

DIREITO, RAZÃO PRÁTICA E JUSTIÇA



www.lumenjuris.com.br

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial Brasil

Abel Fernandes Gomes	Gisele Cittadino	Marcelo Ribeiro Uchôa
Adriano Pilatti	Gustavo Noronha de Ávila	Márcio Ricardo Staffen
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ana Alice De Carli	Jean Carlos Dias	Marcus Maurício Holanda
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Fernandes	Maria Celeste Simões Marques
André Abreu Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Milton Delgado Soares
Beatriz Souza Costa	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Murilo Siqueira Comério
Bleine Queiroz Caúla	João Marcelo de Lima Assafim	Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Bruno Soeiro Vieira	João Theotônio Mendes de Almeida Jr.	Ricardo Lodi Ribeiro
Daniela Copetti Cravo	José Ricardo Ferreira Cunha	Roberta Duboc Pedrinha
Daniele Maghelly Menezes Moreira	José Rubens Morato Leite	Salah Hassan Khaled Jr.
Diego Araujo Campos	Josiane Rose Petry Veronese	Sérgio André Rocha
Emerson Affonso da Costa Moura	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Simone Alvarez Lima
Enzo Bello	Lúcio Antônio Chamon Junior	Thaís Marçal
Firly Nascimento Filho	Luigi Bonizzato	Valerio de Oliveira Mazzuoli
Flávio Ahmed	Luis Carlos Alcoforado	Valter Moura do Carmos
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Luiz Henrique Sormani Barbugiani	Vânia Siciliano Aieta
Frederico Price Grechi	Manoel Messias Peixinho	Vicente Paulo Barreto
Geraldo L. M. Prado	Marcelo Pinto Chaves	Victor Sales Pinheiro
Gina Vidal Marcílio Pompeu		Vinicius Borges Fortes

Conselho Editorial Internacional

António José Avelãs Nunes (Portugal) | Boaventura de Sousa Santos (Portugal)
Diogo Leite de Campos (Portugal) | David Sanches Rubio (Espanha)

Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*) | Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro

Rua Newton Prado, n° 43
CEP: 20930-445
São Cristóvão
Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 2580-7178

Maceió

(Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Maceió – AL
Tel. (82) 9-9661-0421

LEONEL CESARINO PESSÔA | LUIS FERNANDO BARZOTTO
ORGANIZADORES

DIREITO, RAZÃO PRÁTICA E JUSTIÇA:
ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR
JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

AUTORES

ALEJANDRO ALVAREZ | ALFREDO STORCK | CICERO ARAUJO
CLAUDIO MICHELON | DANIELA IKAWA | GUILHERME BOFF
LEONEL CESARINO PESSÔA | LUIS FERNANDO BARZOTTO
MARCO ZINGANO | RONALDO PORTO MACEDO JUNIOR
SORAYA NOUR SCKELL | WLADIMIR BARRETO LISBOA

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2023

Copyright © 2023 by Leonel Cesarino Pessoa e Luis Fernando Barzotto

Categoria:

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Renata Chagas

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Sumário

Apresentação	1
<i>Luis Fernando Barzotto Leonel Cesarino Pessôa</i>	
Lex Talionis e a Doutrina Aristotélica da Justiça	7
<i>Marco Zingano</i>	
O Juízo do Juiz – A jurisdição no Estado Democrático de Direito	25
<i>Luis Fernando Barzotto</i>	
Direito, História e Representação	49
<i>Cicero Araujo</i>	
Justiça e Instituição – A Ordem da Justiça como Suprassunção da Ordem da Vingança	69
<i>Guilherme Boff</i>	
Antropologia Humana e Práxis – Um diálogo com a obra de José Reinaldo de Lima Lopes	93
<i>Alejandro Alvarez</i>	
O Que o Direito Privado Já Fez pela Justiça?	109
<i>Claudio Michelin</i>	
Tomás de Aquino e a História do Direito	135
<i>Alfredo Storck</i>	
A Consciência Moral e a Crítica da Casuística em Thomas Hobbes .	161
<i>Wladimir Barreto Lisboa</i>	
Direito e Democracia em Hans Kelsen – A Crítica Kelseniana da Personalização do Estado	173
<i>Soraya Nour Sckell</i>	

Universalismo e Direitos Humanos 199

Daniela Ikawa

**Racionalidade Formal e Racionalidade Material em Weber:
A Tensão entre Razão Jurídica e Lógica Econômica..... 215**

Ronaldo Porto Macedo Junior

**Considerações sobre a Justiça na Tributação – Contornos do
Campo Adequado para o Debate..... 231**

Leonel Cesarino Pessôa

Direito e Democracia em Hans Kelsen

A Crítica Kelseniana da Personalização do Estado¹

Soraya Nour Sckell²

Introdução

A personalização do Estado nas teorias jurídicas e a utilização de outros conceitos ou metáforas personalistas (por exemplo, vontade do Estado, vontade geral, etc.) acompanham todo o desenvolvimento do Direito moderno num quadro de usos diversos, radicalmente diferentes uns dos outros e mesmo com funções antagónicas. Na altura da consolidação do Estado moderno, durante o século XVIII, a fim de separar o Estado da pessoa do soberano e identificá-lo com os cidadãos, Immanuel Kant apresentou uma conceção personalista do Estado³ em oposição a uma conceção patrimonialista, segundo a qual o soberano o considerava como parte da sua propriedade.⁴ Como o Estado é uma pessoa, Kant considera inadmissível que os soberanos o dividam, vendam, troquem, herdem, deem como dote matrimonial, subjuguem, conquistem ou anexem.⁵ Essa pessoa jurídi-

1 Este artigo foi originalmente publicado como «Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsenienne de la personnalisation de l'état», *Trans/Form/Ação*, volume 38, número 1, p. 57-80.

2 Professora Associada na NOVA School of Law, Universidade NOVA de Lisboa.

3 Ver VLACHOS, Georges, *La pensée politique de Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962, p. 565.

4 Ver KANT, Immanuel, „Rechtslehre (1797)“, Preußische Akademie der Wissenschaften, *Kanstwerke*, Berlin, Walter de Gruyter, volume 6, 1900, p. 317.

5 Ver KANT, Immanuel, „Zum ewigen Frieden (1795)“, Preußische Akademie der Wissenschaften, *Kanstwerke*, Berlin, Walter de Gruyter, volume 7, p. 344; cf., Saner, Hans, „Die negativen

ca é epistemologicamente formal, não tem substância e não pressupõe uma sociedade homogênea.

No entanto, a utilização desse conceito tendeu, cada vez mais, a repousar na hipótese da formação de coletividades relativamente homogêneas, um sentido que não existia no pensamento de Kant. Segundo esse uso do termo, a ideia de vontade geral torna-se uma concepção de vontade substancial, e tenta expressar aquilo que um grupo relativamente homogêneo sente, pensa e deseja, como se esse grupo fosse uma pessoa representada pelo Estado. Foi essa metamorfose que, no início do século XX, levou o jurista Hans Kelsen a dirigir todos os seus esforços para uma luta implacável contra a personalização substancial do Estado, onde quer que ela aparecesse. Segundo ele, a ideia de uma coletividade homogênea ignora todas as relações de força que existem numa sociedade, todos os conflitos que a constituem e, além disso, as diferentes vontades oprimidas que não se exprimem na vontade geral. Por exemplo, a voz das mulheres, do proletariado e das minorias excluídas. Consequentemente, a própria democracia não pode, de forma alguma, basear-se nessa concepção.

Mas como podemos explicar que tipo de formação social é o Estado? Qual é a natureza desta “unidade específica de uma multiplicidade de indivíduos”?⁶ Kelsen não acreditava que as teorias sociológicas, que refletiam sobre o fenômeno da socialização dos indivíduos, pudessem ser aplicadas ao Estado, uma vez que este não pressupõe qualquer comunidade. Além disso, essas teorias, que tentaram descrever a existência de grupos sociais, não os explicam adequadamente, segundo Kelsen, por recorrerem à ideia da formação de entidades supraindividuais, como fizeram, por exemplo, Emile Durkheim e Georg Simmel, em quem Kelsen estava convencido de ter encontrado as premissas de uma concepção de alma coletiva. Além disso, uma teoria que explicasse corretamente a constituição de um grupo social, sem pressupor a formação de uma entidade supra-individual, como Kelsen acreditava ter encontrado em Sigmund Freud, não poderia ser aplicada ao Estado porque esse é constituído por vários grupos sociais

Bedingungen des Friedens“, in Höffe, Ottfried, *Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden*, Berlin, Akademie Verlag, 1995, p. 43-67.

6 Ver KELSEN, Hans, “Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie“. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse“, *Imago*, Viena, volume VIII, número 2, p. 97-141.

em constante antagonismo. Finalmente, o próprio jurista austríaco empenhou-se numa profunda luta epistemológica contra teorias democráticas moldadas por preocupações políticas que eram também as suas, tais como o autoritarismo e a exclusão social. A condição para a construção de uma ciência adequada do Direito e da democracia é a ausência absoluta de toda a associação à ideia de uma comunidade.

Este estudo analisa como Kelsen, a fim de libertar o Direito e a democracia dos vestígios do que ele chama hipóstase coletiva ou mitologia coletiva da alma, toma uma posição contra as grandes teorias da sociologia e psicologia social do seu tempo. A primeira seção mostra como Hans Kelsen critica as metáforas da alma coletiva. A segunda seção explica como o pensamento kelseniano sobre Direito e democracia tenta ultrapassar os problemas relacionados com a metáfora da alma coletiva. Isso é feito a fim de revelar os pontos em comum entre a teoria de Kelsen e as teorias contemporâneas do Direito e da democracia que estão livres das premissas de uma comunidade homogênea.

1 A Crítica de Kelsen à Alma Coletiva

1.1 A crítica epistemológica do conceito de alma coletiva

Imagina-se permanecer na esfera do psicológico e, ao fazê-lo, apreender, contudo, o supraindividual, quando se reconhece uma pluralidade de indivíduos como uma forma de vínculo social ou unidade (uma comunidade) e se acredita ser capaz de admitir, de uma forma ou de outra, um acordo no conteúdo das suas vontades, sentimentos ou ideias. A este respeito, poder-se-ia falar de um paralelismo de processos psíquicos, que está sempre presente quando se trata de uma vontade geral, um sentimento geral, uma consciência ou um interesse geral. É esta mesma realidade que a psicologia de massas, como é conhecida, tem chamado de espírito do povo. Uma vez que esta expressão não reivindica outra coisa que não seja expressar certa comunidade de consciência, é um conceito que não implica nada. Contudo, existe uma tendência evidente para situar este espírito do povo como uma realidade psíquica distinta da psique individual.

Esta noção de *Volkgeist* adquire assim o carácter metafísico do espírito objetivo presente no pensamento de Hegel.⁷

A crítica de Kelsen às teorias substancialistas da sociedade tem um carácter epistemológico sobre o qual assenta a sua crítica política. Uma vez que essas teorias tentam aplicar a metodologia das ciências naturais à sociedade, elas substancializam os laços sociais em concepções tais como a alma coletiva. O Estado é considerado como uma realidade natural, e o laço de indivíduos que constitui uma formação social, uma relação causal (sob as categorias de causa-consequência). Isso confere a estas teorias um carácter biológico. Os factos sociais são definidos como processos físicos que ocorrem na alma, enquanto o laço social é definido como as influências psíquicas recíprocas de uma pessoa sobre outra. Kelsen pensa encontrar uma variante dessa concepção em Georg Simmel. No entanto, segundo o jurista austríaco, basta ter em conta as forças de dissociação entre as pessoas para notar que, por um lado, os seres humanos estão ligados nas suas interações dentro de grupos sociais (por interesses económicos, nacionais, religiosos, etc.), mas por outro lado, as várias comunidades sociais estão separadas precisamente por esses interesses.

Psicologicamente, analisa Kelsen, o laço social significa que, quando alguém diz “A está ligado a B”, não se trata de uma relação externa (entre dois corpos no mesmo espaço), mas sim de uma relação interna, segundo a qual, a nível psíquico, “A se sente ligado a B”. No entanto, essa representação é expressa por uma imagem espacial e corporal que Hans Kelsen descreve como uma transferência equivocada de um fenómeno psicológico individual para o mundo exterior. O resultado é a “superação e a negação do indivíduo”.⁸

As teorias que afirmam que as formações sociais, consolidadas com base em influências recíprocas entre elementos psíquicos, são de natureza supraindividual, criam uma hipótese, uma teoria da sociedade orgânica, que corresponde, segundo Kelsen, a um mito. Essa representação de uma alma coletiva leva-nos a imaginar um corpo portador dessa alma. Vemos uma supraindividualidade objetiva, uma alma coletiva além das almas individuais e, como uma alma requer um corpo, um corpo coletivo distinto

7 KELSEN, Hans, *Der Begriff... op. cit.*, p. 105.

8 KELSEN, Hans, *Der Begriff... op. cit.*, p. 104.

dos individuais, criando uma hipóstase de carácter místico que impede a análise científica dos laços sociais.

1.2 A crítica ideológica do conceito de alma coletiva

Kelsen acrescenta a essa reflexão a análise de um problema político fundamental: essas teorias não explicam como as diferenças desaparecem da consciência e, conseqüentemente, como os conflitos numa sociedade são reduzidos a ponto de se tornarem quase invisíveis. Por um lado, nem todos os indivíduos que são membros do Estado participam na interação psíquica do que é suposto constituir um grupo sociológico cuja unidade empírica⁹ seria a base do Estado. “Entre os indivíduos sob a unidade jurídica do Estado encontram-se crianças, loucos, dormentes e outros cuja consciência do Estado é totalmente inexistente”.¹⁰ Como se isso não fosse suficiente, a análise sociológica revela uma divisão entre classes sociais no coração de um Estado, e seria então contraditório afirmar que a burguesia e o proletariado estão separados pela oposição da sua consciência de classe e, ao mesmo tempo, ligados pela comunhão da sua consciência de Estado.¹¹ A oposição de classe deve desaparecer da consciência para que a comunidade estatal (como uma verdadeira unidade psicossociológica) exista, papel geralmente atribuído, segundo Kelsen, aos partidos políticos. As oposições entre grupos políticos devem ser substituídas por uma consciência de Estado para que os membros do Estado constituam, na sua realidade psicológica, uma unidade. No entanto, Kelsen observa que os interesses de classe, religiosos e nacionais são superiores à consciência estatal.¹² A referência histórica de Kelsen é ao seu próprio Estado natal, o que revela uma característica geral do Direito:

9 Ver, KELSEN, Hans, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Neuwied, Luchterhand, Introduction by Ernst Topitsch, 1964; Krawietz, Werner, Topitsch, Ernst, Koller, Peter (coords.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker und Humboldt, 1982.

10 KELSEN, Hans, *Der Begriff... op. cit.*, p. 101.

11 Ver, KELSEN, Hans, *Sozialismus und Staat (1920)*, Leipzig, Hirschfeld, 1923.

12 Ver, KELSEN, Hans, *Das Problem des Parlamentarismus (1926)*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

Soraya Nour Sckell

Perante o Estado austríaco, composto por tantos grupos diferentes no que toca a raça, língua, religião e história, as teorias que afirmavam basear a unidade do Estado numa espécie de coesão sociopsicológica ou sociobiológica de pessoas que lhe pertenciam legalmente são claramente uma ficção.¹³

Assim, Kelsen critica a tendência a dar um significado realista, empírico e psicológico ao que se chama vontade geral ou interesse geral do Estado. Não nega a existência de grupos sociais que possuem uma vontade coletiva, mas percebe-os como provisórios e instáveis. Por exemplo, uma multidão com uma comunidade de vontades, sentimentos ou representação é sempre instável, flutuante, uma comunidade que aparece e desaparece de repente; conseqüentemente, não pode conferir uma estrutura permanente ao Estado. Além disso, uma comunidade de vontades, sentimentos ou representação não pode ser fundada exclusivamente na interação. O religioso que leva os seus fiéis a um estado de êxtase, o discurso de um líder que leva uma multidão à exaltação revolucionária são, para Kelsen, exemplos de uma comunidade que não é gerada pela interação entre indivíduos singulares, mas por um terceiro externo que desempenha assim um papel principal nesse processo, embora a consciência de que os outros sentem, pensam ou gostam da mesma forma também crie uma intensificação psíquica da vida entre indivíduos.

1.3 A crítica de Kelsen a Durkheim

Kelsen acredita encontrar os antecedentes da metáfora da alma do povo em Durkheim. O primeiro ponto que o jurista austríaco questiona é a análise supostamente objetiva de Durkheim (que Kelsen considera acrítica e legitimadora) sobre a forma como a sociedade é representada pelo indivíduo, semelhante a Deus e à sua autoridade.

O principal problema sociológico de Durkheim é descobrir o que determinou as diferentes fontes de autoridade moral que se manifestam em várias formas de coerção externa. Para tal, examina dois aspetos distintos,

¹³ Hans Kelsen, citado por METALL, Rudolf A., «Hans Kelsen. Vie et Ouvre». *Incidência*, 2007, 3, p. 218-219.

mas igualmente “reais” dos fenômenos sociais: (1) a pressão social e (2) o apoio conferido pela sociedade ao indivíduo.¹⁴ Durkheim observa que a sociedade desperta nos indivíduos um sentido do divino; representa para os seus membros o que Deus é para os seus fiéis. Tal como Deus parece ser uma entidade superior da qual se depende, também a sociedade obriga a submeter-se às suas regras de conduta e pensamento. O império da sociedade deriva da sua autoridade moral: é respeitada, provoca ou inibe a ação e o pensamento, independentemente da utilidade ou da nocividade das suas consequências.

A ordem atua pela sua própria força, excluindo a deliberação ou o cálculo. O indivíduo, não percebendo a influência da sociedade na sua ação social, inventa um sistema de interpretações míticas, representa estas imagens míticas sob formas transfiguradas, que não podem ser explicadas, segundo Durkheim, exceto pela ciência. Assim, a pressão social é o primeiro aspeto dos fenômenos sociais:

O problema sociológico — caso se possa dizer que existe *um* problema sociológico — consiste em procurar, através das várias formas de pressão externa, as várias fontes de autoridade moral que lhe correspondem, e em descobrir as causas que determinam estas últimas. Em particular, o principal objetivo do assunto que estamos a tratar no presente trabalho é encontrar de que forma esta espécie particular de autoridade moral, inerente a tudo o que é religioso, nasceu e do que é feita.¹⁵

Durkheim analisa também como essa pressão social transmite uma espécie de energia vital aos indivíduos quando esses se conformam com as expectativas (justas ou injustas) da sociedade, o que parece a Kelsen “legitimar” ainda mais essa autoridade sem a criticar. Durkheim considera que, da mesma forma que Deus não é apenas uma autoridade da qual se depende, mas também uma força na qual nos apoiamos, que proporciona confiança e energia, a sociedade penetra nas consciências, impele-as, conforta-as e revitaliza-as:

¹⁴ Ver DURKHEIM, Emile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse. Le système totémique en Australie*, Paris, Librairie Générale Française, 1991, p. 365 e ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 369.

O que a sociedade sente por um indivíduo reforça o que ele sente por si próprio. Por estar em harmonia moral com os seus contemporâneos, tem mais confiança, mais coragem, mais verve na ação, tal como os fiéis acreditam sentir o olhar do seu deus benevolmente voltado para eles.¹⁶

Esse apoio ao seu ser moral varia de acordo com a relação mais ou menos ativa com os grupos sociais à sua volta; percebe que esse tônus moral depende de uma causa que não conhece, que concebe como algo diferente de si, como uma consciência moral representada por símbolos religiosos.

No entanto, o ponto decisivo de Kelsen é o seguinte: considerar as regras sociais como regras divinas,¹⁷ que são impostas como obrigações aos indivíduos, significa passar do conhecimento psicológico à reflexão axiológica, ético-política ou jurídica. A intenção que Hans Kelsen atribui a Emile Durkheim é tentar fundar a sociologia como se fosse uma ciência natural, desenvolvendo a ideia comtiana da necessidade de compreender os fenómenos sociais como factos naturais, objetos sujeitos às leis da natureza, opondo ao conhecimento de ideias ou ideologias uma “ciência da realidade”. Os factos sociais são tomados como objetos uma vez que são “objetivos”, autónomos em relação aos indivíduos. Esses factos manifestam-se nas ações, pensamentos e sentimentos dos indivíduos, mas não são considerados como “emanações individuais”.¹⁸ Supõem-se que o grupo pense de forma diferente dos membros isolados. Daí as críticas de Kelsen:

Reconhecer que os seres humanos se comportam de forma diferente de quando isolados ao se associarem uns aos outros leva à hipóstase e aceitação acrítica da ideia de uma realidade social que estaria fora dos próprios seres humanos. [...]. A diferença de funções associada à diferença de condições transforma-se numa diferença entre substâncias, em “coisas” diferentes. [...] Será o método sociológico de Durkheim algo mais do que a aplicação de uma conceção ingenuamente substancialista e, portanto, mitológica à

16 Ibidem, p. 373.

17 Ver BEAUD, Olivier & Pasquino, Pasquale (coords.), *La controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas, 2007.

18 Ver KELSEN, Hans, *Der Begriff... op. cit.*, pp. 127-128.

observação do comportamento humano, sujeito à interação de influências recíprocas?¹⁹

Por outras palavras, pensar que os indivíduos se comportam de forma diferente quando se associam uns aos outros do que quando permanecem isolados é hipostasiar a ideia de uma comunidade social, torná-la uma realidade externa aos indivíduos e atribuir-lhe um interesse geral, uma vontade coletiva, e assim por diante. Kelsen atribui à sociologia de Durkheim uma tendência normativa porque a existência de objetos sociais, realidades naturais, independentes dos desejos e vontades individuais, confere uma validade objetiva às normas éticas e políticas, que assumem uma validade dogmática. Cada sociedade confere imperativamente obrigações aos indivíduos, com uma transcendência semelhante à transcendência divina das religiões. O que é entendido *a priori* como simplesmente uma forma de agir, pensar e sentir de um indivíduo foi-lhe imposto, de facto, coercivamente, devido à intrusão de uma pressão externa irresistível. “Durkheim não tende tanto, ou pelo menos não tende apenas a explicar o facto psicológico pela força motivadora ligada a certas representações normativas: ele também justifica a sua validade com base numa autoridade, na sociedade elevada ao grau de divindade.”²⁰

A ideia de sociedade como um ser divino impondo-se aos indivíduos, bem como a ideia de efervescência coletiva, dificilmente seria compatível com a noção kelseniana de sociedade democrática, na qual todos os vários interesses poderiam florescer (em particular aqueles contrários às regras da maioria e, portanto, capazes de provocar uma transformação social e jurídica). Seria necessário explicar de outra forma porque se impõem regras sociais, e evitar a naturalização desse processo (o que, de facto, tornaria possível a sua oposição). Kelsen considera que a identificação da autoridade social com a autoridade religiosa não deriva necessariamente da descoberta de uma fonte comum para o vínculo religioso e social. Freud, de facto, de acordo com Kelsen, também realçou as ligações entre as duas esferas, mas explica-as através da psicologia individual sem justificar a autoridade social. Isso permitiria pensar numa outra forma de sociedade, onde as normas so-

¹⁹ Ibidem, pp. 129-130.

²⁰ Ibidem, p. 132.

ciais não seriam impostas ao indivíduo; *contrario sensu*, ele próprio seria o autor de normas legais (estas últimas poderiam ser contrárias às normas sociais e, portanto, capazes de as fazer avançar).

1.4 A recepção de Freud por Kelsen

Na *Psicologia das Massas* de Sigmund Freud, Hans Kelsen encontra uma ferramenta teórica para apoiar a sua crítica ao método de hipostasiação.²¹ Nesse texto, Freud (que inicialmente procura opor-se à *Psicologia das Massas* de Gustave Le Bon²²) desenvolve as ideias sobre formações sociais que já estavam presentes em *Totem e Tabu*²³ (que mais tarde seriam expandidas nos seus textos de crítica social). Kelsen vê na *Psicologia das Massas* o próprio problema do laço social em geral. Embora *Totem e Tabu* já tratasse de um problema particular de psicologia social (a psicologia das massas, tal como desenvolvida por Sighele e Le Bon), parecia ter pouco a oferecer a uma teoria do Direito.

Kelsen não pretende de forma alguma realizar uma síntese entre a psicanálise e o Direito. Pelo contrário, considera que o antagonismo entre estas duas disciplinas resulta da oposição entre o indivíduo e a sociedade, razão pela qual os diferentes problemas não podem ser tratados por uma única ciência. Recorre à psicanálise apenas para reforçar a sua crítica da sociologia psicológica moderna, uma vez que a crítica de Freud a Le Bon é da mesma natureza que a sua crítica da sociologia holística. Le Bon considera uma multidão como uma reunião de indivíduos que se torna uma união psicológica quando, em certas circunstâncias, adquire uma “alma coletiva”. Na massa, perde-se a estrutura psíquica particular para se adquirir as mesmas características que as outras, entra-se num estado hipnótico em que a personalidade consciente desaparece e tende-se a realizar, sem hesitar, as ideias que são sugeridas: “não é o desejo de liberdade, mas o de servidão que domina sempre a alma da massa. A sua sede de obediência faz com que se submeta

21 Sobre a influência de Freud em Kelsen, ver BALIBAR, Etienne, «Freud et Kelsen (1922). L'invention du Surmoi», *Incidence*, 2007, 3, p. 21-73.

22 Ver LE BON, Gustave, *Psychologie des Foules* (1895), Paris, Presses Universitaires de France, 1981.

23 FREUD, Sigmund, „Totem und Tabu (1912-1913)“, em *Studienausgabe*, Frankfurt am Main, Fischer, volume IX, 2000.

por instinto a quem se proclame seu amo”.²⁴ Le Bon afirma que a multidão tende para o autoritarismo e a intolerância, respeitando a força e duvidando da bondade, experimentando simpatia não pelos líderes mansos, mas pelos tiranos que a dominam como Júlio César: “a sua coroa seduz, a sua autoridade impõe-se e a sua espada aterroriza”.²⁵ “A multidão”, continua Le Bon, “torna-se facilmente criminosa, devido ao risco, para um indivíduo isolado, de satisfazer os seus instintos de ferocidade destrutiva; a massa irresponsável assegura a sua impunidade.”²⁶

Kelsen observa como a diferença de comportamento dos indivíduos, quando esses constituem uma massa, por um lado, e quando estão isolados, por outro, produz a ficção de uma oposição entre o indivíduo e a multidão:

Assim, uma unidade puramente abstrata é hipostasiada, projeta-se na realidade através da hipóstase de uma alma coletiva, uma relação de concordância entre o conteúdo de numerosas psiques individuais, e este ponto é por vezes deliberadamente sublinhado, enquanto a hipótese de que é apenas a expressão abreviada e imaginada a designar um conjunto de fenómenos singulares semelhantes é rejeitada. [...] Como os indivíduos da massa exibem novas características, a massa é hipostasiada para constituir um “corpo”, um novo indivíduo, com estas propriedades.²⁷

Kelsen considera que Freud vai mais longe do que Le Bon na sua explicação do que caracteriza a ligação na multidão. Freud desvenda o mistério da alma coletiva hipostasiada e transforma o problema da multidão no problema da unidade social, o laço social em geral. Graças a Freud, Hans Kelsen é capaz de identificar outro tipo de vínculo social, a relação através da qual um indivíduo faz de outro o objeto do seu desejo. Com Freud, a libido, até então considerada como pertencendo ao amor ou à amizade, torna-se um problema central da psicologia social, sobre a natureza do laço social. Pela libido, Freud compreende a relação dos indivíduos numa unidade social como um vínculo afetivo devido a duas causas: 1) apenas Eros assegura a unidade

24 LE BON, Gustav, *op. cit.*, p. 71.

25 *Ibidem*, p. 28.

26 *Ibidem*, p. 29.

27 KELSEN, Hans, *Der Begriff... op. cit.*, p. 111-112.

de tudo o que existe e 2) quando o indivíduo renuncia a tudo o que lhe é próprio para se deixar influenciar pelos outros, fá-lo por amor ao outro, a fim de concordar com ele, e não estar em oposição.²⁸

Contudo, não são pulsões de amor que perseguem fins sexuais diretos, mas pulsões que são desviadas dos seus fins primitivos sem perda de energia. Os indivíduos em massa “suportam todas as peculiaridades dos seus vizinhos, consideram-nos como seus iguais, não sentem aversão por eles”.²⁹ Tal restrição ao narcisismo, tal limitação do seu próprio amor, só pode resultar da fixação libidinal a outras pessoas, do amor a objetos externos.

O tipo específico de relação libidinal numa multidão é a identificação³⁰, através da qual Freud explica o comportamento coletivo. O que falta, para Kelsen, na sociologia é a compreensão psicológica do fenómeno de identificação entre indivíduos de uma massa. A sociologia pode observar o fenómeno do comportamento coletivo, mas não pode explicar a internalização das regras sociais. Kelsen encontra na psicanálise a explicação do carácter ambíguo do processo de identificação, a forma mais primitiva de ligação afetiva a uma pessoa ou objeto que se torna o fenómeno central na construção do carácter.

Por um lado, Freud observa que se todos participam em diferentes grupos sociais (família, escola, religião, etc.), bem como numa multiplicidade de identidades, é através da identificação com diferentes modelos que o indivíduo constrói uma personalidade independente e original e estabelece laços afetivos com o outro. Assim, a identificação apoia a formação do carácter de cada um, a manutenção da vida comum e enriquece os fundamentos culturais. Por outro lado, esse processo é fraturado quando a identidade é fixada num único modelo considerado como invariável, excluído por outros ou excluindo outros.

O conceito mais importante para Kelsen, o cerne do seu argumento contra a sociologia psicológica moderna, torna-se o conceito freudiano de iden-

28 Ver FREUD, Sigmund, „Massenpsychologie und Ich-Analyse (1921)“, em *Studienausgabe*, Frankfurt am Main, Fischer, volume 9, 2000.

29 FREUD, Sigmund, „Zur Einführung des Narzissmus (1914)“, em *Studienausgabe*, Frankfurt am Main, Fischer, volume 3, 2000.

30 Ver FREUD, Sigmund, *Massenpsychologie*, *op. cit.*

tificação: “a identificação com a autoridade, eis o segredo da obediência”.³¹ Freud decompõe os fenômenos da multidão simplesmente observando um conjunto de atitudes psíquicas individuais, o que lhe permite explicar o facto complexo pelo simples e evitar propor a hipótese de que surge um ser social de um novo tipo. Essa é a ideia que Kelsen retoma de Freud.

A psicanálise permite a Kelsen reduzir a categoria de “alma” aos atos psíquicos individuais, o que pode ser alargado a outras entidades sociais, explicando aquilo que é apresentado como uma substância ou objeto como sendo uma função ou relação. Dessa forma, a conceção da sociologia segundo a qual as formações sociais são consolidadas a partir de ações recíprocas num elemento psíquico de natureza supraindividual, ou seja, uma alma coletiva, é rejeitada.

2 A Teoria do Direito de Kelsen

2.1 A distinção entre o ponto de vista jurídico e o ponto de vista sociológico

Kelsen confronta três disciplinas (Direito, psicanálise e sociologia) para chegar às mesmas conclusões que a psicanálise sobre certos comportamentos coletivos (submissão dos indivíduos a uma autoridade) que, segundo ele, a sociologia da época não conseguia compreender. Contudo, a perspectiva que Hans Kelsen privilegiará nos seus textos posteriores não é a da psicanálise, mas a da teoria jurídica; trata-se agora de observar como essa perspectiva é constituída de acordo com a crítica das teorias sociológicas substancialistas. Uma vez que considera o Estado como uma espécie de unidade distinta dos laços sociais estudados pelos sociólogos holísticos, o que importa para Kelsen é definir adequadamente as bases epistemológicas da teoria do Direito, que serão diferentes das sociológicas. Encontra parte da sua inspiração no pensamento de Max Weber, como Norberto

31 KELSEN, Hans, *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, Mohr, 1933; ver, HERRERA, Carlos Miguel, „Communauté introuvable, inéluctable contrainte. Le Freud de Kelsen”, *Incidence*, 2007, 3, p. 84.

Bobbio³² analisa em pormenor. No seu texto *A objetividade do conhecimento científico social e político social*, Weber afirma que:

Não existe uma análise puramente objetiva da vida cultural ou dos fenómenos sociais, independentemente do ponto de vista específico e unilateral, pelo qual são escolhidos como objeto de investigação, analisados e organizados. Isto deve-se à natureza específica do objetivo cognitivo de todo o trabalho das ciências sociais, que é escapar a uma consideração puramente formal — legal ou convencional — das normas da vida social em comum.³³

Com base nessa conceção weberiana, que distingue o trabalho das ciências sociais de uma ciência jurídica puramente formal, Kelsen explica a sua posição na elaboração de uma teoria do Direito: “se me é permitido expressar o meu ponto de vista nas palavras de Max Weber, o objetivo cognitivo característico do meu trabalho consiste em querer dar um tratamento puramente formal à norma jurídica; parece-me que a essência do tratamento formal-normativo da jurisprudência se baseia nesta limitação”.³⁴ O seu objetivo, de distinguir o ponto de vista jurídico do sociológico e psicológico, funciona com base em duas grandes antíteses: 1) ser/deve ser (*sein/sollen*) e 2) forma/conteúdo. O Direito corresponde ao dever-ser e à forma, a sociologia e a psicologia ao ser e ao conteúdo.³⁵ A partir dessa distinção, Kelsen, seguindo Weber, estabelece outras, tais como as entre sociedade e Direito, sociologia e jurisprudência, entre a esfera do conhecimento e a esfera de ação. O problema metodológico é precisamente o da distinção entre ciência natural e ciência humana e, para Kelsen, particularmente a distin-

32 O que segue apoia-se em BOBBIO, Norberto, “Max Weber e Hans Kelsen”, em *Diritto e Potere. Saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 159-177; assim como em Paulson, Stanley L. (coord.), *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie: Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber*, Aalen, Scientia-Verlag, 1992.

33 WEBER, Max, „Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis“ (1904), in Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, reimpresso por Johannes Winckelmann, 1985, p. 148-161.

34 Ver KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911)*, Aalen, Scientia Aalen, 1960.

35 Ver as críticas de Kelsen, de acordo com Weber, à distinção de Stammler entre a ciência causal da natureza e a ciência teleológica da sociedade (tese metodológica), assim como o Direito como forma e a economia como conteúdo.

ção entre ciência explicativa e ciência normativa. A sociologia do Direito é parte integrante de uma ciência explicativa da vida social, mas não pode explicar o que é o Direito.³⁶ A diferença epistemológica mais importante³⁷ não é entre o causal e o teleológico, mas entre o causal e o teleológico³⁸ (esfera do ser), de um lado, e o normativo (esfera do dever ser), do outro. O Direito também não é a forma da sociedade e da ação social, o que confundiria a validade empírica e a validade normativa.

A diferença estabelecida por Weber³⁹ entre o ponto de vista jurídico e o ponto de vista sociológico deriva da distinção entre a validade empírica e a validade ideal. O que interessa à sociologia, no domínio do ser, é a validade empírica; o que interessa à ciência do Direito (bem como à sociologia do Direito de Weber) é, no domínio do dever ser, a validade ideal. O problema da validade ideal é descobrir o significado de uma norma num sistema legal que se assume livre de contradições. O problema da validade empírica é a investigação da motivação que leva os indivíduos de uma comunidade a orientar o seu comportamento de acordo com uma ordem jurídica considerada empiricamente válida. Assim, Kelsen define o problema da teoria do Direito como o da validade ideal em vez da validade empírica. Isso esclarece porque é que as teorias substancialistas da sociedade não podem aplicar o seu método ao Estado:

36 Ver KELSEN, Hans, "Der Staatsbegriff der verstehenden Soziologie", in *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922), Tübingen, Mohr, 1928. De notar que o capítulo *Rechtssoziologie in Wirtschaft und Gesellschaft* (1921) (Tübingen, Mohr, 2001), no qual Weber apresenta a sua sociologia do Direito, foi encontrado mais tarde e publicado na edição de 1960.

37 Ver as críticas de Kelsen, de acordo com Weber, a Kantorowicz e Ehrlich sobre o erro de confundir validade ideal com validade real, reduzindo a jurisprudência a uma disciplina sociológica, Paulson, Stanley L., *op. cit.* Para a posição de Kantorowicz, ver, Kantorowicz, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, Muller, 1962. Sobre a posição de Ehrlich, ver, Ehrlich Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), Berlim, Duncker und Humblot, 1989. Kelsen, Hans & Ehrlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: eine Kontroverse (1915-1917)*, Baden-Baden, Nomos, 2003. Para a crítica da Weber, ver Weber, Max, *Schriften der deutschen Gesellschaft für Soziologie*, Tübingen, Mohr, 1911, pp. 323-330; Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen, Mohr, 1988; Weber, Max, *Wirtschaft... op. cit.*

38 Ver as críticas de Weber e Kelsen a Rudolf Stammler. Stammler, Rudolf, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung* (1896), Berlim, Walter de Gruyter, 1924; Kelsen, Hans, *Hauptprobleme... op. cit.*, Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft... op. cit.*, Weber, Max, *Überwindung der materialistischen Geschichtsauffassung* (1907), in Weber, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, reimpresso por Johannes Winkelmann, 1985.

39 Idem; ver também WEBER, Max, *Überwindung... op. cit.*

A organização e a instituição são de facto complexos de regras, de sistemas de prescrições que regulam o comportamento humano. Como tal, isto é, no sentido específico que possuem, só podem ser entendidas na perspetiva de uma reflexão orientada para a validade legal (*Soll-Geltung*) destas normas, e não para a eficácia positiva (*Seins-Wirksamkeit*) dos atos e representações humanas que têm estas normas como conteúdo.⁴⁰

Se Kelsen distingue o ponto de vista jurídico do sociológico, isso não significa que o seu pensamento jurídico possa estar livre de uma reflexão sobre a sociedade e a psicologia individual. A sua conceção de uma sociedade conflituosa (em oposição às teorias sociológicas holísticas), bem como a sua conceção psicológica moldada pelo pensamento de Freud (ambas no domínio do *sein*, e não do *sollen*) são fundamentais para a compreensão da sua teoria jurídica. Ambos os pontos de vista (*sein* e *sollen*) são dependentes um do outro. No entanto, segundo Kelsen, a diferença de perspetiva tem de ser rigorosamente definida quando se trata da teoria do Direito, de um lado, ou da teoria da sociedade, bem como da psicologia individual, do outro. Além disso, é a teoria do Direito que ele desenvolveu em profundidade; as suas considerações sociológicas e psicológicas desempenham um papel fundamental, mas não foram desenvolvidas a tal ponto que se possa encontrar nelas uma teoria sociológica ou psicológica cuja complexidade se aproxime do seu trabalho jurídico. Permanecem apenas em forma de esboço, ao qual ele se refere (lembrando sempre que a sociedade é conflituosa, e não homogénea, bem como que a psique é individual, e não coletiva) e tira consequências para a sua teoria jurídica.

2.2 Unidade jurídica

Kelsen extraiu da psicanálise os fundamentos da crítica do Estado como unidade social, mas é apenas num sentido negativo que recorre à psicanálise. A psicanálise mostra negativamente que o Estado não é uma unidade social, mas não identifica o tipo específico de nexos ativos no Estado, de modo que a questão permanece: “o que constitui a unidade do Estado

⁴⁰ KELSEN, Hans, *Der Begriff... op. cit.*, p. 124.

se não é a unidade social empírica?” A resposta de Kelsen é que existe no Estado apenas uma unidade jurídica, ligando todos aqueles que a ela estão sujeitos. Isso caracteriza a pertença a um Estado como sendo puramente jurídica. A noção de validade ideal (segundo Weber) desempenha um papel central porque a norma legal é válida, de acordo com as suas próprias leis específicas, para todos aqueles que pertencem legalmente a um Estado. Se Kelsen censura a sociologia por se basear no conceito de unidade social, não abandona o conceito de unidade, mas considera que a unidade do Estado é apenas jurídica, e não social. Daí a importância de não confundir a unidade sociológica, empírica e causal com a unidade jurídica do Estado, como o fazia a sociologia do seu tempo, de acordo com Kelsen. A ligação entre os indivíduos de um Estado só pode surgir através de uma ordem jurídica válida, de tal forma que todos aqueles para quem essa ordem jurídica é suposta ser válida sejam reconhecidos como membros do Estado.

Essa concepção kelseniana do Estado como unidade jurídica procura escapar às aporias tanto da sociologia como da psicanálise. O processo de identificação descrito por Freud tem um aspeto positivo para a formação do carácter apenas na psicologia individual, mas não no estabelecimento de laços sociais ou sentimentos de pertença a um Estado. Numa instituição como o Estado, a identificação só pode servir para produzir uma hipóstase coletiva. Epistemologicamente, Kelsen deseja assim diferenciar a ciência jurídica de uma ciência sociológica baseada num sistema causal natural. A adesão a uma ordem jurídica é apenas uma ligação causal: todos aqueles para quem essa ordem jurídica é assumida como válida são admitidos como membros do Estado. Para Kelsen, é inadmissível criar a ficção de uma unidade sociológica, empírica e causal que estaria entrelaçada com a unidade jurídica do Estado.

2.3 Os conflitos da sociedade

Ao considerar as noções de vontade geral e unidade sociológica no Estado como uma ficção, Kelsen concebe o Estado histórico como uma organização da dominação. As teorias que apresentam o Estado como o instrumento de uma vontade geral ou comunidade de solidariedade consideram o ideal como real ou, pior ainda, tentam justificar uma realidade. Para Kelsen, contudo, o ideal de um interesse que vai além dos interesses do grupo, como o ideal de uma solidariedade entre todos os membros

de uma sociedade (sem distinção de nacionalidade, classe, religião, etc.) é uma ilusão metafísica.⁴¹

Kelsen censura a escola moderna de Direito natural pela sua visão idealista da natureza humana; também critica o marxismo por ignorar a existência de conflitos cuja origem reside na psicologia, e não na economia. O marxismo, segundo Kelsen, sustenta que o desaparecimento das contradições económicas eliminará todas as contradições vitais. Contudo, existem conflitos religiosos, artísticos e de género que não podem ser reduzidos a conflitos económicos: cada diferença de opinião pode tornar-se numa luta de vida ou de morte. A crença na solidariedade social baseia-se na ignorância da natureza humana ou na esperança de uma transformação radical. As relações de dominação devem ser explicadas com base na natureza psíquica do ser humano. *Contrario sensu*, o marxismo afirma que, devido à vileza do capitalismo, os seres humanos tornam-se maus. Para Kelsen, o capitalismo (um sistema de exploração que ele certamente considera repreensível) só é possível devido ao impulso humano de utilizar os outros como meio para os seus próprios fins; um impulso que pode encontrar uma oportunidade na exploração económica, bem como noutras formas de abuso.⁴²

Finalmente, deve notar-se que a própria conceção psicológica do Estado como a soma das relações de força é um problema para Kelsen porque na realidade não pode haver unidade nem dos dominantes, nem dos dominados. No entanto, Kelsen vê toda a dominação como uma motivação onde a vontade de um homem se torna a vontade de outro, um fenómeno encontrado em todas as relações interpessoais, mesmo as de amor ou amizade. Dessa forma, os laços sociais envolvem sempre uma correlação de forças, um polo mais forte e um polo mais fraco.⁴³

2.4 Democracia e Crítica de Representação

Kelsen censura os sociólogos holísticos por negligenciarem o conflito social e mostra como a sociedade é constituída acima de tudo por confli-

41 Ver HERRERA, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997, p. 109.

42 Ibidem, pp. 250-251.

43 KELSEN, Hans, *Der Begriff... op. cit.*, p. 108-109.

tos. Poderíamos objetar que a sua concepção de unidade jurídica implica as mesmas dificuldades que uma teoria de unidade social. Contudo, Kelsen compreende essa unidade legal não como o produto de uma vontade comum ou de um consenso geral, mas como o resultado de um compromisso sustentado entre os interesses os mais divergentes. As consequências dessa visão devem modificar a concepção clássica de soberania: é necessário assegurar que os conflitos se manifestem diretamente no Estado. Isso exige uma transformação dos mecanismos de representação, bem como a introdução de formas democráticas diretas, de modo a que todos os interesses possam ser expressos no momento legislativo.

Existe uma estreita articulação entre a sua crítica das sociologias holísticas, a sua teoria do conflito e a sua proposta para a renovação do parlamentarismo. Essa articulação é expressa no seu estudo *O Problema do Parlamentarismo*.⁴⁴ Envolvido na discussão sobre a crise, falência e agonia do parlamentarismo, considera que a luta histórica contra a autocracia tem sido, de facto, uma luta pelo parlamentarismo (por uma constituição que dá espaço para a representação do povo na tomada de decisões do Estado). A democracia moderna depende da capacidade do parlamentarismo (o único modelo adequado à realização da democracia) de resolver os problemas sociais do seu tempo, o que para ele significa a capacidade de prestar contas de todos os seus conflitos e de não os ocultar propagando a ideia de uma vontade geral que poderia ser representada por alguns eleitos: “a decisão sobre o parlamentarismo é, ao mesmo tempo, a decisão sobre a democracia”.⁴⁵

Kelsen criticou o argumento, popular na altura, de transformar o parlamento numa espécie de organização corporativista: isso pressupunha que aqueles que exerciam a mesma profissão teriam os mesmos interesses, de modo que os conflitos dentro de uma profissão seriam atenuados. De acordo com o princípio da divisão do trabalho, seria necessário introduzir parlamentos especializados para os diferentes ramos legislativos em vez de um órgão legislativo central, universal e democraticamente eleito. No entanto, contra a ideia da existência de uma espécie de unidade social dentro das categorias profissionais, Kelsen observa que os indivíduos têm não apenas

44 KELSEN, Hans, *Das Problem des Parlamentarismus* (1926), Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

45 *Ibidem*, p. 5.

interesses profissionais, mas também outros interesses vitais, como por exemplo, religiosos, éticos, estéticos. Também querem certa regulamentação jurídica do casamento, da relação entre Igreja e Estado, bem como dos restantes nexos sociais.⁴⁶ Além disso, continua, os trabalhadores de todas as profissões sentem-se mais unidos entre si do que com os patrões capitalistas da mesma profissão.

A organização corporativista não exprime as verdadeiras forças sociais. Pelo contrário, é o princípio da oposição entre maioria e minoria, a forma oficial do parlamento democrático, que é a verdadeira expressão da sociedade cindida em duas classes. Esse argumento está ligado a uma crítica ideológica. Historicamente, observa Kelsen, as corporações profissionais sempre foram o meio utilizado por um grupo para dominar outro: “não é curioso que o apelo à organização corporativa venha do lado burguês, quando o proletariado, até agora uma minoria, se torna uma maioria, e quando o parlamentarismo democrático ameaça virar-se contra o grupo que até agora dominava a cena política?”⁴⁷

Porque Hans Kelsen parte de uma conceção de sociedade caracterizada pelo conflito, em contraste com as teses sociológicas holísticas que sublinhavam a unidade, ele pode criticar todos os princípios clássicos do parlamentarismo. A definição clássica é que o parlamentarismo resulta de um órgão eleito pelo povo sob sufrágio universal e igualitário, de acordo com o princípio da maioria, com vista a formar a vontade do Estado. O primeiro princípio expresso nessa definição é o da liberdade, o princípio da autodeterminação democrática. A luta pelo parlamentarismo sempre foi, de facto, uma luta pela liberdade política. Contudo, Kelsen observa que a realidade social e a prática política negam a existência da liberdade. A ordem social deve ser formada por todos aqueles que a partilham, mas o povo não constrói a ordem social. Apenas escolhe os indivíduos que supostamente representam o povo, considerado como uma hipóstase coletiva, como na teoria do contrato social. Contudo, para Kelsen, a vontade de alguns indivíduos não significa a vontade do povo, porque as vontades de um ou de outro são sempre diferentes e conflituosas.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁷ *Idem*.

O segundo princípio é a intermediação na formação da vontade (o princípio da representação), o que implica uma divisão do trabalho e diferenciação social. A ideia de que o parlamentarismo expressa a liberdade democrática baseia-se no que Kelsen chamou a ficção da representação, uma concepção segundo a qual o povo só se pode expressar através do parlamento que o representa, mesmo que esse seja independente do povo e sem os parlamentares receberem quaisquer instruções dos seus eleitores. Assim, a ficção da representação legitima o parlamento de acordo com o princípio da soberania popular. No entanto, não é possível, para Kelsen, representar o povo, da mesma forma que uma pessoa não pode representar outra, porque têm interesses divergentes.

Dado que não há uma verdadeira representação, nem uma unidade de vontade, os parlamentares devem estar sempre sujeitos ao controlo do povo. Kelsen não aceita, portanto, o princípio da não responsabilização dos parlamentares. O princípio da imunidade (segundo o qual um parlamentar só pode ser julgado e condenado se o parlamento concordar) tem a função de proteger os legisladores numa monarquia constitucional, mas não tem sentido numa república parlamentar. Kelsen considera também que, se o povo se opuser ao parlamento, esse deve ser dissolvido. Isso não significa necessariamente que o próximo parlamento irá expressar a vontade do povo, o que devido à natureza conflituosa do sistema social é impossível, mas pelo menos não estará contra o povo.

Embora não seja possível que a vontade do Estado seja construída pelo povo a todos os níveis, é, no entanto, viável que o povo possa, pelo menos por outros meios, participar mais intensamente no processo legislativo do que no caso do parlamentarismo, no qual a sua participação se restringe às eleições. O referendo (não só constitucional, mas também legislativo) alarga essa participação. Outra instituição, segundo Kelsen, que permite uma interferência imediata do povo na vontade do Estado, é a iniciativa popular, através da qual certo número de eleitores propõe um projeto de lei que o parlamento é obrigado a considerar. Essa instituição, segundo Kelsen, deveria ter maior peso na constituição e permitir ao povo apresentar, acima de tudo, diretivas gerais. Uma vez que os eleitores não podem instruir o parlamento, poderiam pelo menos dar aos seus representantes algumas diretrizes para os orientar.

O terceiro princípio que Hans Kelsen critica é o princípio da maioria. O parlamento e a ordem social baseiam-se no princípio da maioria, mas a maioria pressupõe uma minoria. Portanto, apenas aqueles que pertencem à maioria são livres e autodeterminados. A minoria está em contradição com a ordem social. Mesmo aqueles que pertencem à maioria não são completamente livres, porque não podem mudar o seu ponto de vista sem precisar de outra maioria a qual aderir para se tornar novamente livre. O princípio da maioria não permite que todos os diferentes interesses sejam representados no parlamento; não permite que se desenvolvam todas as opiniões e oposições (problemas que permanecem até hoje no centro do debate sobre a democracia e a crise de representação). Após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, Kelsen, talvez imaginando que as possibilidades de controlar a soberania do Estado através do Direito interno eram demasiado limitadas, dedicou-se acima de tudo ao estudo do Direito internacional. Doravante, ele procuraria na lei fora do Estado um meio de restringir adequadamente a sua sempre feroz soberania.⁴⁸

Conclusão

Um dos autores que prosseguiu a crítica de Kelsen ao conceito de alma coletiva e que apela ao controlo da soberania do Estado pelo Direito internacional é o filósofo Jürgen Habermas. É verdade que os dois autores têm imensas diferenças epistemológicas e políticas. Uma das mais importantes é que, para Kelsen, o Direito é o produto de um compromisso, uma vez que a divergência da pluralidade de interesses é irreconciliável, enquanto Habermas, ao enfatizar a racionalidade da construção do Direito, vê-o produzido não como um compromisso, mas como um consenso ou o resultado de uma comunicação em que o melhor argumento convence (o que para Kelsen significaria cair novamente na metáfora da vontade geral que tanto criticou). No entanto, os dois filósofos estão mais próximos noutro ponto: a sua crítica ao nacionalismo. Habermas opõe-se à visão etnonacional da sociedade, que pressupõe a existência de uma nação, um

48 Ver KELSEN, Hans, *Law and peace in international relations*, Cambridge, Harvard University Press, 1948; Kelsen, Hans, *Peace through law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944.

povo com homogeneidade cultural.⁴⁹ Tal visão torna impossível pensar no Estado no quadro de uma sociedade pluricultural, ou seja, uma sociedade onde coexistem diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, credos, visões de mundo e modos de vida.⁵⁰ Para Habermas, a nação dos cidadãos não encontra a sua identidade nas semelhanças etnoculturais,⁵¹ o consenso deve basear-se na unidade de um procedimento,⁵² quando “os mesmos princípios jurídicos devem ser interpretados a partir da perspectiva de diferentes tradições nacionais, diferentes histórias nacionais”.⁵³ Assim, não há contradição entre a universalidade dos princípios jurídicos e a particularidade das interpretações desses princípios jurídicos permeadas por diferentes histórias nacionais. Isso permite também o acordo com estrangeiros, bem como a inclusão do outro, o que não implica uniformidade.⁵⁴

Nos seus textos mais recentes, Habermas introduziu expressões como a identidade europeia, referindo-se aos sistemas jurídicos como a expressão dos valores e cultura de um povo.⁵⁵ Isso é certamente uma resposta a críticas de uma visão muito formalista e cega às questões socioculturais, bem como uma tentativa de dar conta das divergências dos sistemas políticos, jurídicos e culturais. Contudo, não é claro como essa noção de cultura, mesmo que apenas implique a atitude em relação aos direitos humanos, possa escapar à imprecisão que o próprio Habermas queria combater nos seus primeiros textos. Do ponto de vista de Kelsen, pareceria aproximar-se daquela substancialização que ele não podia tolerar em Simmel ou Durkheim e que sem dúvida consideraria ainda em obra nos dias de hoje.

49 Ver HABERMAS, Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Studien zur politischen Theorie, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996, p. 158.

50 Ibidem, p. 174.

51 Ver HABERMAS, Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, p. 636.

52 Ibidem, p. 638.

53 Ibidem, p. 643.

54 Ver HABERMAS, Jürgen Habermas, *Einbeziehung... op. cit.*, p. 164-165.

55 Ver HABERMAS, Jürgen Habermas, *Ach, Europa*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2008.

Referências Bibliográficas

BALIBAR, Etienne, «Freud et Kelsen (1922): l'invention du Surmoi», *Incidence*, 2007, 3.

BEAU, Olivier & Pasquino, Pasquale (coords.), *La controverse sur le gardien de la Constitution et la justice constitutionnelle : Kelsen contre Schmitt*, Paris, Panthéon-Assas, 2007.

BOBBIO, Norberto, *Diritto e Potere: saggi su Kelsen*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

DURKHEIM, Emile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie*, Paris, Librairie Générale Française, 1991.

EHRlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913)*, Berlim, Duncker und Humblot, 1989.

_____ *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: eine Kontroverse (1915/1917)*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

FREUD, Sigmund, *Studienausgabe*, Frankfurt am Main, Fischer, Volumes 3 e 9, 2000.

HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

_____ *Die Einbeziehung des anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.

_____ *Ach, Europa*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2008.

HERRERA, Carlos Miguel, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Kimé, 1997.

_____ «Communauté introuvable, inéluctable contrainte: Le Freud de Kelsen», *Incidence*, 2007, 3.

HÖFFE, Ottfried, *Immanuel Kant: Zum ewigen Frieden*, Berlim, Akademie Verlag, 1995.

Direito e Democracia em Hans Kelsen
A Crítica Kelseniana da Personalização do Estado

KANT, Immanuel, *Kanstwerke*, Berlim, Walter de Gruyter, Volumes 6 e 7, 1990.

KANTOROWICZ, Hermann, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, Muller, 1962.

KELSEN, Hans, „Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse“, *Imago*, volume 8, número 2.

_____ *Sozialismus und Staat (1920)*, Leipzig, Hirschfeld, 1923.

_____ *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (1922)*, Tübingen, Mohr, 1928.

_____ *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, Mohr, 1933.

_____ *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944.

_____ *Law and peace in international relations*, Cambridge, Harvard University Press, 1948.

_____ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatzes (1911)*, Aalen, Scienta Aalen, 1960.

_____ *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Neuwied, Luchterhand, Introdução de Ernst Topitsch, 1964.

_____ *Das Problem des Parlamentarismus (1926)*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

KRAWIETZ, Werner; Topitsch, Ernst; Koller, Peter (coords.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker und Humblot, 1982.

LE BON, Gustave, *Psychologie des Foules (1895)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1981.

METALL, Rudolf, Hans Kelsen. *Vie et Ouvre. Incidence*, 2007, 3.

Soraya Nour Sckell

PAULSON, Stanley (coord.), *Hans Kelsen und die Rechtssoziologie: Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber*, Aalen, Scientia-Verlag, 1992.

STAMMLER, Rudolf, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung (1896)*, Berlin, Walter de Gruyter, 1924.

VLACHOS, Georges, *La pensée politique de Kant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1962.

WEBER, Max, *Schriften der deutschen Gesellschaft für Soziologie*, Tübingen, Mohr, 1911.

_____ *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, Tübingen, Mohr, 1988.

WINCKELMANN, Johannes (ed.), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1985.