

REVISTA
DE
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 165
janeiro/março – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O princípio de maioria na doutrina de Hans Kelsen

João Batista Marques

Sumário

Introdução. 1. A democracia para Hans Kelsen. 2. O princípio de maioria segundo Kelsen. Conclusão.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal descrever, analisar e ter em conta a aportação científico-teórica que fez Hans Kelsen, ainda que seja relevante trazer à discussão toda a temática relacionada, no campo do sistema de governo proposto pela Democracia. Também é objeto deste escrito, sem embargo de buscar subsídio acerca do pensamento kelseniano sobre a democracia em obras que sobre ele se puseram, o esforço para apreender e compreender a contribuição que deu à História, tendo-se como fio condutor sua obra mestra “*Esencia y valor de la democracia*”. Basicamente, as idéias desenvolvidas por Kelsen, para tentar encontrar as respostas para a questão democrática, estão dispostas nos dois momentos¹ em que o renomado mestre de Viena aborda o tema: no primeiro caso, com a publicação de seu livro em 1920; e no segundo caso, quando levou a cabo a publicação de sua outra obra intitulada “*Los Fundamentos de la Democracia*”, em 1955, onde reitera suas anteriores manifestações.

A obra extensa e profunda de Kelsen reflete sua compreensão e entendimento de que a Democracia é, acima de quaisquer outras vicissitudes, um procedimento para

João Batista Marques é Advogado, Professor, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidad Complutense de Madrid.

a tomada de decisões políticas, seja para o fim do bom governo do povo, ou seja para o fim da legitimação desse próprio sistema governativo.

Por uma medida de lealdade intelectual, é oportuno apontar que o pensamento do autor em comento não obteve a unanimidade, tendo sido objeto de ferrenhas críticas. Entre aqueles que objetam as idéias desse autor, imputam-lhe a condição de um baluarte da antidemocracia.

Inobstante tal pensamento, teve o grande mentor do constitucionalismo de Áustria o mérito de sobrepor uma lógica consistente na reflexão acerca do modelo democrático de gestão dos conflitos de interesses em uma sociedade organizada e civilizada. Portanto, tal pecha há que ser rechaçada, pois sua posição doutrinária conduz à consciência de que a democracia é procedimental, devendo ser ela afastada, por ademais de ser equivocada, em razão de que nada tem a ver com apreciações valorativas concretas de determinada realidade que haja servido de base para as formulações em torno do tema.

Quando Kelsen descreve sua Teoria Pura do Direito, está preocupado em explicar o fenômeno jurídico desde uma visão distanciada de todas as influências exteriores ao dito fenômeno, como as influências sociológicas, históricas, econômicas, etc. Entende ele a Democracia, nesse particular, em termos de essencialidade de concreção, como um modelo puramente formal de gestão e gestão dos interesses comuns, pela primazia dos princípios garantidores da liberdade do indivíduo, do fortalecimento da participação do titular da soberania, que é o povo, de maneira não direta, mas de maneira a ser exercida por representantes em um órgão articulador das decisões políticas relevantes, mediante um método ou procedimento formal de tomada de decisões baseado na transação, na negociação, que deverá existir entre a maioria e a minoria, com o necessário respeito à segunda.

Em última instância, Kelsen entende que a relevância da democracia subsiste latente

no meio social, reverberando como meio suficiente e necessário para a formação da vontade geral.

1. A democracia para Hans Kelsen

O primeiro que salta à vista quando se está a examinar o tema da democracia em Hans Kelsen é a premissa básica que sustenta seu raciocínio lógico, ou seja, para ele Estado e Direito significam basicamente o mesmo conteúdo, já que essas duas construções culturais do homem moderno aglutinam o *modus vivendi* e o *modus operandi* de todo o atuar em sociedade, determinando ambos as condutas estabilizadas e desejadas. Isso, precisamente, porque, em sua definição de democracia, o traço característico é a participação individual nas decisões que afetam ao todo, ou melhor, é o grau de envolvimento no governo da engenharia constitucional, no dizer de Sartori (2004), criada e mantida na comunidade em que cada um dos indivíduos está submetido.

Um segundo posicionamento em torno ao pensamento kelseniano dá argumentos fortes à posição de que a democracia, como modo de organização e participação social, é antes de tudo um método, um procedimento para permitir os debates, as articulações, transações e negociações entre as distintas correntes e forças políticas que representam os interesses dispersos e difusos na sociedade, com o fim de que possa concretizar, de um modo pragmático, o que resultar do que aqui se denomina Vontade Política.

A reflexão de Kelsen realça que, inexoravelmente, Sociedade e Estado hão de conviver sob a condição de um esquema de ordenação que fixe os parâmetros que compatibilizem liberdade e igualdade de seus participantes. Está subjacente a esse posicionamento um conteúdo essencial axiologicamente previsto para os fins de garantia dos valores humanos fundamentais baseados nos ideais da Justiça e da Igualdade.

Kelsen (1989, p. 227), definitivamente, põe de manifesto a vinculação ingente e ne-

cessária entre a democracia e a liberdade. E esse posicionamento resulta evidente, pois o significado intrínseco do procedimento democrático é a garantia da máxima liberdade aos que estão submetidos à condição da natureza humana, em que o homem há de compatibilizar o binômio necessidade/dificuldade de mútua convivência.

Hans Kelsen (1995, p. 337-338), em sua obra sobre a teoria geral do Estado e do Direito relativiza a idéia de democracia e, como aponta magistralmente Monereo Pérez (2002, p. XIV), parte da idéia da mutável e sempre cambiante experiência histórica, rechaçando a hipótese de um valor absoluto transcendente. Quer isso dizer que, em sociedade, vale a regra de que todos são iguais, por definição.

De todas maneiras, Kelsen reforça a idéia de democracia como método ou procedimento para formação e obtenção da Vontade Política da sociedade, e que, de acordo com a obra citada:

“en todo caso una cuestión de procedimiento, el método específico de creación y aplicación del ordenamiento social que constituye la comunidad; éste es el criterio distintivo de ese sistema político al que se llama propiamente democracia. La democracia no es un contenido específico del ordenamiento social salvo en la medida en que el procedimiento en cuestión es, él mismo, un contenido de este ordenamiento, es decir, un contenido regulado por este ordenamiento”.

A democracia resulta, portanto, em um meio capaz de promover a interação entre os indivíduos e o coletivo, e entre estes e o Estado, reduzindo a complexidade das relações inerentes, como bem está assinalado por Fernández-Miranda (2003, p. 28).

“la democracia, pues, exige el aseguramiento jurídico de los derechos y libertades fundamentales, que hacen posible la participación política y que, a partir de la contribución de todos, legitiman la regla de la mayoría como

mecanismo impecablemente democrático de toma de decisiones”.

Também consiste em preocupação kelseniana a idéia da necessidade de garantia de um arcabouço, um acervo de liberdades fundamentais, em que funciona o modelo procedimental formal da democracia como instrumento catalisador do processo social no termo participativo do governo comunitário.

A percepção de Kelsen sobre a democracia só ter como componente essencial o elemento subjetivo, representado pelos atores de todo o procedimento. Percebe ele que a democracia só tem razão de ser caso seja o calço de uma forma de manifestação política na qual, no poder soberano de determinar a gerência e o governo dos interesses coletivos, esteja definido como titular do exercício do poder o próprio povo.

Muito possivelmente não veja Kelsen nesse elemento essencial para a democracia mais que um elemento cuja legitimação radica em um conceito jurídico, já que a realidade social permite perceber variedades tais de grupos humanos convivendo simultânea e conflitivamente, submetidos à mesma conjuntura, mas detentores de traços característicos mórficos variáveis, como se exemplifica pela existência de culturas, língua, raças, etc., bem como outros atributos das sociedades humanas.

A percepção é que o povo, termo aqui entendido como a expressão eminentemente jurídica, não é a coletividade como um todo. Por suposto que a idéia de povo, de onde emana o poder e legitima o seu exercício, resulta restringida em número dos que podem participar no procedimento democrático. Também há que se ter em conta que a esse conjunto de pessoas participantes, não se pode considerá-las em sua universalidade, dada a impossibilidade técnica de participação individual nas tomadas de decisões. O problema que agora se permite levantar, naturalmente, fica resolvido por intermédio do procedimento formal consubstanciado no princípio da Representa-

ção, ou seja, o povo, que reflete um conteúdo jurídico, detém o poder de autogovernar-se, mas exercita esse poder mediante seus representantes, elegidos por um sistema de redução da complexidade, que é o sistema eleitoral.

Para a intermediação, na prática da realidade política, surge a figura dos Partidos, cuja definição, do próprio Kelsen, é que essas instituições sociais buscam reunir e convergir as idéias que sejam concludentes para poder assegurar uma atuação eficiente na consecução da vida política da comunidade, de um modo geral e universalizante.

Outro elemento formal da democracia que deve ser sublinhado em Hans Kelsen é o relativo ao órgão que possibilita as transações das mais diversas posições ideológicas. Ou, dito de outra maneira, é no Parlamento que o povo, por intermédio de seus representantes eleitos segundo o processo eleitoral vigente, torna factível a materialização dos interesses individuais e coletivos na vontade política do Estado. É no Parlamento que o elemento subjetivo, configurado pelo povo, manifesta sua vontade tendente à formação de um conteúdo geral e abstrato de paradigmas de condutas da vida em sociedade e de gestão dos interesses comuns plasmados em leis.

Importante posicionamento passível de inferência em torno ao conceito kelseniano de democracia é que tal instituição do governo dos homens pelos homens ultrapassa a mera condição de organização econômica, pois entende ele que, na prática social, desde um ponto de vista potencial, o procedimento democrático, como forma da política, admite conteúdos diversos, possibilitando o desenvolvimento tanto de um sistema econômico de orientação ao Capitalismo, como de outro com orientação Socialista.

2. O princípio de maioria segundo Kelsen

O renomado mestre austríaco é, como já assinalado anteriormente, um firme defen-

sor do relativismo em torno do tema da democracia, o que vai determinar seu pensamento em relação ao chamado Princípio de Maioria, ao que o próprio Kelsen prefere denominar Princípio de Maioria e de Minoria.

Levando-se em consideração que, por definição kelseniana, a existência de uma maioria pressupõe, de antemão, a coexistência necessária de uma minoria, pode-se inferir que somente é possível falar em Maioria se se tem em conta que existe uma prévia disposição da minoria com seu respectivo direito de participação no processo deliberativo.

É forçoso concluir que essa necessidade de dar cabida a um processo deliberativo de tomadas de decisões políticas que permita, dialeticamente, a participação concomitante da Maioria e da Minoria adquire força e razão de ser se, e somente se, estão todos a falar de uma Democracia Representativa. Sabidamente, entendida a democracia representativa como procedimento formal de redução da complexidade política que informa a vontade coletiva, posto que, na democracia de identidade, ou seja, a democracia direta, também explicada por aquela em que o povo exercita, sem intermediários, o seu poder soberano de constituição, fica sem sentido a existência de representantes, mandatários atuando em nome dos titulares do poder em um órgão articulador das transações e negociações que se devem realizar para a imprescindível obtenção da vontade política desse mesmo povo.

Em uma democracia de identidade, tampouco tem força a distinção entre Leis e Constituição, uma vez que o titular da soberania prescreve as condutas diretamente, e sempre quando assim o desejar, não estando limitado por quaisquer restrições. Desse modo, a noção de supremacia da Constituição perde relevância, uma vez que o titular constituinte tem um poder prévio e ilimitado na formulação diuturna da política geral de constituição das condutas previstas para o pacto de convivência.

Posição crítica à democracia de representação dita que, por razão da impossibilidade técnica da realização da democracia direta ou de identidade, surgem, no âmbito do órgão representativo articulador da vontade do povo, qual seja o Parlamento, posições ideológicas majoritárias tendentes a obscurecer a vontade da minoria, visando sempre à unanimidade, surgindo, por outro lado, também, as paixões minoritárias, muitas vezes incapazes de interpor a força suficiente para dar vazão a um mecanismo equilibrador, em que esteja manifesto um sistema de freios e contrapesos.

Frente a argumento tão palpável, Kelsen predica a efetiva garantia às minorias como método de concerto da democracia, por intermédio da participação dessa parcela da vontade política, sem a qual não se pode legitimar a tomada de decisão. De toda sorte, há de haver um acordo entre a Maioria e a Minoria na composição de uma só vontade manifestada pelas diferentes forças políticas que compõem o órgão parlamentar.

O procedimento parlamentar para Hans Kelsen está concebido como o resultado contingente de uma distinção sobrejuntamente importante e que se manifesta entre os conceitos de ideologia e realidade. Em um primeiro suposto, ele percebe como um sistema ideal da liberdade com ênfase no fato de que a formação da vontade coletiva deve dar-se com a maior aproximação possível à vontade dos indivíduos submetidos, não só no que diz respeito ao procedimento, mas também aos efeitos decorrentes dessa Liberdade.

Sob esse prisma, Kelsen concebe uma noção para o significado do que é a autodeterminação, termo que se encontra vinculante e vinculado ao ideal da Liberdade. E o definitivo, nessas questões ideais, é que, por ficção, a maioria representa a decisão aqui-escida pela minoria e que essa decisão é representativa da Vontade Coletiva.

De ângulo distinto, Kelsen reconhece a existência de outro problema, o fato de que, na realidade, as coisas não acontecem tal qual previsto ideologicamente. Exemplifica

que pode haver maiorias numéricas que nada determinem, uma vez que resultam de coalizões meramente eleitorais. É possível trazer um termo cunhado no jargão político, “coalizões meramente eleitoreiras”.

Muito se há falado, no curso deste escrito, sobre o Princípio de Maioria. Significa para Kelsen (1995, p. 65) o referido princípio, em suas próprias palavras:

“el sentido del principio de la mayoría no consiste en que triunfe la voluntad del mayor número, sino en aceptar la Idea de que bajo la acción de este principio, los individuos integrantes de la comunidad social se dividen en dos grupos fundamentales”.

Da necessidade do confronto, não necessariamente numérico, entre maioria e minoria, é possível reconhecer, segundo Kelsen, que o procedimento diante do Parlamento, com toda sua dinâmica de funcionamento, resultado da mecânica do contraditório, das controvérsias e debates, das influências manifestadas, dos discursos e réplicas, posições e contraposições ideológicas, deve constituir-se em uma ferramenta eficiente e eficaz que tenda a viabilizar o consenso, cujo nome mais difundido é transação.

A transação, que retrata simplesmente a negociação política, tem uma amplitude em Kelsen, significando o modo político dialético capacitador do embate e catalisador dos distintos movimentos de idéias. Concebe a articulação negociativa, sobretudo, quando esta conduz ao afastamento, à posposição dos problemas que podem estorvar o consenso, à coesão; com o concurso, no mesmo procedimento das coadunações necessárias que visem à busca dos elementos que facilitem, que favoreçam, que contribuam à consecução da Vontade Coletiva. A transação kelseniana traz a receita para todo o procedimento parlamentar, pois este está baseado na fixação de uma linha equidistante mediana entre os interesses que se contrapõem, que resultam da bipolarização, da pugna entre as idéias, das forças sustentadas no debate político.

Dando-se conta que o órgão parlamentar está composto por membros provindos do corpo eleitoral, o que se constitui em uma dificuldade no plano concreto é o problema de como formular um sistema eleitoral equilibrado e seguro, que seja capaz de dar as respostas que melhor resolvam as pugnas de interesses contrapostos no seio daquele órgão.

O sistema de representação fundamentado na proporcionalidade, segundo Kelsen, permite que cada partido participe no Órgão com a força numérica que lhe há dado uma parcela do Corpo Eleitoral, ou seja, o partido, no Órgão Parlamentar, representa não a integralidade do corpo eleitoral, mas a parcela do eleitorado que lhe deu aquela votação.

Notadamente, o mestre da Escola de Viena advoga por um sistema de representação proporcional para a composição dos distintos ideários no seio do Parlamento. Assevera, inclusive, que esse tipo de método é hábil e útil para a acomodação dos dois princípios basilares reitores da vida parlamentar: ou bem permite intercambiar o sistema de maioria; ou, por outro lado, o sistema de divisão em circunscrições eleitorais, o que facilitaria a obtenção de assentos na bancada parlamentar pelas minorias.

Advém dessa posição a vantagem de que, nas discussões e debates no Órgão Parlamentar, estejam manifestadas as representações de todos os partidos, de conformidade com a força numérica que sustenta a expressão das idéias políticas na sociedade.

Ademais, a Kelsen não há ocorrido deixar de levantar algumas objeções às quais se enfrenta o sistema de representação proporcional, como é o exemplo dado por ele de que de nada serve levar-se ao Parlamento minorias fracas, posto que as decisões são impostas, sem negociação, pela maioria. E, de todas maneiras, que esse sistema facilita a formação de partidos pequenos e atomizados, o que redundaria em dificuldade para a formação de uma vontade política homogênea e garantidora do regular desenvolvimento das atividades parlamentares e de governo. Nessa mesma linha de racio-

ínio, traz ele à colação outras objeções feitas ao modelo de representação proporcional, que estão muito evidentes e que refletem o conteúdo de sua formulação teórica de fundo eminentemente democrático, remetendo a solução para os problemas suscitados à necessidade de uma integração política resultante da sorte de coalizões eleitorais que possam gerar o trabalho constante das forças sociais representadas no Parlamento.

Conseqüência manifesta que acredita Kelsen ser de todo benéfica para o resultado da formação do governo e sua conseguinte manutenção, havida conta de que a vontade manifestada para o governo do Estado consistirá, simplesmente, não na vontade de um só grupo partidário, mas, por outra forma, haverá que se levar em consideração as vontades das outras agremiações partidárias com representação no Parlamento. E de verdade, como assinala Kelsen, o trabalho de transação é mais proveitoso no âmbito parlamentar que aquele que seria feito pela massa disforme do Corpo Eleitoral, em uma eventual democracia de identidade.

A obra de Kelsen considera essencial a luta transaccional parlamentar e que esse embate deve estar cercado de garantias de que as minorias tenham as mesmas possibilidades e oportunidades no jogo político para desenvolver suas propostas e projetos.

Por outra sorte de situações, Kelsen pontualiza alguns importantes riscos que devem ser considerados no procedimento parlamentar, baseado na representação proporcional. Um dos principais problemas que sublinha é o do bipartidarismo, em que sempre se impõe uma maioria em detrimento de uma minoria, com uma conseguinte tendência à perpetuidade no poder por parte do grupo majoritário, bem como um possível desinteresse da minoria que estaria destinada a ficar sempre sem a factibilidade de poder tornar-se, eventualmente, governo.

Ademais desse significativo problema da distribuição bipolar do poder entre o partido majoritário e as minorias, suscita o autor outra questão de transcendental rele-

vância na rotina do procedimento parlamentar, que está relacionada com o tema da obstrução. Esse mecanismo de atuação da minoria Kelsen considera quase legítimo, ainda que também o considere como um meio que pode tornar possível entorpecer, ou quiçá, obstaculizar, inclusive, às vezes, impossibilitar o processo de transação no seio do Parlamento.

Em outros supostos, reconhece Kelsen que a obstrução, na prática parlamentar, possibilitou e, inclusive, alicerçou uma realidade que habilita a maioria e a minoria para promover cada vez mais as transações necessárias à vida política do Estado.

Assim é que se pode imputar a Kelsen uma certa influência da vertente psicanalítica, sobretudo quando explica as diferenças entre o que é a democracia e o que é a autocracia. Argumenta acerca da posição favorável a uma situação psico-política em termos de uma prévia disposição a uma aceitação ou a uma recusa de determinadas ordens providas de uma ou de outra.

A pregação kelseniana, enveredando por essa tendência psico-político-social, estabelece que a submissão do indivíduo na democracia se dá pela adesão espiritual, motivada pelo fato de que alguém se vê representado por aquele a quem elegeu, e que a norma criada por seu representante tem algo de participação sua, o que faria com que, no caso, esse indivíduo se tornasse predisposto ao cumprimento do preceituado, enquanto, por outro lado, também existiria uma adesão individual ao cumprimento na autocracia, mas com outra motivação psicológica, de índole negativa.

A título de síntese das diferenças entre a democracia e a autocracia, o que reflete o autor é que a primeira acaba por sobrelevar a consciência individual do cidadão à participação no jogo político por meio de sua adesão pessoal. E isso vai se dar pela crença de que o indivíduo se considera um ator mais na cena política. Sem embargo, na autocracia, o indivíduo permanece inerte à espera da definição que lhe será outorgada

heteronomamente. Isso explica que, ainda que a teoria do Contrato Social, de Rousseau, constitua uma ficção ideológica, segundo o pensamento de Kelsen, na realidade psicológica, ele visualiza que a democracia torna viável a possibilidade da concórdia, do consenso, enquanto a autocracia sobrelevar o peso que tem a decisão dada desde fora.

Conclusão

A modo de resumo, o princípio de maioria e de minoria kelseniano reforça a necessidade da constante conversação política no âmbito daquele Órgão encarregado da articulação das forças políticas com vulto na organização do Corpo Eleitoral. É o Parlamento como foro por excelência da democracia representativa de partidos. A esse contínuo diálogo que torna assumível a transação, tende a aproximar-se ainda mais daquilo que é o consenso, sempre e quando as minorias hajam tido a possibilidade de participação no processo decisório. E tudo isso porque, pode-se concluir, desde o pensamento de Kelsen, a decisão tomada apenas com obediência à regra majoritária não representa necessariamente que tal decisão tenha que ver com o que é a verdade, a correção ou a fiabilidade. Apenas essa decisão advém de uma regra numérica, e, sem a dialética facilitadora do consenso, pode aquela redundar em desapareço pelo método democrático.

Notas

¹ Obras traduzidas ao Castellano.

² Há de entender-se o conceito de Corpo Eleitoral como o conjunto de cidadãos habilitados legalmente à manifestação do direito de sufrágio.

Bibliografia

DAHL, Robert A. *Poliarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.

FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso; FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR,

Carmen. *Sistema electoral, partidos políticos y parlamento*. Madrid: Colex, 2003. 223 p.

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Traducción de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra; estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002.

_____. Forma de estado y visión del mundo. In: CORREAS, Óscar (Comp.). *El otro Kelsen*. México: Universidad Autónoma del México, 1989.

_____. *Los fundamentos de la democracia*. 1965. [S. l.: S. N.]

_____. *Teoría general del derecho del estado*. Traducción de Eduardo García Máynez. México: Universidad Autónoma de México, 1995.

MONEREO PÉREZ, José Luis. La democracia en el pensamiento de kelsen. In: KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Granada: Comares, 2002.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparata: strutture, incentivi ed esiti*. Bologna: Il Mulino, 2004. 239 p.

_____. *¿Qué es la democracia?*. Traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón. Madrid: Taurus, 2003.