

A política dos juristas

Direito, liberalismo e socialismo em Weimar

Carlos Miguel Herrera

Tradução de Luciana Caplan



Copyright © 2012 Carlos Miguel Herrera

Publishers: Joana Monteleone/ Haroldo Ceravolo Sereza/ Roberto Cosso

Edição: Joana Monteleone

Editor assistente: Vitor Rodrigo Donofrio Arruda

Assistente editorial: Patrícia Jatobá U. de Oliveira

Projeto gráfico e diagramação: Patrícia Jatobá U. de Oliveira

Revisão: João Paulo Putini

Capa:

ALAMEDA CASA EDITORIAL

Rua Conselheiro Ramalho, 694 – Bela Vista

CEP 01325-000 – São Paulo – SP

Tel. (11) 3012-2400

www.alamedaeditorial.com.br

Sumário

Capítulo I

A Herança Weberiana

Weber e a Política Alemã (1917- 1920)

Democracia e Dominação Carismática

A Construção da Problemática Max Weber

Uma Teoria Desencantada do Liberalismo?

Capítulo II

Kelsen e o Liberalismo

Pureza Teórica e Simpatias Políticas

Analisando o Liberalismo

Limitação do Estado

Parlamentarismo

Harmonia de Interesses

Propriedade privada

Capítulo III

Carl Schmitt e o Marxismo

Origem dos textos

Capítulo II
Kelsen e o Liberalismo

A teoria política de Kelsen é considerada, segundo uma arraigada tradição, como uma expressão do liberalismo político. Mais ainda, pode-se dizer que o liberalismo forma parte da “concepção aceita” da *reine Rechtslehre*, ponto de vista compartilhado tanto por seus adeptos como por seus críticos. Este liberalismo torna-se a tal ponto evidente que, além de numerosas alusões, não existem estudos precisos e detalhados sobre as relações entre Kelsen e o liberalismo.

No entanto, contrariamente ao que este amplo consenso daria a entender, os laços de Kelsen com o liberalismo apresentam, em meu entender, um caráter complexo: se existem, de maneira clara, componentes liberais em seu pensamento, não se pode, contudo, ignorar certas incompatibilidades entre algumas das proposições da doutrina kelseniana e um liberalismo *stricto sensu*. Certamente, muitos destes problemas têm sua origem na plurivocidade do termo “liberalismo”. Não obstante, creio que uma leitura deste tipo se mostraria particularmente unilateral se esse liberalismo caracterizasse a teoria de Kelsen como apolítica, irrealista e, inclusive, moralista.

Na realidade, considerar liberal a teoria kelseniana foi quase um lugar-comum nos anos 1920, especialmente durante os debates políticos e jurídicos que se desenvolviam na República de Weimar. Neste trabalho, tomaremos como centro desta caracterização a crítica daquele que foi apresentado como um teórico realista por excelência e antiliberal por vocação: Carl Schmitt. Mas não se deve esquecer que Kelsen era definido

como liberal por um arco ideológico que ultrapassava um marco político conservador (onde podem ser situadas as críticas de Erich Kaufmann, Rudolf Smend, Heinrich Triepel); recordemos neste sentido o juízo de um social-democrata como Hermann Heller, para quem a teoria kelseniana representava “a absolutização metódica do liberalismo e de sua ‘liberdade do Estado’”. No entanto, abordar a relação de Kelsen com o liberalismo através das considerações de Schmitt nos permite também estudar, desde outro ângulo, a confrontação entre estes dois grandes juristas.¹

Para Schmitt – de quem nos interessa aqui mais a crítica do que a teoria – a característica principal do liberalismo encontrava-se em sua apoliticidade. Com efeito,

o sistema teórico do liberalismo interessa-se só pela luta contra o poder do Estado no terreno da política interior, esta existe em um conjunto de métodos aptos para frear e controlar o poder do Estado em favor da liberdade individual e da propriedade privada, em fazer do Estado um compromisso, em transformar as instituições em válvulas de segurança.²

1 O aspecto mais conhecido da polémica entre ambos teóricos é aquele que se refere à defesa da constituição. Sobre este tema, C. M. Herrera, “La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, 1994.

2 C. Schmitt, *La Notion de Politique* (1932), trad. fr., Paris, 1992, p. 115.

Segundo Schmitt, os dois pilares do Estado de direito burguês, “a liberdade individual e a separação de poderes, são alheios ao político (*unpolitisch*): estes princípios não implicam em nenhuma forma de Estado, só são uma forma de organização de freios ao Estado”.³

Em particular, a teoria kelseniana, segundo Schmitt, havia perdido o sentido político da democracia, a substância da igualdade democrática. Ao considerar que a essência do parlamentarismo situava-se no compromisso, Kelsen confundiria democracia com liberalismo, construindo, assim, “uma definição liberal da democracia”. Dita definição, sempre segundo o jurista alemão, levava Kelsen a realizar “a velha negação liberal do Estado diante do direito e a ignorância do problema autônomo da realização do direito”.⁴ Schmitt assinalava, no entanto, que esse liberalismo havia perdido “a velha fé na soberania da razão”.⁵

Entretanto, o essencial neste bosquejo de um Kelsen liberal, esboçado em sua maior parte por alusões sucessivas, corresponde mais a um liberalismo decimonônico (Constant, Guizot, Tocqueville) do que às ideias do jurista austríaco. Mas Schmitt parece pensar que o núcleo político-intelectual do

3 C. Schmitt, “L’État du Droit Bourgeois” (1928), trad. fr., em C. Schmitt, *Du Politique*, Paris, 1992, p. 33 e ss.

4 C. Schmitt, *Théologie Politique* (1922), trad. fr., Paris, 1988, p. 32.

5 C. Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), trad. esp., Madrid, 1982, p. 75.

liberalismo detém seu desenvolvimento em 1848, e, de fato, não fará nunca, com exceção de alguns comentários, que não aprofundará, diferenças em seu seio. Em todo caso, considerava “a” teoria normativa do Estado “de Kelsen” como a herdeira do liberalismo doutrinário logo após as transformações de 1918 na Alemanha. Para Schmitt, inclusive, a Constituição de Weimar, uma das primeiras expressões do constitucionalismo social, como a Mexicana de 1917, era “uma constituição póstuma”, que realizaria os ideais do Estado de direito burguês do século XIX.

Um antigo aluno de Kelsen na Faculdade de Direito de Viena, Friedrich Hayek, não compartilhava da apreciação schmittiana. Pelo contrário, qualificava o autor da *reine Rechtslehre* de socialista e o seu positivismo jurídico como antiliberal. A referência a Hayek, cujas análises pontuarão nosso estudo, apresenta para o tema que nos ocupa um duplo interesse: não apenas porque ele pode ser considerado como um dos principais teóricos do liberalismo de nosso século, mas também porque ele considerava Schmitt um extraordinário estudioso da política.

Neste capítulo, pretendo mostrar que, se existem laços entre a teoria política de Kelsen e o liberalismo, estes são, em numerosos aspectos, problemáticos e, inclusive, contraditórios.⁶

⁶ Talvez convenha esclarecer que tomamos o termo “liberalismo” como uma doutrina política e não como equivalente a um conjunto de

É interessante constatar que a política kelseniana é menos unívoca do que se pensa habitualmente, de onde o interesse de pensá-la a partir destas tensões.¹ Dividiremos a análise em dois grandes momentos: no primeiro deles, questionaremos o liberalismo de Kelsen à luz de sua atitude diante desta doutrina. Em um segundo momento, procederemos ao estudo do pensamento kelseniano através de um conjunto de características que nos parecem constitutivas, em graus diferentes, de uma teoria política liberal. Propomos algumas formas de leituras possíveis deste conjunto de proposições.

I

A atitude de Kelsen perante o liberalismo talvez encontre elementos de análise no contexto no qual as proposições do jurista austríaco se desenvolvem. Em particular, trata-se de um jurista que não é só um professor universitário, mas também um operador de sistemas jurídicos concretos e, uma vez mais, em um lugar que condensa muitas das contradições políticas e sociais do curto século XX, a Viena do entreguerras.

características estruturais do capitalismo (o que não significa de modo algum, que aquela seja independente deste).

¹ Por necessidades próprias da apresentação, considerarei a teoria de Kelsen como um todo, sem levar em conta eventuais periodizações de sua obra política.

Pureza Teórica e Simpatias Políticas

É interessante, talvez, começar recordando alguns dados pouco meditados da biografia de Kelsen. Segundo vemos na obra que foi consagrada por Rudolf A. Métall,² que não só tem um caráter oficial, mas que toca de leve a autobiografia, Kelsen ocupou numerosas funções extrauniversitárias na Áustria, desde as primeiras décadas do século XX. Foi conselheiro jurídico do último ministro da guerra do Império. Imediatamente depois, ocupa a mesma função com o primeiro chanceler da nova República, Karl Renner, em razão de suas relações pessoais com os círculos intelectuais do partido social-democrata. No contexto destas últimas tarefas, foi o redator da Constituição Federal da Primeira República austríaca. Promulgada esta, Kelsen será nomeado, sucessivamente, membro vitalício e relator permanente da Corte Constitucional de Justiça. Entretanto, menos de uma década mais tarde, é substituído em suas funções, em cumprimento da reforma constitucional de 1929, que buscava, entre outras coisas, “despolitizar” esta jurisdição que tivera uma série de conflitos com o governo social-cristão. Entretanto, o Partido

2 Cf. Rudolf A. Métall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Viena, 1969. Na realidade, podemos falar mais de “autobiografia” do que de biografia, não só pelo fato da amizade que ligava ambos os homens (e que encontramos habitualmente nos generosos julgamentos que Métall tem sempre sobre Kelsen), mas porque ela foi redigida a partir de dois escritos autobiográficos de Kelsen e das recordações deste último.

Socialista irá lhe propor designá-lo novamente. Seu biógrafo esmera-se em sublinhar que Kelsen não podia aceitar esta oferta em razão da independência que deveria existir, segundo ele, entre suas funções e sua teoria, mas também, o que é um argumento de outra natureza, porque aceitar participar no novo tribunal seria legitimá-lo sem qualquer possibilidade de ação, levando-se em conta que só se previam dois cargos para os social-democratas contra doze da maioria social-cristã.

Resulta interessante, também, deter-se nos jornais nos quais Kelsen escrevia naqueles anos. Além das revistas jurídicas especializadas, e em publicações científicas como o *Archiv fur Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, criado por Weber, ou *Imago*, do círculo de Freud, Kelsen publicava ensaios em lugares claramente identificados com a cultura ou a política de esquerda, como o *Archiv fur die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung* (a “Grunberg-Archiv”, onde encontramos especialmente seus trabalhos sobre o socialismo de Estado, assim como sobre seu admirado Ferdinand Lassalle), ou mais tarde, em *Die Justiz*, órgão da associação de juristas republicanos alemães. Não faltam, tampouco, artigos no diário da social-democracia austríaca, a *Arbeiter-Zeitung*, apesar de colaborar também na *Neue Freie Presse*, representante da grande imprensa liberal austríaca. Mas, para dizer a verdade, o conteúdo “político” dos artigos surgidos neste jornal, lido pela burguesia instruída, não difere demasiadamente: encontramos, nestas páginas, além de análises político-jurídicas,

uma homenagem a Franz Oppenheimer, um dos primeiros a se proclamar um *liberaler Sozialismus*, como recorda Kelsen, e dois artigos sobre Lassalle, onde repete as conclusões que, em forma de instrução, encerravam seu ensaio do *Grunberg-Archiv*: “Zurück zu Lassalle!”

Métall insiste sobre o caráter “apolítico” da teoria kelseniana (sem distingui-lo jamais do aspecto “não partidário”), não só assinalando que Kelsen não aderiu jamais a nenhum partido político, mas também recordando sua amizade com líderes e intelectuais políticos de diferentes correntes: Max Adler, Otto Bauer ou o já mencionado Karl Renner (qualificando os três de “liberais”, o que nos mostra a extensão desta categoria na biografia), entre os de esquerda, e Josef Schumpeter e Ludwig von Mises, de direita. Mas o mais interessante na biografia de Métall é o percurso político de Kelsen tal como ele o apresenta. Se o jurista austríaco não se filiou nunca ao partido social-democrata (seu desejo de independência intelectual era mais forte do que as exigências da disciplina partidária), Métall assinala que Kelsen, ainda rechaçando a teoria política do marxismo, estava de acordo com o programa “democrático” da social-democracia austríaca. Inclusive se, em um primeiro momento, Kelsen havia se oposto ao programa de nacionalização da economia em nome de seu individualismo, as consequências da crise econômica que se seguiu à Primeira Guerra Mundial o haviam levado a reconhecer que

o sistema econômico do liberalismo não constitui nenhuma garantia para a segurança econômica da massa de despossuídos, o que acarreta a necessidade de uma nacionalização dos meios de produção. Sendo conscientes da dificuldade de conciliar a nacionalização da produção com a liberdade política dos indivíduos, [Kelsen] foi suficientemente objetivo para reconhecer que, para uma grande maioria, a segurança econômica era mais importante do que a liberdade intelectual.

Em definitivo, para Kelsen, “o futuro pertence à economia planejada, por isso “viu e vê com simpatia os partidos que são, ao mesmo tempo, socialistas e democráticos”.³

De fato, já antes dos anos 1920, Kelsen estava politicamente próximo do partido social-democrata austríaco, em particular de sua ala “direita”, identificada com a figura de Renner. Pouco antes de sua evicção da Corte Constitucional, Kelsen firmara, junto a outros intelectuais vienenses, um manifesto que conclamava o voto na social democracia nas eleições de 1928. Muitos anos depois, já definitivamente instalado nos Estados Unidos, em um clima de guerra fria que pudera, inclusive, deixar alguma marca em seus escritos, Kelsen continuava pensando que “a democracia pode (*must*) ser combinada com o socialismo. Pessoalmente, eu não estou contra este programa político [...]”.⁴

3 Métall, *op. cit.*, p. 33.

4 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *Ethics*, 1955, p. 75.

Mas, no momento de seus estudos, o liberalismo era a *Weltanschauung* dominante nos meios universitários.⁵ Isto explica talvez porque Kelsen escreveria no prefácio de sua tese de habilitação uma frase que lhe será censurada ulteriormente: “desde o momento em que meus resultados se apoiam sobre numerosos pontos da velha teoria liberal do Estado, não poderia me opor pontualmente quando, de alguma maneira, podemos ver em um trabalho um sintoma desse neoliberalismo que parece estender-se por todas as partes”.⁶ Não será demais, talvez, recordar que seu diretor de estudos e principal apoio universitário neste tempo, Edmund Bernatzik, pertencia a esse movimento político – “um liberal do século XIX”, segundo o juízo retrospectivo de Kelsen em uma recordação que não parece particularmente grata, nem na esfera pessoal nem na científica.⁷ Nos anos 1930, outro discípulo desse professor austríaco de direito político, Hermann Heller, considerava esta frase como a *confesio* que provava o “antisocialismo de Kelsen”.⁸ Claro que Heller não levava em

5 Sobre a extensão do liberalismo, em sentido amplo, na “intelligenzia” austríaca, cf. E. Mock, “Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus”, *Rechtstheorie*, 1982, p. 441.

6 H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, p. XI.

7 Citado por Métall, *op. cit.*; p. 18-57.

8 H. Heller, “Staatslehre” (1934), reproduzido em *Gesammelte Schriften*, Tübingen, 1971, vol. 3, p. 150.

conta o fato de que, em 1923, por ocasião da segunda edição dos *Hauptprobleme*, esta frase desaparecera, e que, em 1929, Kelsen a desaprovava explicitamente.⁹

Estes elementos biográficos são, sem dúvida, tão sintomáticos quanto insuficientes: uma teoria pode ser (estruturalmente) liberal, para além das opções políticas pessoais de seu autor, e isto seria talvez mais pertinente ainda quando este, como Kelsen, pretendia distinguir radicalmente o trabalho científico de suas simpatias políticas subjetivas.

Analizando o Liberalismo

Embora Kelsen não vá escrever um estudo específico sobre o liberalismo, é interessante recordar algumas das caracterizações que se encontram dispersas ao longo de sua obra. De maneira geral, Kelsen aborda o liberalismo como um “conteúdo específico” da ordem estatal. Mas suas análises apresentam níveis e objetos diferentes.

Surgem de maneira muito precoce, e em um tom inquestionavelmente crítico, um conjunto de análises kelsenianas sobre o que poderíamos chamar de os fundamentos do liberalismo. De fato, em um ensaio de 1913, Kelsen considera

9 Kelsen fala de “uma reflexão precipitada” e assinala que “não podemos ler só o prefácio do trabalho de um aprendiz se queremos julgar a obra de um autor” (cf. H. Kelsen, “Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre”, *Juristische Wochenschrift*, 1929, p. 11).

que o século XIX, dominado pelas ciências naturais, havia sido uma era apolítica (*unpolitisch*). O liberalismo, negando o Estado, nega toda política: em outros termos, é a liberação de toda política.¹⁰ Para o jurista austríaco, existia uma sintonia entre a visão do mundo e a estrutura psicológica individualistas e o liberalismo. O liberalismo expressa a particularidade de um caráter: o individualista nega o Estado pois não o entende; e o individualismo leva à anarquia política e ao niilismo ético. Kelsen traçava, inclusive, um paralelo entre a filosofia de Nietzsche – filósofo do apolítico século XIX – e o liberalismo: a ideia do super-homem está relacionada com a negação do Estado, a moral nietzscheniana dos senhores e o ideal político-econômico do liberalismo são o produto do mesmo direito do mais forte sobre o mais débil. Em contrapartida, para Kelsen, o sentido de autoridade só pertence a uma forma de consideração especificamente normativa. A educação política, que o individualismo liberal e seu naturalismo científico são incapazes de promover, deve despertar o querer consciente do Estado (*der bewusste Wille zum Staate*), não somente o amor pelo Estado.¹¹ Já então o jurista austríaco assinala também que pretender que o Estado seja o represen-

10 H. Kelsen, “Politische Weltanschauung und Erziehung” (1913), reproduzido em H. Kelsen, A. Merkl e A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften*, Viena, 1968, p. 1506.

11 H. Kelsen, “Politische Weltanschauung und Erziehung”, *op. cit.*, p. 1512.

tante do interesse geral, quando apenas é a organização de uma classe dominante, é uma ficção política.¹²

Em um plano mais político, Kelsen distinguirá o conceito de “democracia” dos de “liberalismo” e de “capitalismo”, assim como também fará com aqueles de “liberdade política”, por um lado, e “liberdade econômica”, pelo outro. Neste sentido, assinala em um escrito de 1955 que a “democracia liberal” só é um tipo de democracia, para sublinhar logo que o princípio da democracia e o princípio do liberalismo não se identificam, existindo, inclusive, certo antagonismo, já que o liberalismo implica na limitação do poder para qualquer forma de governo e, portanto, “também a limitação dos poderes democráticos”. Inclusive, a respeito do ideal de paz – aquele que busca realizar a democracia nos fatos segundo Kelsen –, o jurista austríaco perguntava-se na segunda edição da *Reine Rechtslehre* se a “filosofia vital” do liberalismo, que atribui à concorrência, à luta concorrencial, o papel central de garantia para alcançar o melhor estado possível da sociedade, era compatível com ele.

Mas suas críticas ao liberalismo tornam-se ainda mais claras quando trata do problema do Estado. Para Kelsen, o

12 H. Kelsen, “Politische Weltanschauung und Erziehung”, *op. cit.*, p. 1515. Se bem que, cronologicamente, trata-se de um texto “de juventude”, encontramos, no entanto, temas habituais que Kelsen desenvolverá ao longo de sua obra política; ele próprio também fará referência a este ensaio pelo menos até 1929.

liberalismo, que se desenvolve sob a monarquia absoluta, declara o Estado como um mal, e a essência de sua doutrina poderia ser resumida em “declarações dos direitos do homem contra o Estado”. Segundo o jurista austríaco, se o liberalismo tolera o Estado, isto se deve porque a burguesia vê nele um instrumento eficaz para a defesa da propriedade privada. Contra a ideia de que o Estado seria o representante do interesse geral, escreve:

se o liberalismo não nega completamente o Estado, mas o tolera, isto se deve ao fato de que segue reconhecendo nele uma defesa de sua sagrada propriedade privada, ao fato de que a classe, cuja expressão intelectual é o liberalismo, encontra no Estado sua vantagem, não certamente do ponto de vista econômico, mas sim do ponto de vista político.

Kelsen assinala em particular que o Estado era, para Adam Smith, um “aparato para a opressão do proletariado” sem direitos econômicos.¹³

Neste sentido, a teoria liberal aproxima-se da teoria anarquista, inclusive com a primeira tendo um critério mais realista no que se refere à natureza humana, que a faz considerar o Estado como um mal necessário, cuja ação deve ser reduzida ao mínimo: “defesa da segurança externa, proteção da vida e

¹³ H. Kelsen, “Marx oder Lassalle” (1924), reproduzido em *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, Viena, 1967, p. 138 e ss.

da propriedade dos membros do Estado no interior; mas nada de fomentar o bem-estar dos cidadãos e, especialmente, nada de intervenção estatal na vida econômica”.¹⁴ Na crítica à teoria política do marxismo que desenvolve nos anos 1920, Kelsen estima que Marx e Engels haviam herdado dita concepção liberal do Estado, tão própria do século XIX. Portanto, a teoria política do marxismo reduziria o Estado a um instrumento da classe econômica dominante, ficando prisioneira do dualismo “liberal-burguês”, e isto se expressaria, sobretudo, no ideal de uma sociedade apolítica, sem Estado, que, segundo Kelsen, é apenas uma utopia anarquista, em contradição com a teoria econômica da socialização dos meios de produção. Sem adentrarmos na pertinência da leitura kelseniana, sua crítica da teoria marxista do Estado por ser liberal e seu elogio de Ferdinand Lassalle como o autêntico teórico socialista do político permitem uma aproximação entre Kelsen e Heller, ainda que este último tenha reeditado Lassalle e polemizado com o ensaio de Max Adler contra Kelsen,¹⁵ sem citá-lo nem uma única vez...

Em todo caso, este primeiro conjunto de proposições críticas colocam Kelsen muito longe da concepção de Estado do liberalismo, segundo a qual, para Carl Schmitt, “o Estado

¹⁴ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlim, 1925, p. 31.

¹⁵ M. Adler, *Die Staatsauffassung des Marxismus*, Viena, 1922, destinado a responder as análises de Kelsen em *Sozialismus und Staat*.

aparece como o servidor, rigorosamente controlado, da sociedade”.¹⁶ Mais longe ainda ao sabermos que Kelsen define como “estatismo ou politismo (*Politismus*)” a direção daquelas teorias políticas que afirmam, como a sua, o Estado como fundamentalmente uma ordem coativa.

Diante dos ataques de que era objeto sua teoria, em finais dos anos 20, nosso autor afirmava que “ninguém como eu esclareceu até que ponto o conceito de Estado de direito do liberalismo é a absolutização de uma posição unilateral”. Embora considerasse que só com a *Reine Rechtslehre* o pensamento jurídico se emanciparia de toda ideia moral e iria até as últimas consequências do positivismo e da filosofia transcendental, Kelsen mostrava-se disposto a admitir que sua teoria poderia ser inscrita na tradição jurídica que se consolida com a vitória política da burguesia liberal no século XIX e se afirmava por meio do conceito de norma ou *Sollen*, como uma relação explícita contra a metafísica e o direito natural. Entretanto, para Kelsen, a teoria burguesa, negando-se a admitir que uma ordem jurídica não capitalista – em especial o sistema jurídico soviético, que se desenvolve a partir de 1917 – pudesse ser considerada como direito, regressa, no sentido pleno da palavra, a uma concepção do direito natural e a uma

16 C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 137.

metafísica kantiana.¹⁷ Desta forma, se a teoria kelseniana inscreve-se nesta evolução, é para suprimi-la depois, numa espécie de *Aufhebung*.

No entanto, apresentando este conjunto de análises críticas de Kelsen não esgotamos o tema do capítulo que nos ocupa, já que estas podem ser consideradas como as críticas de um “neo-liberal” a uma forma superada de liberalismo, como já o fizera o grande jurista soviético Evgeny Pasukanis, já em finais dos anos 1920. Convém, então, examinar as proposições da Teoria Pura à luz de alguns aspectos teórico-políticos constitutivos da doutrina liberal.

II

Antes de arriscar uma definição formal para tratar deste ponto, é preferível identificar um conjunto de caracteres que conformam o liberalismo como doutrina política. Eles seriam os seguintes:

- 1) A liberdade como ponto de partida teórico, sendo o individualismo como seu pressuposto.
- 2) A limitação da esfera de intervenção do Estado – uma “teoria negativa do Estado” (Laski).

17 H. Kelsen, “Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung” (1931), reproduzido em *Demokratie und Sozialismus*, op. cit., p. 79-81.

3) O parlamentarismo, mesmo formado por sufrágio censitário, como melhor garantidor político da liberdade.

4) A crença em uma harmonia de interesses, cuja importância varia de acordo com as diversas tradições.

5) Os vínculos consubstanciais com a economia de mercado, regida pela propriedade privada.

Liberdade e Individualismo

É neste ponto, talvez, que o pensamento de Kelsen se aproxime mais do liberalismo, ainda que defina a liberdade como “o centro eterno e fundamental de toda especulação política”.

Para Kelsen, a liberdade é a “essência” da ideia de democracia. Mas, segundo ele, trata-se de uma liberdade natural, pré-social: em seu sentido negativo originário, o homem é livre somente fora do Estado e da sociedade. Mas, para nosso jurista, esta concepção, comum às teorias do direito natural do século XVIII, levaria à anarquia. O conceito de liberdade deve se transformar em liberdade social ou autonomia política (“liberdade civil”, no léxico de Rousseau¹⁸), para deixar de

18 Se seguirmos a rica “contra-história do liberalismo” de D. Losurdo (cf. C. M. Herrera, “L’œuvre de Domenico Losurdo”, *Actuel Marx*, 1995), encontraremos outro ponto fundamental sobre o qual Kelsen escapa claramente à *tradizione liberale*; para ele Rousseau é o teórico “mais considerável da democracia”. Quando Kelsen critica o autor do *Contrat Social*, é para censurá-lo por querer salvar “a ilusão da liberdade

ser, deste modo, uma liberdade “negativa”, que é a ideia de liberdade do liberalismo. Com esta transformação, que segue meandros puramente idealistas sobre os quais não podemos nos deter aqui, “o lugar da liberdade do indivíduo é ocupado pela soberania do povo, ou, em outros termos, o Estado livre (*freie Staat*) é aquele cuja forma é a democracia, porque a vontade estatal ou ordem jurídica é produzida pelos mesmos que a ela estão submetidos”.¹⁹ Esta transformação marca, para Kelsen, a separação entre democracia do liberalismo.²⁰

Kelsen moderará seu particular “rousseauismo” depois da experiência do totalitarismo fascista. Na *General Theory of Law and State*, publicada em 1945, Kelsen escreve que a democracia coincide com o “liberalismo político” (ainda que não necessariamente com o liberalismo econômico), na medida em que a opinião pública, essencial para a democracia, exige as liberdades intelectuais (de imprensa, de religião, de palavra). No mesmo período, Kelsen sustenta que a democracia moderna também não pode se separar do liberalismo político no que se refere à proteção das minorias, à restrição

individual”, em contradição, às vezes, com a ideia de vontade geral que, para Kelsen, é um termo antropológico que serve para designar outra ordem estatal objetiva, válida independentemente da “vontade de todos”. E talvez haja outra diferença com Rousseau: a antropologia pessimista que caracteriza a *Weltanschauung* kelseniana.

19 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 326.

20 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920), 2ª ed., Tübingen, 1929, p. 10.

do poder do governo ou à liberdade da ciência.²¹ Se não se confundem, o conceito de democracia sofreu a influência do liberalismo político e “sua tendência a reduzir o poder do governo por trás do interesse da liberdade dos indivíduos”, por meio da introdução das garantias de liberdade intelectual.

Entretanto, outras ideias do jurista austríaco tornam estas afirmações mais complexas: no mesmo texto ele sustenta, com efeito, que esta liberdade é também possível em um sistema econômico socialista; a nacionalização dos meios de produção não exclui a existência de instituições que garantam a liberdade intelectual.²² Neste sentido, Kelsen já defendera a ideia segundo a qual o princípio vital da democracia não era a liberdade econômica mas a liberdade intelectual (*geistige Freiheit*), que podia existir tanto em uma democracia liberal como em uma democracia socialista. De fato, para Kelsen, o princípio da liberdade econômica do liberalismo não deve se incluir na definição da democracia, apenas a liberdade intelectual é essencial em sua concepção.

Pelo contrário, a Teoria Pura, segundo seu próprio autor, elimina da teoria do direito “a liberdade ou a autonomia da

21 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *Ethics*, 1955, p. 27 e ss. Em um ensaio publicado na época do fascismo, Kelsen já escrevera que a liberdade política e pessoal protege o indivíduo contra os atos arbitrários dos órgãos do Estado e, inclusive, dos partidos. H. Kelsen, “La Dictature du Parti”, *Annuaire de l’Institut International de Droit Public*, 1935, p. 28.

22 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *op. cit.*, p. 83–84.

pessoa física, a forma jurídica do dogma ético da livre vontade” que o jurista austríaco considera como uma ilusão. Já em seus primeiros escritos sobre a democracia, Kelsen escrevia que “a democracia – sempre que o poder do Estado seja exclusivamente determinado pelos indivíduos sujeitos a ele – é compatível ainda com o maior predomínio do poder do Estado sobre o indivíduo e inclusive com o total aniquilamento da ‘liberdade’ individual e com a negação do ideal do liberalismo”. É por isso que Friedrich Hayek acusa Kelsen de operar uma redução da “liberdade individual” à “independência coletiva da comunidade, ou seja, à democracia”, e, nesta concepção, a liberdade “converte-se numa noção ‘irremediavelmente condenada’”.²³

No entanto, não é menos certo que o ponto de partida de Kelsen é o indivíduo: podemos considerá-lo, assim, como um partidário do individualismo metodológico? Este individualismo deve ser entendido a partir de seu funcionalismo epistemológico – e de sua crítica radical aos conceitos que interpretam como coisas estáveis relações que são determináveis apenas pelo conhecimento. É aqui que residia, para Kelsen, o grande mérito da teoria freudiana, que havia “aportado um trabalho preparatório inestimável dissolvendo da maneira mais eficaz em seus elementos psicológico-individuais as hipóteses revestidas de toda a magia das antigas palavras: Deus,

23 F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty* (1976), vol. 2, reimpr., 1993, p. 53.

a sociedade e o Estado”. Assim, nas análises kelsenianas, a psicologia humana antepõe-se às estruturas histórico-sociais. Em todo caso, estamos longe do individualismo de eleições racionais, pelo contrário, para o jurista austríaco “a natureza do homem é, no fundo, irracional e ilógica”. Por outro lado, seu individualismo pode ser matizado na medida em que não existe, para ele, indivíduo (nem sociedade) fora do Estado. Neste sentido, assinala que “o indivíduo em conflito permanente com a comunidade não passa de uma ideologia na luta de interesses determinados contra sua limitação através de uma ordem coletiva”. Impugnando justamente os argumentos de Hayek, que qualifica de “inadmissíveis”, Kelsen escreverá que o individualismo não se opõe ao coletivismo, já que este existe em graus diferentes na realidade social, começando pelo Estado, sem por isso identificar-se com o totalitarismo.²⁴

Mas, dando inclusive por assentado o ponto de partida individualista da epistemologia política de Kelsen, é interessante notar que em certas ocasiões este faz do conceito de “classe” a categoria central de sua análise. É assim que o jurista austríaco critica a noção de *totaler Staat* em Schmitt, pois, na

24 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *op. cit.*, p. 81. Fica pendente outra questão: os vínculos entre esta corrente epistemológica e o liberalismo são inteligíveis? A passagem da epistemologia (individualista) à política (liberal) não parece ser uma conexão obrigatória, como prova a existência de uma corrente que reivindica o individualismo metodológico no seio do marxismo.

medida em que dito “Estado total” segue sendo “um Estado que garante a propriedade privada dos meios de produção”, só pode ser “uma ideologia burguesa” que quer ocultar a violenta contradição que se expressa na luta entre uma classe fora do Estado, o proletariado, contra outra, a burguesia, que é o Estado, pois esta ordem garante os seus interesses.²⁵ Ainda assim, sua análise dos Estados fascistas está também construída em termos de classe: em particular, sustentava que o fascismo representava uma ditadura da burguesia, cuja base era a supressão do socialismo e das exigências do proletariado. Neste sentido, os “chamados à unidade” do povo nas teorias e práticas destes Estados expressam para Kelsen “esta vontade de superar, de ignorar ou de negar as oposições de classe – que não são menos reais e ativas”.

Limitação do Estado

Para Schmitt, a limitação (ou negação) do Estado por meio da liberdade individual era a pedra angular do liberalismo. Poderíamos pensar, talvez, que Kelsen inscreve-se nesta concepção quando, justamente em sua polêmica com Schmitt, começa com a afirmação do princípio liberal segundo o qual “a função política da constituição é a de colocar limites

25 H. Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?” (1931), reproduzido em H. Kelsen, A. Merkl e A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, *op. cit.*, p. 1900 e ss.

jurídicos ao exercício do poder”,²⁶ ou ainda quando considera, alguns anos mais tarde, que a democracia é o governo que garante a maior liberdade individual possível.²⁷

Mas um estudo das principais proposições kelsenianas nos mostra que as coisas são muito mais complexas. Abordaremos esta problemática distinguindo três aspectos que se apresentam amiúde como constitutivos da limitação da esfera estatal na tradição jurídico-liberal. Primeiro, a afirmação da existência dos direitos subjetivos, anteriores ao Estado como expressão da liberdade individual ilimitada. Em segundo lugar, a teoria da separação de poderes como princípio liberal contra a concentração do poder. Finalmente, a doutrina do Estado de direito, ponto de chegada de alguma maneira desta concepção negativa que entende limitar o Estado por meio do direito.

Uma das noções tida por central para uma teoria que busca limitar o poder estatal por meio do direito é aquela dos direitos subjetivos anteriores ao Estado. Mas, para Kelsen, o direito subjetivo é apenas uma norma de direito objetivo com um conteúdo individual; este “poder conferido ao indivíduo” existe se foi prescrito pelo Estado, não antes. Tal como entende a teoria tradicional, trata-se de uma noção fictícia e de caráter ideológico: seu fim é impor limites ao conteúdo da ordem jurídica, em particular, uma ordem que não

26 H. Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *op. cit.*, p. 1874.

27 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *op. cit.*, p. 32.

reconhece o direito subjetivo de propriedade não poderia ser considerada como uma verdadeira ordem jurídica.²⁸ Este tipo de dualismo “objetivo/subjetivo”, próprio da “filosofia social individualista burguesa, é de ordem ideológica: seu objetivo é impor limites ao conteúdo da ordem jurídica”. Para a teoria kelseniana, pelo contrário, não há nenhuma esfera “não política”, menos ainda a do direito privado. A ideia de que existiria um limite absoluto ao Estado na liberdade inata e inviolável do indivíduo é apenas um postulado de direito natural: “nem sequer desde um ponto de vista puramente técnico é possível reconhecer limites absolutos ou, como se diz correntemente, limites ‘naturais’ do poder do Estado (*Staatsgewalt*)”.²⁹ Segundo Kelsen, a técnica dos direitos subjetivos é própria dos sistemas jurídicos capitalistas, pois está forjada sobre o direito de propriedade privada. Em particular, apresenta-se como uma barreira contra uma abolição da propriedade por uma mudança da ordem jurídica e para impedir a expropriação sem indenização, argumentando que dita reforma seria contrária à natureza do direito.³⁰

A acusação de Carl Schmitt, em sua polémica sobre o “guardião da constituição”, no sentido de que a introdução de um tribunal para a proteção da constituição implicaria na

28 H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960, 2ª ed.), p. 175–176.

29 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 41.

30 H. Kelsen, *The Communist Theory of Law* (1955), Londres, p. 98.

introdução de direitos subjetivos “contra” o Estado, é ainda mais errônea quando se trata da concepção kelseniana. O jurista austríaco fala em efeito da garantia da constituição como “elemento do sistema de medidas técnicas que tem por finalidade assegurar o exercício regular das funções estatais”, sem tomar a proteção de direitos fundamentais. De fato, no sistema que ele havia concebido na Constituição austríaca de 1920, os particulares não estavam legitimados para interpor um recurso constitucional.

Kelsen será também um crítico da teoria de separação de poderes, concebida como uma balança destinada a impedir os abusos do poder, que julga como um dogma não democrático. Inclusive, se o princípio pode operar às vezes em um sentido democrático (impedindo a concentração do poder, e reservando a criação da lei à pluralidade dos sujeitos), não se pode justificá-lo por razões democráticas. Se uma constituição democrática estabelece tal divisão, isto se deve a razões históricas.³¹ De fato, não há separação possível sem uma dicotomia, relativa entre criação e aplicação do direito. Este princípio, entendido e interpretado como separação de poderes, não é, segundo Kelsen, essencialmente democrático, pois o princípio democrático supõe, ao contrário da separação, a concentração do poder no povo. Ao contrário, em Montesquieu, esta adquire o caráter de um dogma que

31 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, p. 282.

busca conservar ao menos uma parte da função legislativa do monarca, por intermédio da execução, impedindo que o órgão de origem popular estabeleça sua supremacia.

Por último, é sobretudo em relação ao conceito de “Estado de direito” que a concepção kelseniana encontra-se nos antípodas da ideia de limitação do Estado. Se o conceito de “Estado de direito” for interpretado no sentido de um limite que o direito impõe ao Estado, Kelsen denuncia ali um dualismo ideológico próprio da teoria tradicional, que serviria para legitimar um Estado em função de um “direito” superior ou para restringir o conteúdo da ordem estatal, e não reconhecer, conseqüentemente, como “direito” as ordens estatais que não têm um conteúdo determinado, em particular liberal-capitalista. Para Kelsen, a teoria da autolimitação do Estado, que sustenta que o Estado deve se submeter ao direito que criou, não pode escapar de suas contradições lógico-sistemáticas. O Estado é uma espécie de rei Midas, que converte em direito tudo o que toca; para a Teoria Pura “todo direito é direito do Estado pois todo Estado é um Estado de direito”, inclusive um Estado policial. Para Kelsen, com efeito, “o ilimitado poder do autocrata para conceder exceções às normas gerais, a arbitrariedade do governo autocrático (...) não é razão suficiente para negar o caráter jurídico de um ordenamento social que, politicamente, tenha o caráter autocrático”, uma visão que estremececerá o próprio Léo Strauss, que não se caracterizaria por seu liberalismo. Inclusive na 2ª

edição de seu *Reine Rechtslehre*, Kelsen qualificará a expressão *Rechtsstaat* de mero pleonasm. A dissolução deste dualismo metodológico implicava também na destruição da ideologia burguesa mais eficaz, o que explicava, segundo Kelsen, a violenta resistência que a teoria jurídica burguesa opunha à Teoria Pura.

Esta concepção é muito distinta da de Carl Schmitt, que afirmava que a noção de lei devia ter “certas qualidades” em relação aos princípios do Estado de direito e da liberdade burguesa: “se lei é tudo o que manda determinado homem ou assembleia, sem distinção, uma monarquia absoluta será também um Estado de direito; pois nela impera a ‘lei’, neste caso, correspondente à vontade do rei”.³² Não é casual que este entendimento conte mais tarde com a aprovação explícita de Hayek, para quem a lei foi sempre considerada como “inseparável da propriedade privada” e, ao mesmo tempo, como “a condição indispensável da liberdade individual”. Segundo o pensador liberal, a teoria kelseniana, em troca, “dá a qualquer ordem a dignidade de uma ordem de direito”, e considera como lei “toda ‘técnica social’ que emprega a força”. Estas noções deveriam ser reservadas, sempre segundo Hayek, a uma ordem apreciada pela liberdade individual que procura, o que

32 C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 149.

implica certa restrição ao emprego da força.³³ Mas não só os neoliberais criticavam Kelsen neste ponto; um “solidarista” como Léon Duguit poderia escrever que “se identifica-se o Estado ao direito, como o faz Kelsen, resulta bastante difícil estabelecer uma limitação do Estado pelo direito”.³⁴

Parlamentarismo

Para Schmitt, existia um laço genético entre “mercado” e “parlamentarismo”, ainda que o parlamentarismo seja, talvez, menos essencial ao liberalismo do que parece pensar o jurista alemão, sempre muito apegado a uma visão oitocentista. Este vínculo é, segundo o autor da *Teologia Política*, o produto de uma idêntica metafísica (liberal) da discussão considerada como intercâmbio (de bens ou de opiniões, no caso do parlamento). Em suas observações sobre a situação histórico-intelectual do parlamentarismo, Schmitt escreve,

33 F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, *op. cit.*, vol. 2, p. 53. Kelsen havia criticado a suposta conexão entre *Rule of Law* e o capitalismo, julgada indispensável por Hayek em *The Road to Serfdom*.

34 Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* (1928), 3ª ed, T. I, Paris, p. 64 e ss. Para Kelsen, a teoria de Duguit buscava proteger a propriedade privada caracterizando-a como função social. H. Kelsen, “Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung”, *op. cit.*, p. 113. Sobre a relação Duguit-Kelsen, ver C. M. Herrera, “Duguit et Kelsen: La Théorie Juridique, de l’Épistémologie au Politique”, em O. Beaud; P. Wachsmann (orgs.), *La Science Juridique Française et la Science Juridique Allemande de 1870 à 1918*, Estrasburgo, 1997.

citando uma crítica de Gentz, que, para o liberalismo, as leis provêm sempre de uma luta de opiniões, e não de interesses.³⁵ Todavia, em um de seus trabalhos, Kelsen assinalará que o paralelo schmittiano entre troca de mercadorias e de opiniões seria, talvez, correto, se fosse precisado que o sentido consistiria em realizar uma transação (econômica) ou um compromisso (político). Uma análise mais precisa permite sustentar que o autor da *Teoria Pura do Direito* defende antes de tudo o parlamentarismo como princípio técnico. Neste sentido, Kelsen admite que este sistema é uma limitação da democracia, mas o considera necessário e única forma real pela qual o ideal democrático pode se realizar diante da impossibilidade material da democracia direta. Trata-se de um compromisso entre autodeterminação política e divisão técnica do trabalho, no qual a liberdade mistura-se com elementos estranhos: o princípio da maioria, a formação indireta da vontade, a divisão diferencial do trabalho.

Em particular, contra certa tradição liberal-democrática, Kelsen considera que a legitimação do parlamento por meio da soberania popular cumpre o papel de “uma máscara totêmica”. O dogma da representação popular só é uma ficção que é usada para fundar sua essência na liberdade, querendo mascarar a limitação que significa para o povo o não exercício

³⁵ C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923), 2ª ed., Munchen, 1926, p. 9 e 45-46.

direto de sua vontade. O parlamento, ainda que tenha sido eleito pelo povo, não o representa: é um órgão do Estado. Por outro lado, o jurista austríaco propõe uma série de reformas destinadas a reforçar o elemento democrático dos parlamentos: o referendo, a iniciativa popular, a revogação de mandato, a responsabilidade dos deputados, a possibilidade de fazer fracionar, no seio de cada grupo parlamentar, indivíduos diferentes segundo o tema debatido, o que equivaleria a dissociar o mandato do indivíduo, em favor dos partidos políticos.

Contra a crítica schmittiana, Kelsen rechaça que a “harmonia pré-estabelecida”, ou seja, um princípio metafísico, seja o fundamento do parlamentarismo. Sua justificação, “enquanto meio específico de caráter técnico-social para a produção da ordem social”³⁶ faz com que ele ainda reconheça a qualidade do parlamento frente os soviets dos bolcheviques. Desde um ponto de vista teórico, Lênin rechaça o sistema representativo, que considerava como “burguês”.³⁷ Sustentada na Alemanha dos anos 1920, onde a experiência conselheira estava longe de ser uma abstração, esta posição não parece ter um significado político liberal. Deve-se destacar, sobretudo, que Kelsen une-se aos teóricos do socialismo reformista na crença de que o parlamento abre

³⁶ H. Kelsen, “Das Problem des Parlamentarismus” (1925), reproduzido em H. Kelsen, A. Merkl e A. Verdross, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, op. cit., p. 1666.

³⁷ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, op. cit., p. 16.

ao proletariado o caminho ao poder.³⁸ Com efeito, o parlamentarismo, enquanto forma política desenvolvida durante os séculos XVIII e XIX, permitira a emancipação da burguesia através da supressão dos privilégios da aristocracia, e de maneira mais contemporânea, o reconhecimento da igualdade política do proletariado, “que teve por consequência o começo da emancipação econômica em relação à toda classe capitalista”.³⁹ É por isso que Kelsen interpreta os ataques antiparlamentares desses mesmos anos 1920 como expressão da reação da burguesia com o único fim de impedir a chegada ao poder do proletariado. O ataque à democracia parlamentar por parte dos fascistas explica-se na medida em que “coloca em perigo a dominação da burguesia pelo fato de dar às massas certo poder de ação”. De igual modo, escreve Kelsen, em resposta às teses schmittianas, o parlamento permite “trazer à luz a situação efetiva de interesses”, aparecendo como a melhor expressão de uma sociedade essencialmente dividida em duas classes. Se, para Kelsen, a democracia moderna é um Estado de partidos, estes últimos traduzem o fato, “ainda mais importante, do conflito de classes”.⁴⁰

Ao contrário, Schmitt considerava – como já vimos no capítulo anterior – que o parlamento não servia para integrar

38 Sobre este ponto, C. M. Herrera, “Kelsen y el Socialismo Reformista”, *Revista de Estudios Políticos*, 96, 1997.

39 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, *op. cit.*, p. 26.

40 H. Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *op. cit.*, p. 1909.

no Estado (capitalista) a classe operária, sem educação e sem propriedade. Querer reproduzir o mesmo tipo de processo de integração da burguesia ao Estado monárquico, e desconhecer, portanto, a especificidade do proletariado organizado politicamente, era o erro de apreciação dos pais da Constituição de Weimar, que já recordamos no primeiro capítulo. Mas inclusive muito depois, Hayek sustentava que era possível que um governo democrático fosse totalitário e que um governo totalitário se deixasse guiar por princípios liberais,⁴¹ Na verdade, já o próprio Kelsen chamara a atenção sobre o fato de que a oposição entre teoria liberal e conservadora ia sumindo na medida em que a burguesia convertia-se na classe dominante e entrava em contradição com o proletariado.

Harmonia de Interesses

Segundo Hayek, a sociedade adquiriu, depois de uma longa evolução, a capacidade de se autorregular de maneira harmônica; o liberalismo, como doutrina, deriva da descoberta dessa ordem espontânea.⁴² E, assim, se poderia afirmar que o interesse geral pode ser reduzido ao livre jogo dos interesses individuais. Kelsen anotava, também, que, para o liberalismo, a vida econô-

41 F. Hayek, *The Constitution of Liberty* (1958), trad. fr. Paris, 1994, p. 101; F. Hayek, “The Principles of a Liberal Social Order” (1966), em *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, p. 161.

42 F. Hayek, “The Principles of a Liberal Social Order”, *op. cit.*, p. 162.

mica e a cultura espiritual prosperam quando são abandonadas ao livre jogo das forças sociais.⁴³ Contudo, não existia, para o jurista austríaco, harmonia natural de interesses, e não há, tampouco, forma alguma de unidade de interesses *a priori*. Em particular, e já desde os *Hauptprobleme*, a noção de “interesse geral” era, para o jurista austríaco, “falsa e perigosa: só existe um grupo de governantes que apresenta os seus interesses particulares como interesse geral”. Diante de outro de seus críticos conservadores do período weimariano, Rudolf Smend, Kelsen sustentava que não podemos conceber a unidade do Estado mais do que como um sistema de normas, não como uma *Lebenswirklichkeit*.⁴⁴ Para Kelsen, inclusive o chamado “interesse coletivo” seria uma ficção cada vez que fosse entendido como algo mais do que um compromisso entre interesses opostos ou uma decisão em favor de um deles. O compromisso kelseniano implica sempre na solução de um conflito por meio de uma norma.⁴⁵

É por isso que a temática do “compromisso” – central na concepção kelseniana da democracia – não deve ser confundida com a crença na harmonia social. O compromisso

43 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, *op. cit.*, p. 31.

44 H. Kelsen, *Der Staat als Integration* (1930), reimpr. Aalen, 1971, p. 22 e 33. Sobre o caráter político desse tipo de crítica ao liberalismo, o ensaio de Marcuse “La Lutte contre le Liberalisme dans la Conception Totalitaire d’État” (1934), trad. fr., *Culture et Société*, Paris, 1968, guarda ainda seu interesse.

45 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.* p. 288.

aparece, ao contrário, como a expressão das relações de força dos grupos sociais, a resultante dos interesses das forças sociais opostas. E, nesse sentido, só podem ser estabelecidos compromissos “duráveis e sempre renováveis”, o que não significa a conquista de uma verdade mais elevada, com valor absoluto superior aos interesses dos grupos.⁴⁶

Inclusive, se Kelsen afirma, às vezes, que “democracia é discussão”, a temática kelseniana não é também aquela do “compromisso metafísico” dilatatório do liberalismo tal como o criticava Schmitt, que o definia como “a negociação, os termos médios dilatatórios, com a esperança de que a confrontação definitiva, o combate sangrento que levará à decisão (*blutige Entscheidungsschlacht*), possa transformar-se em um debate parlamentar e seja eternamente suspenso graças a uma eterna discussão”.⁴⁷ Para Kelsen, ao contrário,

não existem mais que interesses humanos e, portanto, conflitos de interesses. A solução destes últimos pode ser encontrada satisfazendo um interesse em detrimento de outro, ou mediante um compromisso entre os interesses em conflito. Não é possível provar que uma ou outra solução seja justa.⁴⁸

46 H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, *op. cit.* p. 58.

47 C. Schmitt, *Politische Theologie*, *op. cit.*, p. 54.

48 H. Kelsen, “What is Justice?” (1953), em *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley/Los Angeles, 1971, p. 21–22.

Por certo, esta concepção será atacada por um liberal como Hayek, já que não leva em consideração os ideais superiores como a justiça ou a verdade. Para o Prêmio Nobel de Economia, a concepção de Kelsen poderia aparecer como “o principal apoio ideológico dos poderes ilimitados de uma democracia”.⁴⁹ Com efeito, a temática do compromisso em Kelsen inscrevia-se mais na estratégia social-democrata: o compromisso no marco do Estado democrático-parlamentar apresenta-se como uma via para resolver o conflito de classes por meio de uma reforma pacífica e gradual (e como alternativa a uma mudança violenta e revolucionária das estruturas). O que se encontra longe de uma busca da “verdade razoável e da norma justa” por meio de uma discussão pública, como acreditava, erroneamente, Schmitt, ao menos no que diz respeito a Kelsen e à social-democracia.⁵⁰

Propriedade privada

Segundo Ludwig von Mises, “o capitalismo, ou seja, a propriedade privada dos meios de produção, constitui o único sistema de cooperação humana viável”.⁵¹ Não muito distante

49 F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, *op. cit.*, vol. 2, p. 63.

50 C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 303.

51 L. von Mises, *Liberalismus* (1927), trad. esp., Barcelona, 1994, p. 36. Mises sustenta, também que “a propriedade privada não precisa de defesa, justificação, apoio ou explicação. A propriedade é consubstancial

desta concepção, Hayek sustenta que a propriedade privada dos meios de produção é a melhor garantia da liberdade, ou, como afirmará mais tarde, “direito, liberdade e propriedade foram uma trindade inseparável”. Kelsen observava também que a propriedade privada e a liberdade contratual eram as bases do liberalismo do século XIX e o Estado só deveria intervir para protegê-las. Segundo o jurista austríaco, se a ação do Estado no capitalismo atual havia aumentado, a liberdade econômica seguia sendo, na tradição liberal, um elemento constitutivo da definição de democracia.

Ao contrário, em sua própria concepção, a liberdade econômica não é essencial para a democracia, só contam, como já vimos, a liberdade como autodeterminação política e a liberdade intelectual.

Para Kelsen, a democracia é um sistema político que não está necessariamente ligado a um sistema econômico definido. Se ela foi desenvolvida até agora por sistemas capitalistas, e se a experiência soviética não foi finalmente democrática, isso “não prova nada”, e nada impede antever no futuro uma combinação entre democracia e coletivização.⁵² Por certo, concede Kelsen, a coletivização dos meios de produção pode

à sobrevivência da sociedade, não têm outro remédio os humanos senão o de agarrar-se firmemente à instituição para evitarem prejudicar-se a si próprios e causar danos a todos os demais” (L. von Mises, *Liberalismus*, *op. cit.*, p. 113–114).

52 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *op. cit.*, p. 77 e 84.

levar a uma limitação da liberdade intelectual do homem que as constituições dos sistemas capitalistas, por sua vez, proibem; mas de fato, o capitalismo restringe também a liberdade do indivíduo, submetendo-o às leis econômicas. O mesmo ocorre com a tolerância (um dos principais valores da democracia na concepção kelseniana), que as democracias capitalistas abandonam quando a propriedade e a liberdade de empresa são ameaçadas (o jurista austríaco pensa aqui nos fascismos). Mesmo no período de sua produção que alguns comentaristas qualificaram muito rapidamente de “maccarthysta”, Kelsen não deixa de destacar que a exploração econômica do capitalismo é um fato que se deve admitir.⁵³

Segundo Kelsen, para provar que existiria uma conexão essencial entre capitalismo e democracia, teria que ser mostrado que a propriedade e a liberdade estão inseparavelmente unidas. Na história da filosofia política, os dois trabalhos mais importantes desde este ponto de vista são aqueles de Locke e Hegel, que ele considera insuficientes, inclusive ideológicos. Segundo o jurista austríaco, a liberdade significa, para Locke, a propriedade do homem sobre si próprio, mas é o conceito de propriedade que inclui o de liberdade. Kelsen vê a prova disso no fato de que “a defesa da propriedade” é a finalidade primordial da “sociedade civil” e que ela é um direito mais

53 H. Kelsen, *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis* (1948), Berkeley/Los Angeles, p. 47.

absoluto que a própria vida. Para Hegel, sempre segundo Kelsen, a liberdade da pessoa humana deve ser transmitida a algo externo para que possa existir outra vez como Ideia, para deixar de ser abstrata; deste modo, personificaria a liberdade do homem. Mas quando o problema da igualdade da propriedade surge (porque se os homens são iguais e livres enquanto pessoas, e se a propriedade é a personificação da liberdade, então a propriedade deve ser igual enquanto fundamento da personalidade), esta não é mais a personificação da liberdade. Hegel distingue, então, entre propriedade (que não inclui mais a liberdade) e posse.⁵⁴ O jurista austríaco considera, assim, que as tentativas de provar dita conexão essencial entre liberdade e propriedade fracassaram.⁵⁵

Em particular, o jurista austríaco sustenta que é um dogma político jusnaturalista da classe dominante, para conservar seu poder, considerar que o Estado deve respeitar os direitos adquiridos. Para Kelsen, estes direitos adquiridos podem ser limitados ou suprimidos por normas jurídicas. E a indenização,

54 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *op. cit.*, p. 86 e ss e p. 90 e ss. Não nos deteremos mais sobre a “leitura” kelseniana, mas ela é sintomática das críticas que Kelsen dirige às relações entre liberdade e propriedade privada que busca estabelecer o liberalismo.

55 Idem, *ibidem*, p. 94. Na história da filosofia política, os dois ensaios mais importantes a respeito são os de Locke e Hegel, que Kelsen julga insuficientes, inclusive ideológicos, p. 86 e ss. e 90 e ss.).

em caso de expropriação, não se deduz da natureza do direito adquirido, mas de uma eventual norma jurídica positiva.⁵⁶

Como podemos avaliar, na concepção de Kelsen, não é necessário que o Estado tome primeiro uma decisão no sentido da liberdade burguesa (liberdade pessoal, propriedade privada etc.), como Schmitt pensava a respeito das constituições do Estado burguês de direito, das quais considerava Kelsen como um de seus teóricos. Pelo contrário, em seu *Verfassungslehre*, Schmitt considera que a propriedade privada é um verdadeiro direito fundamental, que pré-existe à lei. Assim interpretada, não seria lícito delimitar legalmente o conteúdo da propriedade privada em sua discricionariedade de domínio.⁵⁷ E, em suas sucessivas reelaborações teórico-constitucionais daqueles anos, sobre os direitos fundamentais, encontramos sempre a salvaguarda do direito de propriedade contra os ataques do legislador e, em particular, da expropriação.⁵⁸

Para compreender a relação, ao fim e ao cabo, complexa, de Schmitt com o liberalismo, é particularmente interessante recordar o texto de uma conferência de 1932, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, em que, ainda defendendo a ideia de um “Estado forte”, aposta ao mesmo tempo em uma

56 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, op. cit., p. 156.

57 C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 176-177.

58 Sobre este tema, ver O. Beaud, *Les Derniers Jours de Weimar*, Paris, 1997, em particular, p. 94-95.

liberalização da economia alemã. Schmitt distingue, neste ensaio, duas significações do conceito de “Estado total”: um Estado pode ser total de um ponto de vista qualitativo, isto é, um Estado forte no que se refere à intensidade e à energia política; mas o Estado pode ser também total em um sentido puramente quantitativo, quer dizer, em relação ao “mero volume ocupado”, como podia ser o Estado social weimariano. Sem deixar de criticar as concepções do liberalismo decimonônico, o jurista alemão sustenta que só um Estado forte pode garantir a esfera da livre economia (baseada na iniciativa e na propriedade privadas).⁵⁹ Herman Heller podia, então, considerá-lo como representante de um liberalismo autoritário, cujo programa se resumia na “retirada do Estado ‘autoritário’ da política social, desnacionalização da economia e estatização (*Verstaatlichung*) ditatorial das funções político-intelectuais”.⁶⁰

Segundo Ludwig von Mises, a propriedade privada dos meios de produção é o elemento essencial do liberalismo, a tal ponto que “todos os demais postulados do liberalismo

59 Carl Schmitt, “Starker Staat und gesunde Wirtschaft”, *Volk und Reich*, 1933, p. 84 e 90. Schmitt desenvolve, também, um conceito de “auto-administração econômica”.

60 Cf. Hermann Heller, “Autoritärer Liberalismus” (1932), agora em *Gesammelte Schriften*, II, p. 652-653.

são a consequência deste postulado fundamental”.⁶¹ Não teria nada de paradoxal, então, concluir que o “antiliberal” Schmitt está mais próximo da essência do liberalismo do que o “liberal” Kelsen.

III

Recordando algumas destas particularidades do pensamento kelseniano que acabamos de ver, certos autores propuseram novas “caracterizações” do liberalismo de Kelsen, anexando-lhe epítetos que buscam precisar melhor seus contornos. Deste modo, um dos primeiros a exumar os escritos políticos kelsenianos nos anos 1960, Norbert Leser, qualifica Kelsen de *Linksliberaler*. Estamos próximos desta definição, considerando-o como um “liberal-socialista”.⁶² Esta leitura apresenta, porém, um limite importante: sem ignorar os elementos críticos para a doutrina liberal que contém a concepção kelseniana, mantém-se como núcleo de sua teoria política o liberalismo, sem problematizar sua consistência, agregando, simplesmente, a ele, as vinculações

61 L. von Mises, *Liberalismus*, *op. cit.*, p. 37. Como recorda Marcuse (“La Lutte contre le Liberalisme dans la Conception Totalitaire d’État”, *op. cit.*), Mises escrevia, em 1926, que o fascismo havia salvado a cultura ocidental do bolchevismo.

62 Por outro lado, um dos principais representantes deste movimento, Norberto Bobbio, foi muito influenciado – além da rica vertente propriamente italiana, que reúne Rosseli, Calagero e, inclusive, Gobetti, sem contar a distinção entre *liberalismo e liberismo* de Croce – pela teoria política de Kelsen.

e, sobretudo, a simpatia que expressara Kelsen pela social-democracia austríaca. O pensamento político de Kelsen seria, então, liberal teoricamente e próximo à social-democracia a partir de um ponto de vista histórico.

Todavia, como esperamos ter podido mostrar na análise anterior, a correspondência da teoria política de Kelsen com um liberalismo *stricto sensu* nos resulta problemática. Certamente, pode-se descobrir uma tonalidade liberal em certas ideias do jurista austríaco, como seu racionalismo, seu relativismo ético ou seu individualismo. Mas estes temas, próximos da tradição liberal, não logram descrever rigorosamente seu pensamento sobre o liberalismo e, sobretudo, Kelsen não os utilizará para opor-se ao socialismo, mas aos regimes autocráticos.

Por certo, Schmitt falava da “social-liberal-democracia” e do “*Sozial-liberalismus*” da II Internacional. Mas isto só denota a amplitude que o jurista alemão dava a este conceito. Uma amplitude que oculta, contudo, um componente primordial da concepção liberal: a propriedade privada dos meios de produção; é por isso que, como assinalaram, em seu momento, K. Korsch e, sobretudo, H. Marcuse, não se encontra uma crítica dos fundamentos econômicos e sociais do capitalismo em seus “virulentos” ataques ao liberalismo.

Na realidade, os tons mais liberais da teoria política de Kelsen ressaltam, com maior nitidez em conjunturas históricas bem precisas: na crise da República de Weimar, em que a distinção

entre “liberalismo” e “democracia” de seus críticos não é sempre clara, e em seu contato com a cultura norte-americana. Por outro lado, não aparece nos anos 1920, quando Kelsen sublinha a inspiração democrática de muitas medidas dos bolcheviques, na Rússia, e, inclusive, em sua polêmica com Schmitt, a crítica dos pressupostos do liberalismo permanece sólida.⁶³ E quando, nos anos 1950, assinala que a democracia não pode separar-se do liberalismo, agrega, em seguida, a distinção entre liberalismo político e capitalismo. Pode-se pensar que, na realidade, o liberalismo de Kelsen é, no melhor dos casos, cultural, herdeiro da tradição democrática do liberalismo, que o jurista austríaco põe em estreito contato com o pensamento de J.-J. Rousseau (a quem considera, de fato, o mais importante teórico da democracia) e com a Revolução Francesa. Parece-nos, portanto, que os componentes liberais da teoria kelseniana não devem ser absolutizados e que, em particular, não são suficientes para caracterizar sua teoria política como liberal em sentido estrito, menos ainda se esse liberalismo é sinônimo de teoria negativa do Estado ou de apolitismo.

Pelo contrário, muitas das proposições da teoria política de Kelsen podem aparecer como expressão de um realismo político. Certamente, Kelsen não insiste sobre o caráter pessoal do exercício do poder político tradicionalmente

63 Cf. C. M. Herrera, “La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución”, *op. cit.*

associado ao realismo político: para ele, a vontade estatal é sinônimo de ordem jurídica. Mas isto não significa que a teoria kelseniana não apresente características realistas – sobretudo se considerarmos que o aspecto personalista do exercício do poder político é próprio dos sistemas pré-capitalistas, enquanto que, nos sistemas modernos, como escrevera Weber, “a violência política interna objetiva-se numa ordem jurídica estatal”, e ainda menos que sua problemática seja aquela da limitação do Estado perante o indivíduo. Ainda quando afirma que “todo conflito político (em um Estado, mas também entre Estados) que seja qualificado como conflito de interesses, de conflito de poder ou de conflito político, pode ser decidido como uma controvérsia jurídica”,⁶⁴ não devemos esquecer que, para Kelsen, o direito não tem outro valor que o de uma técnica social para a dominação do homem pelo homem.⁶⁵ Neste sentido, localizar Kelsen entre os partidários do “governo da lei”, oposto àqueles do

64 H. Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *op. cit.*, p. 1883.

65 É assim que Kelsen entende a função do Estado, contra a “administração das coisas”, preconizada, segundo ele, pelo marxismo. Sobre este ponto, não devemos esquecer nunca que Kelsen rechaça explicitamente a filosofia prática de Kant e dos anos 1920. Para a crítica da teoria política kantiana, em termos de jusnaturalismo e de sua ideia da liberdade, cf. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (1922, reimpr, Aalen, 1981), p. 141 e ss. Do ponto de vista kantiano, Kelsen seria um “jurista de profissão”.

“governo dos homens”, como acreditava Schmitt,⁶⁶ apresenta o inconveniente de apagar o caráter técnico que Kelsen outorga ao direito.⁶⁷ Para Kelsen, o governo da lei não é o produto de uma concepção do direito como valor oposto ao poder, concepção segundo a qual “a esfera das liberdades do indivíduo é, em princípio, *ilimitada*, enquanto que a dos poderes do Estado é, por princípio, *limitada*”, como pensava Schmitt.⁶⁸

Se o poder, como tal, não é tematizado na *Teoría Pura*, contudo, não se pode concluir que ele esteja ausente. Ao contrário, para Kelsen, “o direito é uma ordem ou organização

66 É ainda Bobbio, quem, em uma entrevista por ocasião da morte de Schmitt, considera que Kelsen, em relação ao jurista alemão, representava a face do direito oposta à da força (cf. “La Norma e la Bestia”, *Rinascita*, 1985). Bobbio foi, por outro lado, um dos primeiros a falar do realismo político de Kelsen (N. Bobbio, *Dalla Struttura alla Funzione*, Milão, 1977, p. 200).

67 H. Kelsen, “Foundations of Democracy”, *op. cit.*, p. 100.

68 C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 296. Hayek mostra ter notado este ponto: cita Hobbes (e seu postulado *auctoritas, non veritas, facit legem*, que Schmitt acreditava poder opor ao normativismo kelseniano), Bentham, Austin e “a forma mais elaborada de Kelsen”, como os representantes de uma concepção pela qual “toda norma é produto de uma vontade humana e não de uma razão humana”. Ademais, devemos precisar que a evolução de Kelsen sobre o voluntarismo fica mais evidente a partir dos anos 1960. Em sua obra póstuma, o jurista austríaco escreveu que “não há norma sem um ato de vontade que estabeleça, ou como formulamos esse princípio na maioria dos casos, nenhum imperativo sem *Imperator*, nenhuma ordem sem ordenador” (cf. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, 1979, p. 3).

específica do poder”. O que Kelsen nega é a existência, para além do Estado, de outro sistema “normativo” diferente (do tipo razão de Estado, interesse do Estado, “direito” público).⁶⁹ Para ele, o fundamento do Estado não pode ser o poder ou uma vontade psicológica, mas um dever fundado sobre postulados não éticos, mas lógico-metodológicos, como afirma explicitamente. À pergunta: por que devemos obedecer ao direito?, não podemos responder logicamente por um fato (vontade ou poder), “mas sempre e somente pela afirmação de uma norma que diz que devemos obedecer às ordens do soberano”.⁷⁰

Para Kelsen, definitivamente, “o Estado não pode ser pensado como uma autoridade dominando os homens, enquanto ele é uma ordem obrigando os homens a um comportamento determinado e, por isso, um sistema de normas que regula o comportamento humano”.⁷¹

Fazer de Kelsen um pensador apolítico é confundir o plano epistemológico e o ontológico. Estes dois planos devem permanecer analiticamente separados, ainda quando as eleições epistemológicas kelsenianas possam ter consequências ontológicas. Como o próprio Kelsen afirmou em

69 H. Kelsen, “Gott und Staat” (1923), republicado em *Aufsätze zur Ideologiekritik*, Berlim, 1964, p. 47.

70 H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität*, Tübingen, 1920, p. 95.

71 H. Kelsen, “L'Essence de l'État” (1926), *Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de Caen*, 1991, p. 20.

1929, defendendo a pureza da ciência, que compreende “a ciência do poder que é, ao mesmo tempo, uma teoria pura do Estado e do direito”. O direito, como tal, não é nunca neutro, e “a despolitização que exige a Teoria Pura do Direito caracteriza a ciência do direito e não o seu objeto, o direito”. O direito não pode ser isolado da política, desde o momento em que ele é um instrumento.⁷² É por isso que a teoria de Kelsen não é apolítica; seu “juridicismo” expressa, ao contrário, “a pura lógica da tecnicidade do poder” nos Estados modernos. Não se confunde com uma “lógica do direito privado”, contrariamente ao que afirma Schmitt, de forma errônea, quando critica sob este aspecto tanto Kelsen quanto Weber. Kelsen assinala, em sua polêmica com Schmitt, que todo conflito jurídico é um conflito de poder ou de interesses, e que toda controvérsia jurídica é, de fato, uma controvérsia política.⁷³

Esta relação entre a concepção kelseniana e o realismo político fora talvez percebida já por Heller, em 1925, quando escrevia:

Ao isolamento da teoria do Estado da sociologia, agregasse – não sem condicionamentos recíprocos – a separação da ética e da metafísica, separação que se realiza no

72 H. Kelsen, “Qu’est-ce que la Théorie Pure du Droit?” (1953), *Droit et Société*, 1992, p. 559.

73 H. Kelsen, “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *op. cit.*, p. 1883.

positivismo histórico, lógico ou natural. [Mas], por esse caminho, não podemos deixar de ver no Estado mais que um instrumento de opressão de classe ou de raça e, em todo caso, ele deve se esgotar em poder, poder e mais poder [...].⁷⁴

Mas, para dizer a verdade, Kelsen considerava sua crítica metodológica como o meio específico da destruição radical da ideologia e, em particular, dava a seu funcionalismo um sentido explicitamente anticonservador. Reduzindo o Estado, em sua opinião, a uma simples técnica, sua teoria seria uma arma em favor dos governados, pois ela nega a imutabilidade de todo conteúdo sociopolítico.⁷⁵ Mas é necessário assinalar que a tensão que pode existir entre os elementos realistas de seu pensamento e suas simpatias políticas democráticas não se resolve sempre claramente em uma alternativa progressista. Contudo, esta alternativa aparece em sua concepção de democracia: embora ela libere as paixões políticas, finalmente termina criando uma disposição à obediência (*Bereitwilligkeit zum Gehorsam*)⁷⁶ e, finalmente, na realidade, a liberdade conta muito menos do que a paz.

74 H. Heller, “Die Krisis der Staatrechtslehre” (1926), *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, p. 292.

75 Cf. H. Kelsen, “Verterdigung der Demokratie”, 1932, reproduzido em *Demokratie und Sozialismus*, *op. cit.*, p. 62.

76 H. Kelsen, “Demokratie” (1926), reproduzido em *Demokratie und Sozialismus*, *op. cit.*, p. 36.

Parece que, ao final de nosso trajeto – mais além de seus previsíveis limites –, longe da simplicidade que seria esperada da identificação de Kelsen como pensador liberal, temos um conjunto de componentes complexos: relações teóricas e políticas com a social-democracia, liberalismo cultural que muda de cor em algumas de suas proposições e uma preocupação realista de sua concepção, expressadas ainda que não seja mais em forma negativa. De algum modo, a empresa kelseniana busca pensar politicamente a inelutável dominação sobre os homens sob a modalidade mais democrática possível. De fato, muitas das características da teoria política kelseniana que se consideram habitualmente como definidoras de seu caráter liberal eram compartilhadas de maneira geral por setores importantes da social-democracia alemã daqueles anos.⁷⁷ Kelsen podia afirmar, então, que o socialismo e a liberdade não eram incompatíveis, como assim também podia pensar na emergência de um regime que realizasse a autodeterminação política e a liberdade intelectual ao mesmo tempo de uma economia planificada. Neste sentido, o jurista austríaco

77 G. Radbruch, um social-democrata não marxista, pôde assim escrever que “no socialismo, sobrevive o melhor do liberalismo: o socialismo supõe, na verdade, a organização econômica, mas também a liberdade de espírito, e falamos desde a alma quando nos unimos sob o grito de luta: Liberdade!” (cit. em C. M. Herrera, “Kelsen y el Socialismo Reformista”, *op. cit.*).

sustentava, ainda nos anos 1950, que o experimento soviético não provava nada contra um modelo socialista democrático.

Se a “regulação pela forma jurídica” estava, no século XIX, ligada ao liberalismo, “não o estaria nem pela natureza nem pela virtude liberal, e (...) ela também induziu rapidamente atitudes antiliberais”.⁷⁸ É por isso que a teoria de Kelsen segue sendo, para Hayek, “uma ideologia gerada pelo desejo de adquirir o completo controle da ordem social, e pela crença de que está em nosso poder determinar, deliberadamente e de forma que nos agrada, todos os aspectos desta ordem social”.⁷⁹ Isto permitiria discriminar melhor o sentido da teoria do jurista austríaco. E o da crítica de seus adversários.

78 M. Foucault, *Résumé des Cours au Collège de France*, Paris, 1989, p. 116.

79 F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, *op. cit.*, vol. 2, p. 63.

Capítulo III

Carl Schmitt e o Marxismo