, a democracia, conforme tabela abaixo:

<sup>4</sup> A base de dados da pesquisa e assim de todas as tabelas a seguir, na forma de projeto do programa Atlas.ti 8, pode ser solicitada através do endereço eletrônico [dir.icaro.brito@gmail.com](mailto:dir.icaro.brito@gmail.com). Os resultados completos da pesquisa podem ser consultados em De Brito, 2022.

<sup>5</sup> As obras *A garantia jurisdicional da constituição*, *Quem deve ser o guardião da constituição* e *A jurisdição constitucional e administrativa* compõem a obra com publicação no Brasil de título *Jurisdição constitucional* (Kelsen, 2013); A obra *Essência e valor da democracia* compõe a obra com publicação no Brasil de título *A democracia* (Kelsen, 2019); As obras *Principais problemas da teoria jurídica do Estado* (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*) e *Princípios de direito internacional* (*Principles of International Law*) não contam com publicação no Brasil (tradução).

**Tabela 3** - Temas tratados no STF com citação a Kelsen (1977-2021)

<b>Índice</b>	<b>Tema citado</b>	<b>Número de citações</b>
1	Interpretação do direito	58
2	Controle de constitucionalidade	53
3	Democracia	27
4	Norma jurídica	23
5	Teoria geral do Estado	14
6	Direito internacional	6
7	Igualdade	5
8	Justiça	1
		<b>187</b>

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 52.

Embora Kelsen pareça se notabilizar mais como publicista e teórico do direito, o que se evidencia pelo maior volume de citações no STF de suas obras nos campos do direito público e da teoria do direito (considerando obras e temas mais citados), sua trajetória biográfica, de um modo geral, considerando sua vida e sua obra, revela seu sério compromisso com a democracia. Assim, não por acaso a democracia constitui um dos temas em que Kelsen é mais lembrado no STF, o que atesta sua relevância enquanto autor teórico-político.

Utilizando metodologia de revisão bibliográfica, fez-se consulta às traduções das obras de Kelsen disponíveis no mercado editorial brasileiro que tratam do tema de pesquisa, além de publicações acadêmicas especializadas. E utilizando metodologia de análise documental, fez-se a identificação das citações a Kelsen em decisões do STF envolvendo o período 1977 a 2021, por meio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência do site do STF (portal.stf.jus.br), valendo ressaltar que a ferramenta não contempla todas as decisões do tribunal, de modo que o levantamento feito não espelha de forma absoluta todas as menções a Kelsen no STF no período abordado.

## **1 DEMOCRACIA EM KELSEN E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS**

Há dezenas de publicações de autoria de Kelsen sobre a democracia, tendo sido catalogado que, entre 1919 e 1963, Kelsen escreveu 34 vezes sobre democracia (Valadão, 2022, p. 296).

Dentre essas várias obras merecem especial destaque duas publicações: *Essência e valor da democracia* (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1ª ed. 1920, 2ª ed. 1929)<sup>6</sup> e *Fundamentos da democracia* (*Foundations of democracy*, de 1955-56).<sup>7</sup> Essas obras contam com tradução para português, compondo partes do livro *A democracia* (1ª ed. 1993).

A obra *A democracia* foi originalmente organizada na Itália e consiste na junção de ensaios e publicações de Kelsen sobre o tema da democracia. *La democrazia* conta com várias edições italianas, sendo que a versão brasileira teve por base a edição italiana, organizada por Giacomo Gavazzi. Tal obra conta com a introdução do organizador, que também foi mantida na edição brasileira.

Para melhor conhecimento da origem da edição italiana, recomenda-se a leitura de interessante reconstrução histórica e analítica realizada por Losano (2013), que remonta à origem da publicação de *La democrazia*, em 1930 (com outro título). Segundo Losano (2013), a obra surgiu como trabalho conjunto do italiano Arnaldo Volpicelli (1892-1968), marcando o começo da difusão do pensamento de Kelsen na Itália. A obra foi muito criticada à época de sua publicação, sobretudo devido ao contexto fascista que vivia a Itália.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o resgate da democracia na Itália, o interesse por Kelsen viu-se renovado. Em 1952, foi publicada a primeira edição alemã da *Teoria pura do direito* (*La dottrina pura del diritto*), sob a tradução de Renato Treves, pela editora Einaudi. Pouco tempo depois Bobbio comentou a obra kelseniana por meio de seus *Estudos sobre a teoria geral do direito* (*Studi sulla teoria generale del diritto*). O período pós-guerra foi cercado de uma série de traduções, sendo inauguradas duas correntes editoriais, uma politológica, elaborada por Nicola Matteucci e Giacomo Gavazzi, e outra filosófica-jurídica, elaborada por Norberto Bobbio e Renato Treves (Losano, 2013).

Ao longo dos anos, o título dessa obra de Kelsen sobre a democracia foi sendo alterado: O título *Democracia e cultura* (*Democrazia e cultura*), de 1955, deu lugar, em 1966, a *Os fundamentos da democracia e outros ensaios* (*I fondamenti della democrazia e altri saggi*), com o objetivo de formar uma obra única e integrar novos ensaios. Após mais de vinte anos da versão denominada *A democracia* (*La democrazia*), foi publicada nova edição confiada a Giacomo Gavazzi, com nova introdução e inclusão das razões da escolha dos ensaios kelsenianos. Em 1995, foi confiada uma nova edição a Mauro Barberis, edição esta que teve várias reedições (Losano, 2013).

---

<sup>6</sup> Sobre a existência de uma primeira edição de 1920 e outra de 1929: *Positivismo jurídico e nazismo* (Valadão, 2022, p. 296).

<sup>7</sup> Sobre a publicação datar de 1955-56, ver *A democracia* (Kelsen, 2019).

Com base nas obras *Essência e valor da democracia* e *Fundamentos da democracia*, parece ser bastante comum qualificar a concepção teórica kelseniana acerca da democracia como de caráter procedimental, metodológico, formal, técnico, ou seja, um processo para criação de normas em um contexto político estruturado para uma espécie de autogoverno.

Nesse sentido, há quem diga que Kelsen entende a democracia como um modelo estritamente formal, instrumento de gestão de interesses comuns e responsável por garantir a maximização das liberdades individuais. Com base nessa lógica, há o protagonismo da participação do povo, por meio da soberania popular, de maneira que o parlamento é o articulador das decisões políticas e deve governar com base na conciliação e negociação entre a maioria e a minoria populacional (Marques, 2005, p. 52).

Gavazzi também entende que Kelsen teria defendido uma posição procedimental de democracia, mas ressalta que ele entende a democracia como técnica capaz de produzir normas de ordenação, confiando ao parlamento eleito, com base no sufrágio universal e no método eleitoral proporcional, tal atribuição (Gavazzi, 2019, p. 13).

Essa definição de Gavazzi de fato parece adequada, pois sintetiza o pensamento kelseniano. Nesse sentido, cumpre ressaltar que não há, em *Essência e valor da democracia*, a apresentação de um conceito ou definição próprio sobre democracia, que articule todos os elementos percebidos por Gavazzi (técnica de produção de normas, soberania popular, representação, princípio da divisão do trabalho, parlamento, sufrágio universal, método eleitoral proporcional, princípio da maioria simples).

Mas há, em *Essência e Valor da Democracia*, uma passagem em que Kelsen sintetiza seu conceito – ideal – de democracia. Para ele, a democracia é forma de estado e de sociedade em que a ordem social é determinada pelo povo. Em suas palavras, “[d]emocracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo (Kelsen, [1929]/2019).

Quanto ao fato de a democracia ser um governo do povo sobre o povo, em *Fundamentos da democracia* Kelsen explicita que a coparticipação no governo, por meio da criação e aplicação das normas, representa fator indispensável ao exercício da democracia (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 142). Do mesmo modo que Kelsen pergunta “quem é esse povo?” cabe também indagar: como esse ultra complexo fenômeno do autogoverno se manifesta na realidade?

Kelsen busca analisar essas questões realizando uma reflexão sobre o problema democrático, confrontando os planos ideal e real. Para ele, é necessário que haja a confrontação

dos dois elementos, de forma a considerar a realidade à luz das ideologias e o mundo ideal respaldado pela realidade fática (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 35).

Na leitura de Kelsen, o problema democrático (confrontação do plano ideal e do real sobre o que é a democracia e como é a democracia) envolve diretamente os elementos liberdade e igualdade. Nesse sentido, segundo João Bastante Marques, em Kelsen, a democracia é instrumento e, portanto, método de viabilização dos debates e articulações entre as mais divergentes ideologias e os distintos pontos de vista. Ela permite a bilateralidade de opiniões políticas que representam os interesses dispersos no seio social. A partir de tal modo de participação social, extrai-se a vontade política. A democracia, portanto, garante o convívio ordenado da sociedade e do Estado, compatibilizando a liberdade e igualdade de todos os envolvidos (Marques, 2005, p. 52).

Para Braga,

[...] a democracia é concebida por Kelsen sob um viés exclusivamente procedimental, apontando para um método específico de criação do direito que concebe os valores da liberdade e da igualdade não como fins, mas como engrenagens da máquina democrática (Braga, 2020, p.1).

De fato parece que, na visão de Kelsen, a liberdade e a igualdade se posicionam mais como constitutivos da noção de democracia que propriamente como fins em si mesmos. Contudo, talvez seja exagerado se falar em um viés exclusivamente ou puramente procedimental da noção kelseniana de democracia, na medida em que nela a igualdade e, sobretudo, a liberdade, ocupam posição extremamente relevante, ao ponto de se confundirem, em alguma medida, com os próprios fins da democracia. Aproveitando a metáfora da democracia como máquina, pode-se dizer que enquanto engrenagens, os valores liberdade e igualdade funcionam como rodas dentadas da máquina democrática, transmitindo rotação, torque e potência à democracia.

Uma razão adicional para essa interpretação é o papel que Kelsen atribui à igualdade na determinação da efetividade de uma democracia. Segundo Kelsen, a efetivação democrática se realiza em graus. Assim, quando se está diante de eleições livres, secretas e universais, de forma que se garanta o sufrágio universal, vislumbra-se maior grau de satisfação dos requisitos democráticos. Caso a satisfação seja somente parcial, menor será o grau de efetivação da democracia (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 142).

Assim, talvez seja um exagero ou até mesmo um equívoco referir-se a um viés exclusivamente ou puramente procedimental da democracia em Kelsen, pois segundo o próprio Kelsen,

[...] é preciso ter em mente que o antagonismo entre forma e substância, ou entre forma e conteúdo, é apenas relativo e que, de um determinado ponto de vista, a mesma coisa pode parecer como forma e, de outro, como substância ou conteúdo. Não há, em particular, nenhum princípio objetivo que estabeleça uma diferença entre o valor de uma e de outra. Em alguns aspectos a forma pode ter mais importância, e, em outros, o conteúdo ou a substituição (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 145).

Daí parecer haver correção na constatação feita por Valadão de que a liberdade, em Kelsen, encontra posição na noção de democracia enquanto método, sendo, ao mesmo tempo, ponto de partida e ponto de chegada (Valadão, 2022, p. 296).

Porém, isso não afasta a possibilidade de se classificar o modelo teórico kelseniano de democracia como procedimental e nem de se reconhecer o caráter meramente secundário de concretização ideal de liberdade face ao aspecto procedimental. O próprio Kelsen intitula a primeira seção de *Fundamentos da democracia* como “A democracia como ‘governo do povo’: um procedimento político” (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 140). Com efeito, para Kelsen, a democracia é governo do povo, de forma que

[o] elemento processual fica em primeiro plano e o elemento liberal – enquanto conteúdo específico da ordem social – tem importância secundária. Até mesmo a democracia liberal é, em primeiro lugar, um processo específico (Kelsen, [1955-56]/2019, p. 140).

Não por acaso a “Liberdade” intitula o primeiro capítulo de *Essência e valor da democracia*. Kelsen defende uma limitação procedimental e institucional do exercício da liberdade pela maioria, para se garantir a proteção das minorias. Na visão de Kelsen, sem essa limitação a democracia poderia se converter em ditadura da maioria. Nesse aspecto, a proposta teórica de Kelsen é frequentemente mencionada pelo STF, conforme adiante será demonstrado.

Com efeito, dentro do conceito democrático de Kelsen, a proteção das minorias ganha especial destaque, sob duas perspectivas centrais. A primeira, relacionada ao princípio democrático da liberdade, refere-se à tentativa de minimização dos efeitos negativos de uma decisão tomada pela maioria, de forma a respeitar a proteção conferida pela norma à liberdade individual. A segunda está atrelada à dissociação do senso comum que vincula a liberdade à vontade da maioria. Para Kelsen, a noção de que os mais numerosos detêm a força capaz de subjugar a minoria afasta-se dos ideais democráticos, de forma que a proteção dos grupos

minoritários é elemento essencial dos direitos fundamentais vinculados ao jogo democrático. Assim, é característica da democracia um poder limitado (Kelsen, 1993).

De acordo com Kelsen, portanto, a democracia existe somente na medida em que é garantido às minorias mecanismos de salvaguarda de direitos fundamentais, em um exercício contramajoritário. Preservados os grupos minoritários, é possível dizer que a democracia estará preservada (Abboud, 2021).

Em sua exposição na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, com texto publicado em francês, em 1928, e em alemão, em 1929, Kelsen explicitamente atribui papel à jurisdição constitucional na proteção das minorias:

[...] a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. [...] Toda minoria - de classe, nacional ou religiosa - cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. [...] A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria (Kelsen, [1928]/2013, p. 181-182).

Nota-se que, nessa proteção das minorias, Kelsen inclui a imprescindibilidade de que no sistema democrático sejam incluídos direitos fundamentais, o que notadamente enseja a atuação da jurisdição. Nesse ponto encontra-se a relevante contribuição de Kelsen, no início do século XX, para a construção do argumento de que a jurisdição constitucional representa importante papel na proteção das minorias. Em *Essência e valor da democracia*, lê-se que “[essa] proteção das minorias 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” (Kelsen, [1929]/2019, p. 67).

## 2 AS MENÇÕES, NO STF, SOBRE A DEMOCRACIA EM KELSEN

Em estudo recente sobre as citações a Kelsen no STF, foram identificadas vinte e sete citações envolvendo o tema democracia, sendo que a maior parte delas foram feitas pelos ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, como mostra a tabela abaixo:

**Tabela 4 - Ministros que citaram Kelsen no STF sobre o tema democracia (1977-2021)**

Índice	Ministro	Número de citações
1	Gilmar Mendes	13
2	Alexandre de Moraes	8
3	Joaquim Barbosa	3
4	Marco Aurélio	1
5	Néri da Silveira	1
6	Cármen Lúcia	1
		<b>27</b>

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 108.

A citação mais antiga de Kelsen como teórico político, feita por Mendes, data de 2003, sendo que Mendes tomou posse em 2002. A citação mais antiga de Kelsen como teórico político, feita por Moraes, data de 2017, mesmo ano em que ele tomou posse como ministro. As citações mais recentes de Kelsen, sobre o mesmo tema, tanto de Mendes quanto de Moraes datam de 2021. No período estudado, dentre todos os ministros que citaram Kelsen no STF como teórico político, a citação mais antiga é do ministro Néri da Silveira, que data de 1993.

No que diz respeito ao tema democracia, foram identificadas duas obras de Kelsen com apenas uma citação cada e outras três obras com volume considerável de citações. Cumpre ressaltar que, no que diz respeito à temática da democracia, a *Teoria pura do direito* não é a obra mais citada, exatamente porque essa obra fundamental de Kelsen não aborda de forma privilegiada a questão dos regimes políticos. A tabela abaixo descreve as obras de Kelsen citadas por ministros do STF em relação à temática da democracia:

**Tabela 5 - Obras de Kelsen citadas no STF sobre o tema democracia (1977-2021)**

Índice	Título da obra	Número de citações
1	A garantia jurisdicional da constituição	12

2	Quem deve ser o guardião da constituição?	8
3	Essência e valor da democracia	7
4	Teoria geral do direito e do Estado	1
5	Teoria geral do direito	1
		29

**Fonte:** De Brito, 2022, p. 109.

Cumprе ressaltar que a divergência entre o número de citações por ministro e o número de obras citadas se deve ao fato de que em dois votos com citações a Kelsen houve duas obras citadas em conjunto.

Identificadas as principais citações a Kelsen como teórico da democracia no período estudado, cabe agora uma breve análise do conteúdo dessas citações, por ministro, o que será feito seguindo a ordem da tabela 4.

No julgamento da AC 34 MC<sup>8</sup>, em voto proferido em 2003, o ministro Gilmar Mendes cita a obra *Essência e valor da democracia*, fazendo referência ao tema do princípio majoritário.

No julgamento do MS 24.831<sup>9</sup> e MS 24.849<sup>10</sup>, em voto proferido em 2005, o ministro Gilmar Mendes cita novamente a obra *Essência e valor da democracia*, bem como a obra *A garantia jurisdicional da constituição*. Ambas as citações abordam o papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias. A referência à proteção das minorias reaparece em várias outras citações de Mendes, a saber: no julgamento do MS 26.441<sup>11</sup> (2007), no julgamento do RE 633.703<sup>12</sup> (2011), no julgamento do RE 633.703<sup>13</sup> (2011) e no julgamento da ADI 4650<sup>14</sup> (2015).

<sup>8</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361344>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>10</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86199>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>11</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606848>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>12</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>13</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629754>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>14</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 31 maio 2022.

No julgamento da ADPF 548 MC<sup>15</sup> e da ADPF 548 MC-REF<sup>16</sup>, em votos proferidos em 2018, bem como no julgamento da ADI 3.481<sup>17</sup>, em voto proferido em 2019, o ministro Gilmar Mendes cita a obra *Essência e valor da democracia*, abordando a questão da educação para a democracia.

Por fim, no julgamento do MS 35.410<sup>18</sup>, do MS 35.812<sup>19</sup> e do MS 35.824<sup>20</sup> e da ADPF 787,<sup>21</sup> em votos proferidos em 2021, o ministro Gilmar Mendes cita a obra *A garantia jurisdicional da constituição*, fazendo referência uma vez mais ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias.

Como Moraes tomou posse como ministro bem mais tarde que Mendes, suas menções a Kelsen como teórico político naturalmente aparecem bem depois. No julgamento do MS 35.490<sup>22</sup> (2017), no julgamento do MS 35.494<sup>23</sup> (2018), no julgamento do MS 35.498<sup>24</sup> (2018), no julgamento do MS 35.500<sup>25</sup> (2018), no julgamento do MS 35.836<sup>26</sup> (2018), bem como no julgamento do MS 35.410<sup>27</sup>, do MS 35.812<sup>28</sup> e do MS 35.824<sup>29</sup>, todos de 2021, Moraes cita a obra *Quem deve ser o guardião da constituição?*, fazendo referência ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias.

---

<sup>15</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019429>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>16</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019429>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>17</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755503044>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>18</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>19</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755796989>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>20</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756169901>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>21</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346881816&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>22</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339196&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>23</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339197&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>24</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346339198&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>25</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346324484&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>26</sup> Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346363761&ext=.pdf>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>27</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>28</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755796989>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>29</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756169901>. Acesso em: 31 maio 2022.

No julgamento do MS 24.831<sup>30</sup>, do MS 26.441<sup>31</sup> e do MS 24.849<sup>32</sup>, em votos proferidos em 2005, o ministro Joaquim Barbosa cita a obra *A garantia jurisdicional da constituição*, fazendo referência ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias.

No julgamento do HC 82.424<sup>33</sup>, em voto proferido no ano de 2003, o ministro Marco Aurélio cita a obra *Teoria geral do direito e do estado*, fazendo referência à proteção das minorias.

No julgamento da ADI 839 MC<sup>34</sup>, em voto proferido em 1993, o ministro Néri da Silveira cita a *Teoria geral do Estado*, fazendo referência ao tema da participação popular.

No julgamento da ADI 5.311 MC, em voto proferido no ano de 2015, a ministra Cármen Lúcia cita a obra *Essência e valor da democracia*, fazendo referência ao tema participação popular.

Em síntese, os temas aos quais os ministros do STF se referem, no período estudado, podem ser agrupados da seguinte forma:

- na AC 34 MC, faz-se referência ao princípio da maioria;
- na ADPF 548 MC, na ADPF 54 MC-REF e na ADI 3.481 faz-se referência à educação para a democracia;
- na ADI 5.311 e na ADI 839 faz-se referência à participação popular;
- no MS 24.831, no MS 26.441, no MS 24.849, no MS 26.441, no RE 633.703, na ADI 4.650, no MS 35.410, no MS 35.812, no MS 35.824, na ADPF 787 MC, no RE 633.703, no MS 35.410, no MS 35.812, no MS 35.824, no MS 35.490, no MS 35.494, no MS 35.498, no MS 35.500, no MS 35.836 e MS 24.849 faz-se referência ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias,

Nota-se, portanto, que a maioria das citações a Kelsen enquanto teórico da democracia, realizadas por ministros do STF, têm como finalidade, em sua maioria, buscar legitimar e validar o próprio poder do tribunal, enfatizando seu papel contramajoritário na organização do estado democrático, notadamente enquanto garantidor da proteção das minorias. Entre as obras

---

<sup>30</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86189>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>31</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606848>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>32</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86199>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>33</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 31 maio 2022.

<sup>34</sup> Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392110>. Acesso em: 31 maio 2022.

mais citadas, as que mais aparecem são *A garantia jurisdicional da constituição*, com um total de 12 citações e *Quem deve ser o guardião da constituição?*, com um total de 8 citações.

Merece destaque o fato de que o maior volume de citações foi realizado pelos ministros Gilmar Mendes e Alexandre de Moraes, sendo que os dois possuem em comum o fato de serem autores de obras na área do direito constitucional, o que, naturalmente, confere especial respaldo às suas citações nesta temática, que diz respeito à função jurisdicional a ser desempenhada pelo STF.

A propósito, convém lembrar que o ministro Gilmar Mendes (2018), em seu livro sobre direito constitucional, de forma coerente com as citações que vem fazendo a Kelsen no STF, leciona a matriz kelseniana da ideia de proteção das minorias pela via da jurisdição constitucional, realçando o pioneirismo de Kelsen na defesa da ideia de garantir a atribuição ativa aos partidos político com representação no Congresso Nacional na propositura da ação direta de inconstitucionalidade, de forma a assegurar aos partidos com menor representatividade a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade das leis. A atribuição conferida pela constituição aos partidos políticos é resultado, de acordo com Gilmar Mendes, da ideia defendida por Kelsen da utilização da jurisdição constitucional como forma de defesa das minorias, principalmente no que se refere ao controle abstrato da constitucionalidade de normas (Mendes, 2018).

O ministro Alexandre de Moraes, em seu livro *Curso de direito constitucional*, também se refere à ideia da proteção das minorias pela via da jurisdição constitucional, propugnada por Kelsen, e realça o pioneirismo de Kelsen nessa defesa. Contudo, ele faz menção a obra diversa da citada por Mendes (2018). Há, ainda, no livro de Moraes, exatamente o mesmo trecho que ele cita no seu voto no julgamento do MS 35.490, do MS 35.494, do MS 35.498, do MS 35.500 e do MS 35.836 (Moraes, 2018). Comparativamente, Mendes (2018) cita a obra de Kelsen intitulada *Essência e valor da democracia*, de 1929, enquanto Moraes (2018) se concentra em *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, de 1930.

## CONCLUSÃO

A constatação da existência de todas essas menções a Kelsen, no STF, como teórico da democracia, sobretudo na medida em que citado de forma positiva, isto é, de modo a demonstrar alinhamento com concepções-chaves da noção do conceito de democracia difundido por Kelsen, em especial quanto ao papel da jurisdição constitucional na proteção das minorias, de certo modo entra em conflito com a crítica de que o pensamento de Kelsen enquanto teórico

político seja muito pouco conhecido. Frise-se, aliás, que mais do que teórico, Kelsen é defensor da democracia.

Em estudo realizado na Alemanha, Valadão constatou que, não obstante a importância do pensamento kelseniano sobre a moderna democracia, a teoria da democracia de Kelsen “[...] nunca obteve o devido reconhecimento” sendo essa parte importante de seu legado intelectual “[...] lamentavelmente – ou convencionalmente (?) - ignorada pela maioria absoluta de seus críticos” (Valadão, 2022, p. 296). Com efeito, a constatação da existência de um número significativo de menções a Kelsen, no STF, como teórico da democracia, inclusive com certa demonstração de adesão, mostra que a teoria política de Kelsen é, também no Brasil, mais importante do que geralmente se reconhece.

De modo geral, constata-se certa adesão ao pensamento político kelseniano no STF, merecendo destaque o fato de que as menções a Kelsen foram realizadas principalmente por dois ministros que são constitucionalistas, sendo a mesma menção a Kelsen observada em seus livros (livros esses que possivelmente figuram entre os mais vendidos do país).

Por outro lado, vale também realçar que embora o número total de menções a Kelsen, no STF, quanto ao tema democracia, tenha sido significativo, houve concentração do maior volume de citações em apenas dois ministros, ante um universo de vários ministros que compuseram o STF entre 1977 e 2021 (período abrangido pela pesquisa base deste trabalho). Além disso, merece realce o fato de que o ministro Alexandre de Moraes, autor de grande parte das menções, no STF, a Kelsen como teórico político, tomou posse apenas recentemente, em 2017, sinalizando, assim, um reconhecimento tardio do STF acerca da importância e adequação do legado kelseniano no que se refere ao seu papel teórico-político como defensor da democracia.

Enfim, confirma-se uma significativa recepção de Kelsen no Brasil como autor teórico-político. Contudo, é preciso fazer a seguinte ressalva: Kelsen é recorrentemente citado no STF apenas quanto a elementos específicos de suas construções teóricas, de modo que não é possível afirmar uma adesão sistêmica do STF ao seu pensamento sobre a democracia. Assim sendo, verifica-se certa instrumentalização de reforço argumentativo quanto aos elementos específicos de sua construção teórica, o que revela um traço importante para compreensão do funcionamento do aparato judiciário brasileiro. Contudo, tal constatação não afasta a conclusão de que o conjunto de citações a Kelsen, no STF, aqui relacionadas, evidencia certa relevância da teoria kelseniana na construção do argumento do papel da jurisdição constitucional como instrumento garantidor da proteção das minorias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

BRAGA, Ana Luiza Rodrigues. Relativismo moral em Kelsen. **Revista digital GV**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 1-22, maio/ago. 2020.

DE BRITO, Ícaro Fellipe Alves Ferreira. **A recepção de Hans Kelsen no STF: análise do período 1977 a 2021** (Dissertação de mestrado). Belo Horizonte: PUC Minas, 2022.

GAVAZZI, Giacomo. Introdução: Kelsen e a doutrina pura do direito. *In*: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo *et al.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 1-22.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. *In*: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo *et al.* 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, [1929]/2019. p. 23-102.

KELSEN, Hans. Fundamentos da democracia. *In*: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jeferson Luiz Camargo *et al.* São Paulo: WMF Martins Fontes, [1955-56]/2019.

LOSANO, Mario G. Kelsen teórico da democracia e o corporativismo dos anos 1930. *In*: OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Hans Kelsen: teoria jurídica e política**. Tradução de Francesca Antonia Pavolini e Júlio Aguiar de Oliveira. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 281-320.

MARQUES, João Batista. O princípio da maioria na doutrina de Hans Kelsen. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 42, p. 51-58, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/217>. Acesso em: 1 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1.720-2.315. Livro digital.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Livro digital.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

VELLOSO, Paula Campos Pimenta. Edição e recepção de Kelsen no Brasil. **Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa**, v. 8, p. 199-232, 2014. Disponível em: [escritos.rb.gov.br/numero08/cap\\_11.pdf](https://escritos.rb.gov.br/numero08/cap_11.pdf). Acesso em: 1 out. 2021.  
Submissão: 13/02/2023. Aprovação: 11/11/2024.