

---

**ENTRE O PODER E O CONTROLE: AS TEORIAS DA DEMOCRACIA EM HANS  
KELSEN E JÜRGEN HABERMAS****Nilo Lima Azevedo<sup>1</sup>****Shirlena Campos de Souza Amaral<sup>2</sup>****Oswaldo Moreira Ferreira<sup>3</sup>****Resumo**

O presente artigo trata de analisar dois dos maiores teóricos do Direito, Hans Kelsen e Jürgen Habermas através de suas colaborações para a teoria da democracia moderna. Ambos autores realizaram importantes contribuições sobre a consolidação e manutenção da democracia. Hans Kelsen buscou na teoria democrática uma resposta para a crise da República de Weimar que viria seguida da tomada do poder pelo socialismo nacional como forma de defesa das liberdades. Jürgen Habermas busca respostas para formas de participação social em democracias de massas e da dificuldade de representação pelo Parlamento nessas democracias, questões essas ligadas a qualidade da democracia. Os trabalhos de Kelsen e Habermas serão incorporados no estudo do Estado e da democracia, principalmente a intitulada deliberativa, com contribuições como: a federação como um pacto de coordenação não hierárquico dado pela Constituição através da distribuição de competências; a limitação legislativa, através de instrumentos de controle como os direitos liberais, que afetam o conteúdo de formação das normas; uma Corte Constitucional, de caráter político, e instrumentos de participação direta.

**Palavras Chaves:** Teoria do Direito; Democracia; Regulação.

**INTRODUÇÃO**

O presente artigo busca analisar dois dos mais importantes pensadores do Direito, Hans Kelsen e Jürgen Habermas, como teóricos da democracia. São autores, que perpassam por inúmeros temas da mais alta significação para as ciências humanas em geral, desde a filosofia, a ciência jurídica, a ciência política, a sociologia, entre outras. Por isso, a opção por uma introdução, que tenha o objetivo de estabelecer as principais linhas e conceitos para o entendimento do recorte escolhido.

Um primeiro ponto, foi a necessidade de uma metodologia que superasse a compartimentalização do

---

<sup>1</sup> Doutor em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Professor associado da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. E-mail: oswaldomf@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal Fluminense/RJ. Professora associada da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. E-mail: azevedo.nilo@uol.com.br

conhecimento que a complexidade do objeto exigia. Assim, a abordagem se deu de forma multidisciplinar, através de um forte diálogo entre a teoria jurídica e a ciência política. As categorias do direito, do federalismo, da linguagem foram, em certa medida, analisadas e interpretadas de forma complementar segundo a cooperação de ambas disciplinas.

Em relação a democracia, que possibilita uma infinidade de aproximações, como os pressupostos de sua consolidação; a questão do voto e representatividade; a formação de tipologias, para citar algumas, definiu-se que o conteúdo a ser analisado será a relação entre *poder e controle*, e como os autores tratam da sua importância para o funcionamento do aparato institucional democrático, em sua ordem, estabilidade e manutenção, bem como as fragilidades e desafios que ambos os conceitos apresentam para os regimes de governo democrático.

Este tema parece axial na teoria jurídica e política ocidental moderna, principalmente em relação a democracia. Afinal, se o poder social, representa uma relação de dominação do homem sobre o homem, no qual este é sujeito e objeto em uma esfera dada, seja a econômica, a ideológica, a política entre outras (Bobbio: 1983, p.935), a liberdade e igualdade dos cidadãos frente ao Estado estão intimamente relacionada entre o *trade off* do poder e controle estatal. Pois como salienta Weber (1997, p.82) enquanto o Estado é o elemento constitutivo mais importante da vida social, o Direito é a forma mais importante de regulação normativa.

## O PENSAMENTO DEMOCRÁTICO DE KELSEN: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, FEDERALISMO, PLURALIDADE SOCIAL E PARLAMENTO

### A Teoria pura do Direito em Kelsen

A mais difundida e citada obra de Hans Kelsen é a “Teoria Pura do Direito”<sup>4</sup>, na qual o autor pretende buscar o objeto de estudo da Ciência do Direito, através de uma metodologia própria que pudesse a partir da purificação de fatores externos a matéria, dizer de fato, o que o Direito positivo é (Kelsen: 1991, p.01). A teoria “pura”, imputou ao Direito uma submissão frente às ideologias políticas, operando como fundamento que vislumbrava apenas ideia de verdade absoluta, tendo em vista que o próprio Kelsen fez a referida crítica:

Assim, pois, nada parece hoje mais extemporâneo que uma teoria do Direito que quer manter sua pureza, enquanto para as outras não há poder, seja qual for que elas não estejam prontas a oferecer-se, quando já não tem pejo de alto, bom som e publicamente reclamar uma ciência do Direito política e de exigir para esta o nome de ciência “pura”, louvando assim como virtude o que, quando muito, só a mais dura necessidade pessoal poderia desculpar. (Kelsen: 1991, prefácio a primeira edição).

De fato, a essa questão específica a “Teoria Pura do Direito” oferece uma resposta mais do que

<sup>3</sup> Mestrando do Programa de Cognição e Linguagem da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. Professor da Faculdade Metropolitana São Carlos, campus de Bom Jesus do Norte – RJ. E-mail: shirlenacsa@gmail.com

<sup>4</sup> O artigo se pauta pela segunda edição da Teoria Pura do Direito, de 1960.

satisfatória, através dos conceitos: da imputação; da oposição metodológica à causalidade; da hierarquização das normas; da ordem social enquanto um ordenamento jurídico capaz de incorporar valores no qual o conhecimento jurídico é o responsável pelo seu sentido; da ideia do Estado enquanto ordenamento jurídico, teoria conhecida como Monista. Enfim, as purificações estabelecidas pelo autor criam uma unidade não material, mas formal do Direito, no qual as normas são estabelecidas via delegação, portanto através de uma autoridade que obedecerá ao próprio procedimento de criação das normas, ditada pelas próprias normas. Isso possibilitará ao ordenamento jurídico seus três principais atributos: a unidade formal, a coerência e a completude (Bobbio, 2006: p. 198-199).

Resumindo, o Direito não se insere como propõe os jusnaturalistas em um esquema de uma lógica externa ao próprio Direito. Os comportamentos dos sujeitos passíveis de imputação são dados pelo texto legal, é essa norma positivada, escrita que orienta o comportamento do indivíduo. Dessa forma, não é possível estabelecer de pronto qual a associação entre causa e efeito como realizado nas ciências naturais (se A é B), ao contrário Kelsen transporta a lógica do Direito para o seu interior, para o seu próprio sistema formal de normas (se A deve ser B), levando assim o Direito para a esfera da cultura (Kelsen 1991:86).

A coação e aplicação das normas são realizadas, portanto, dentro de um sistema lógico e formal de normas, o poder para tais ações como dito anteriormente é delegado.

Essa delegação para Kelsen está necessariamente ligada a uma Constituição que estabelece como o Estado instituição, por sua vez, será possuidor do poder de delegar a indivíduos “juridicamente qualificados” o uso dos meios de coação que o ordenamento jurídico oferece.

Assim, o poder se encontra no interior do Estado e não fora dele, sendo o ordenamento normativo a instrumentalização do uso desse poder interior, ao fim e ao cabo, do monopólio do uso da força física (Kelsen: 1991, p. 281). Tal afirmação de Kelsen pode ser muito bem resumida na afirmação de Bobbio (1993, p. 349), no qual o Estado moderno é um Estado jurídico e o Direito moderno é um Direito estatal.

Com isso, Kelsen é o autor positivista que logra teoricamente em conferir o maior grau de coerência ao ordenamento jurídico, sem deixar de observar que o Direito está no mundo da cultura e por ele influenciado (*caos*), enquanto o conhecimento do Direito se encontra com a função de dar sentido (*cosmos*) ao ordenamento jurídico.

Apesar de toda a coerência dada ao sistema legal kelsiano, este por acreditar que o ordenamento jurídico era capaz de interiorizar todos os valores da sociedade gerando ordem e paz (*pluralismo*), acabou por abrir um espaço no qual se um Estado autoritário, com valores não democráticos funcionasse através de um ordenamento jurídico lógico, poderia ser considerado como um Estado como qualquer outro segundo a Teoria pura do Direito.

Todavia, o estabelecimento do vínculo entre Direito e Estado, ou o olhar do Estado como um

ordenamento jurídico possibilitará a Kelsen fornecer algumas de suas respostas políticas em defesa da democracia, entre elas a relacionada ao federalismo.

Assim, se não foi possível a Kelsen através da “Teoria Pura do Direito” responder a um dos momentos mais críticos da história da humanidade e da democracia: a queda da República de Weimar e a ascensão do nacional-socialismo na Alemanha na década de 1930, os seus escritos político-legais trarão à tona, muitos dos princípios que regem e colaboram para a estabilidade da democracia hoje.

### Uma pequena contextualização sobre a queda República de Weimar

David Dyzenhaus (1997, p.121) aponta a queda da República de Weimar como um momento histórico do fracasso dos ideais democráticos liberais em lidar com o problema do pluralismo, ou seja, com a relatividade de valores que se complexifica na modernidade.

Dyzenhaus (1997:123) se utiliza do trabalho de Arnold Brecht para contextualizar de forma resumida o embate político e legal que se tratava nos anos 1930 na Alemanha. Para o jurista Brecht, a Constituição de Weimar foi formulada em um período de inquietação civil, no qual nenhuma expectativa de superação ou melhora era deslumbrada na República nascente.

Levando em conta, a ideia de *path dependence* política e institucional, a nova Constituição em determinados artigos fornecia ao presidente um grande poder, colocados como *emergency powers*. O mais conhecido era o artigo 48, o qual colocava ao alcance do presidente intervir nos estados membros (*Land*), com o uso da força se necessário em dois casos: a) se o estado membro não cumprisse com todas as suas obrigações segundo a Constituição; b) em caso de desordem social com risco para a segurança pública.

O presidente poderia intervir nos estados membros, não só se utilizando da força como também com a suspensão, parcial ou total, das garantias típicas de direitos individuais liberais democráticos como os colocados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154 da Constituição de Weimar que tratavam, por exemplo: do direito a liberdade, da inviolabilidade do domicílio, do direito a se reunir pacificamente, entre outros.

Entretanto, o artigo 48 prescrevia que o presidente estava obrigado de pronto a informar ao Parlamento sobre suas ações em relação às medidas tomadas no momento da vigência dos *emergency powers*, e em caso da determinação da suspensão de tais medidas pelo Parlamento, estas deveriam ser interrompidas imediatamente. Ao mesmo tempo, o artigo 25 da Constituição de Weimar possibilitava ao presidente fechar o Parlamento, tendo que promover novas eleições em um prazo de 60 dias. A conjugação do art. 48 com o art. 25 da Constituição de Weimar produzia um vazio, um vácuo institucional no qual o presidente e seu gabinete podiam governar por decreto, criando inclusive as condições necessárias para a possibilidade de nesse período destruir as instituições democráticas antes estabelecidas.

Por isso, a importância do controle<sup>5</sup>, pois “...as Brecht says, the problem was not so much the board framing of the emergency powers but that they could potentially be exercised free of control” (Dyzenhaus 1997, p.123).

E foi se utilizando da intervenção federal, no mais forte dos estados membros: a Prússia, governada por uma aliança entre os sociais democratas e os socialistas e, portanto, o principal foco de resistência aos interesses aristocráticos e conservadores, que o presidente através de um decreto ancorado no art. 48 inicia o fim da experiência democrática na República de Weimar.

Essa interdição foi levada a Corte do Reich, segundo o art. 19 da Constituição de Weimar, nesse caso específico atuaram no julgamento dois dos principais juristas da época. Na defesa da presidência e favorável à intervenção federal estava Carl Schmitt, já advogando para o governo da Prússia contra a interdição se encontrava Hermann Heller. Fora do tribunal, mas com grande influência como intelectual de renome da Academia, sendo o Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Cologne, Hans Kelsen atuou através do debate acadêmico e político.

Para compreender com maior profundidade o esquema teórico sobre a democracia de Kelsen, se faz necessário reproduzir um resumo e sucinto entendimento sobre o debate e os principais argumentos de Schmitt e Heller dentro desse julgamento. Não se pode esquecer que a questão de fundo gravitava em torno de como uma ordem social poderia dar conta do pluralismo ou da relatividade dos valores.

Durante o julgamento, Schmitt em sua defesa levantou vários argumentos, tanto processuais (como em relação à competência da Corte) como materiais (a restauração da lei e da ordem). Mas o ponto central, em relação à problematização do pluralismo, estava no ideário que Schmitt enxergava embutido no preâmbulo da Constituição de Weimar:

The German people, united in its tribes and inspired with the will to renew and strengthen its Reich in liberty and justice, to serve peace inward and outward and to promote social progress, has adapted this constitution” (preâmbulo da Constituição de Weimar).

Ou seja, a unidade, a homogeneidade existencial necessária para a formação da nação, da ordem social alemã. Tendo esse objetivo em vista, Schmitt recupera a ideia de *vontade geral*, do Contrato Social de Rousseau para determinar que o núcleo da democracia está na identificação da vontade popular absoluta e direta, como ocorre por exemplo na *aclamação*.

A democracia liberal, em seu ideal pluralista nada mais faz do que criar identidades esparsas e não palpáveis, como as distinções entre governantes e governados, dominantes e dominados, ou seja, não é possível

---

<sup>5</sup> Os Estados modernos não abriram mão de mecanismos de emergência. A Constituição brasileira de 1988 prevê o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal, cabendo a União decretá-los, mas com a aprovação do Congresso Nacional. Sem contar que a própria Constituição impõe limites aos mecanismos de emergência, estabelecendo as regras para o funcionamento de cada um deles, além de determinar a proibição de Emendas Constitucionais durante a vigência desses mecanismos. Portanto, juridicamente os mecanismos de emergência não são o problema central, e sim como estes serão controlados.

extrair um ideal de ordem social que integre a todos, ou uma direção para que Estado materialize um conceito de nação (Schmitt: 1990, p.32-36).

A solução, nessa perspectiva, está em reconciliar, ou desaparecer com toda a relatividade de valores que de fato existe, através de uma decisão. É necessária uma vontade que estabeleça os rumos de determinada nação a partir da política, formando assim (fora do pluralismo) uma unidade que determinará a ordem social. Como foi dito, a marcação de determinado valor não é metafísico, mas existencial, à medida que é o próprio conteúdo desse valor que irá transformar a sociedade e a ordem social segundo essa unificação de sentido.

Já Hermam Heller, em sua visão democrata liberal, compreendia perfeitamente a possibilidade que se aproximava, ou seja, um regime autoritário. Assim, e por isso, a importância da introdução ao pensamento jurídico de Kelsen realizada anteriormente, pois Heller, apesar de positivista e liberal como Kelsen, não concebia a ideia de um ordenamento jurídico sem a estipulação de valores. O pressuposto kelsiano de que o próprio ordenamento pudesse internalizar os conflitos de valores trazendo paz à ordem social, é negado por Heller.

Para Heller, o ordenamento jurídico não pode estar aberto à relatividade de valores, pois tal concepção abre espaço para regimes autoritários, e a consciência dessa realidade, ele enxergava no momento histórico a sua frente.

Heller argues that one cannot make sense of the idea of legal order without recognizing the role of such fundamental principles of law in constituting legal order. The rules of positive law, which for Kelsen are what law amounts to, according to Heller are made possible only by the existence of these fundamental principles of law. Moreover, the role of positive law is to give content to the fundamental principles. Thus, an awareness of their existence is essential to the interpretation of positive law (Dyzenhaus:1997, p.123).

Nesse sentido, como posto anteriormente, a Teoria Pura do Direito de Kelsen não é capaz de responder por si só aos dilemas que se apresentavam diante do contexto no qual a República de Weimar caminhava para o seu fim.

Porém, também não é verdadeiro que Kelsen, não trouxesse respostas importantes para tais problemas, porém tais respostas devem ser buscadas em outros textos, principalmente em seus escritos políticos, tanto sobre a jurisdição constitucional, como sobre a democracia.

### **Jurisdição Constitucional, Federalismo e Democracia em Kelsen**

Uma das relevantes contribuições de Kelsen para a democracia foi a elaboração de uma teoria federalista, na qual o pacto federativo processado nas repúblicas democráticas, pode ser demonstrado como uma forma de controle democrático e não uma relação hierárquica e autoritária entre o governo central e os outros entes federativos.

Essa era para Kelsen uma questão a ser refletida, primeiro porque o estopim do declínio da República de

Weimar foi a interdição de um estado-membro pelo poder central. E segundo, pois posição tomada por Schimtt era a de que o poder central teria toda a legitimidade em realizar qualquer intervenção que achasse necessária sem nenhum tipo de coibição ou controle, uma vez o governo central era guardião da Constituição, e possuía uma prevalência hierárquica de poder e mando sobre os demais membros da federação.

Posto o contexto, a partir da concepção de uma Corte Constitucional independente, Kelsen começa a traçar sua linha de pensamento em defesa dos ideais liberais democráticos. Embora, Kelsen estabeleça que o Estado federativo, diversamente das confederações, repousa na vontade de um Estado Unitário, na realidade, ele não está dizendo que no Estado Federativo exista hierarquia entre os diversos entes federativos. A teoria federalista kelsiana começa por estipular que a vontade unitária não é dada pela vontade de um ente, mas através das competências que derivam de uma única fonte para todos os membros federativos a Constituição. É da vontade Constitucional a que Kelsen se refere para estabelecer a analogia ao Estado Unitário (Kelsen: 2007, p. 7-9).

Concluindo, mesmo os mandamentos dirigidos pela União aos estados membros, mesmo que existam casos de preponderância de um ente sobre o outro ente federativo, é possível afirmar que a descentralização política é uma das características marcantes do federalismo em Kelsen, na medida em que as atribuições próprias dos entes federativos não se originam de uma vontade central, mas da própria Constituição. A consideração que:

(...) as reais relações dos fatos tais como são definidas no ordenamento jurídico, desaparece a ideia de uma violação do dever para com o Estado central e junto com isso um dos motivos principais da unilateralidade da disposição. Dissolvendo-se a personificação do Estado, e reconhecendo-se este como um ordenamento jurídico ou sua personificação, o Estado federativo e a confederação de estados apresentam-se como ordenamento jurídico descentralizado; de modo que, com base numa *Constituição total* [Gesamtverfassung] que distribui as competências, ou seja, o âmbito de validade objetivo (...) O exame da relação entre esses âmbitos normativos mostra que a “União” ou o assim chamado “Estado central” e os estados singulares ou estados membros, não há subordinação e superioridade, pois não se trata de uma relação de delegação, mas, ao contrário, de *uma relação de coordenação* (Kelsen: 2007, p.53).

Tal visão do federalismo foi uma importante influência para as teorias federativas atuais. Principalmente a noção, que posteriormente se alarga, na seguinte direção: que neste tipo de descentralização, os vínculos que porventura existam entre os entes federativos são diversos do vínculo hierárquico, ou seja, no que se refere às atribuições originais, não há subordinação de um ente em relação a outro (Mello: 1997, p.97).

Essa é a chave da questão: a descentralização político-administrativa transfere as relações entre os diversos entes federativos para outras esferas que não a hierárquica.

Sob esta perspectiva, o problema básico da questão federativa é encontrar o desenho institucional adequado à resolução dos conflitos entre os níveis de governo, sem destruir a autonomia de cada ente e a conflituosidade inerente aos pactos federativos (ABRUCIO e COSTA, 1999:19).

As relações federativas do Estado se pautam pela cooperação e competitividade, sendo possível pensar “as relações intergovernamentais no federalismo como um problema de ação coletiva, diante do qual mais de uma

resposta é possível” (Abrucio e Costa: 1999, p.21).

Dessa forma, dentro da teoria democrática, ao pensar o caso de Weimar, Kelsen ao desenhar esse arranjo federalista está se contrapondo a ideia de uma vontade única, originária de um poder central total e unitário que está acima dos outros entes federativos, ou seja, está argumentando contra a tese de Schmitt, na qual o Estado central poderia agir sem qualquer tipo de constrangimento.

Porém Kelsen, politicamente vai mais longe, quando coloca que as Constituições devem limitar a autonomia legislativa da União e dos estados membros através, por exemplo, da instituição de direitos materiais fundamentais de liberdade que não podem ser violados (Kelsen: 2007, p.59).

Ainda assim, somente a divisão constitucional de competências entre os entes federativos, bem como a limitação legislativa não é suficiente. Para que a forma de Estado federativa das repúblicas democráticas possa ser posta em prática é necessária uma forma de controle dessas competências e da limitação legislativa que não esteja a cargo ou da União ou dos estados membros, pois dessa forma o pacto federativo já está maculado (Kelsen: 2007, p.16).

Hoje, existe um virtual consenso, que uma Corte Constitucional independente, que seus membros sejam escolhidos de forma a contemplar a vontade da União e dos estados membros é a melhor forma de garantir que o controle das leis, e de forma indireta dos atos administrativos não sejam realizados de forma parcial. Essa Corte, que foi pensada por Kelsen, poderia inclusive ter seus membros eleitos pelo povo como critério democrático e de imparcialidade.

Todo esse complexo esquema de se pensar que o controle da jurisdição constitucional, do pacto federativo através de uma Corte Constitucional, que não realize julgamentos parciais, é uma resposta a ideia do *pouvoir neutre* que se personificaria no monarca utilizada por Schmitt.

Por fim, Kelsen em defesa do pluralismo, demonstra de que forma é possível ao ordenamento jurídico interiorizar a relatividade de valores. Uma vez, pressupondo que uma Constituição deva estabelecer uma Corte Constitucional que garanta não só o controle jurisdicional das leis, mas também a limitação legislativa segundo os mecanismos de controle de sua produção segundo um conteúdo material de garantias e direitos liberais, demonstra, segundo todo esse arcabouço institucional de controle, em que esfera política o pluralismo encontraria o seu mais alto grau de debate e formação do conteúdo legal.

O processo dialético do Parlamento moderno é, fundamentalmente, algo muito parecido à “forma judiciária” do processo diante de um tribunal. Seu objetivo é trazer a luz todos os prós e contras de determinada solução, e a experiência demonstra que esse resultado é bem mais garantido quando se confia o ataque e a defesa as duas instâncias diferentes. Isso é imediatamente possível quando na questão em debate existem dois interessados ou dois grupos de interesse com orientação distinta. Esse é sem dúvida o caso da questão de inconstitucionalidade de uma lei. Conflitos de interesse de natureza nacional, religiosa, econômica, antagonismos entre grupos interessados em centralização ou descentralização, e muito mais. Dar a tais antagonismos uma expressão técnico-processual adequada é tarefa do

código processual (...). O litígio não trata, ou melhor, não trata somente e não só diretamente sobre a questão do ato impugnado; é também uma discussão sobre o melhor modo pelo qual a criação do direito – individual ou geral – deve ocorrer dentro do quadro traçado pela Constituição (Kelsen: 2007, p.265).

### A ideia de Democracia Formal em Kelsen

Para Kelsen os pressupostos de uma democracia formal devem prevalecer sobre os da democracia social, uma vez que para ele o valor axial da democracia é a liberdade e não a igualdade.

A igualdade partilha dos ideais democráticos, porém em um sentido negativo, formal e secundário. Pois a luta principal da democracia é a da liberdade política, segundo a qual os homens são capazes de o mais livremente possível ser sujeitos dos direitos políticos, o que significa dizer, participar das funções legislativas e executivas.

É essa igualdade formal, de participação política que conta. A igualdade na democracia deve ser política e formal, como se pode observar nas democracias, mesmo naquelas que apresentam fortes desigualdades materiais. Em contraposição, nas ditaduras, a igualdade material tende a ser valorizada em detrimento da igualdade política.

A ideia da democracia social se associa ao teor ideológico da justiça, dessa forma a distribuição de bens segundo uma justiça social, pode permitir conceituar ideologicamente uma ditadura militar como a “verdadeira democracia”, a partir da legitimação da ordem social através do igualitarismo material e não da liberdade segundo a democracia formal.

Kelsen estabelece sua crítica à democracia social, principalmente aos postulados socialistas que - mesmo nas democracias burguesas do século XIX, tendo a liberdade como fundamento primeiro da democracia – não foram capazes de levar os socialistas ao poder através do voto livre. Ironicamente, Kelsen evidencia que essa possibilidade só é colocada em países de democracia formal e não social.

Por isso, a verdadeira democracia, a formal é aquela que garante a universalidade e igualdade dos direitos políticos, ou seja, no ideal de liberdade segundo Kelsen a ordem social é realizada por quem está submetido a esta ordem. Dessa forma, o proletariado está livre nas democracias formais para votar nos partidos que possuam plataformas mais igualitárias se assim desejarem.

Se de um lado as ditaduras socialistas acabaram criando um dogma partidário absolutista, os partidos burgueses de extrema direita colocam a democracia formal como um instrumento de enfraquecimento e não conservação do poder burguês. A busca de manutenção do monopólio do poder - através da supressão da prática social – é uma característica comum dos críticos da democracia formal, sejam eles de extrema – esquerda (comunistas) ou de extrema – direita (fascistas). Kelsen entra assim, em uma questão fundamental, qual seja, se a democracia formal é no fundo “apenas uma forma, apenas um método de criação da ordem social”, ou seja, se ela possui uma natureza puramente procedimental (Kelsen: 2000, p.103).

Tal postulado é extremamente problemático, pois “com uma regra específica de criação, com

determinada forma social ou de governo, não se resolve a questão bem mais importante do conteúdo da ordem estatal” (Kelsen: 2000, p.104).

As soluções dos problemas sociais não podem ser dadas através da democracia procedimental, mas de decisões e opções na esfera política. É preciso lembrar que na conjuntura da Pós-Primeira Guerra, esse embate se refletia na disputa socialismo versus capitalismo, ou seja, qual dos sistemas poderia melhor enfrentar os desafios da menor desigualdade material.

Uma disputa que seguiu mesmo após a Segunda Grande Guerra, quem chegaria primeiro ao comunismo? Esse era o dilema entre a redistribuição realizada na Europa ocidental, com o modelo do *Welfare State*, e a revolução socialista em busca da maior homogeneidade social.

Esse momento, no qual a democracia representativa estava longe de estar consolidada e legitimada como nos dias atuais, há uma ênfase importante na questão do procedimento em relação ao conteúdo material (*redistributivismo*), ou seja, priorizava-se mostrar as diferenças entre democracia e autocracia.

O grande problema é que *a priori*, nem os “democratas mais radicais” segundo o princípio da forma de governo procedimental, mesmo que realizado pelo princípio da liberdade da democracia, poderia saber qual o impacto dessas normas no conteúdo político, ou seja, do justo, do melhor Estado possível. Isso seria divinizar a ideia de povo como portador absoluto da verdade do que é o melhor para o Estado. Tal pressuposto funciona simbolicamente para legitimação do poder e da soberania popular, o que significava para Kelsen um recurso apologista. “Efetivamente, não haverá esperança para causa democrática se partimos da ideia de que é possível o conhecimento da verdade absoluta, a compreensão de valores absolutos” (Kelsen: 2000, p.104).

A questão das verdades absolutas, da imutabilidade dos valores filosoficamente atravessavam a discussão entre democracia e autocracia, partindo do suposto que dependendo de práticas sociais diferenciadas os resultados seriam formas de mudanças mais democráticas ou autocráticas.

A negação do princípio do absolutismo, o reconhecimento de que o acesso possível se dá no âmbito das verdades relativas, cria a possibilidade da existência de qualquer verdade, de qualquer valor, ou de várias verdades, de vários valores. Quem é o indivíduo, portanto democrático? É o indivíduo aberto a descobertas, a mudança de opiniões e valores.

Kelsen busca demonstrar que o “procedimentalismo democrático” se baseia também em uma concepção de vida, impregnada de conteúdo, ou seja, “quem considera inacessíveis ao conhecimento humano a verdade absoluta e os valores absolutos, não deve considerar possível apenas a sua própria opinião, mas também a opinião alheia” (Kelsen: 2000, p.105).

## Parlamento e democracia em Kelsen

A democracia formal permite a livre expressão de pensamento, e a competição dos diversos pontos de vista que possibilitam as mudanças na ordem social (ou manutenção do *status quo*). Por isso, o procedimento adotado pela Assembleia Popular ou pelo Parlamento na criação das normas, que se desenvolve através de discursos e réplicas, foi oportunamente reconhecido como democrático. Nesse ponto é possível observar que o Parlamento de Kelsen se aproxima da ideia de Parlamento que será utilizado por Habermas, no qual a publicização dos discursos geram um sentido para ordem social, funcionando não só como forma de controle, mas como institucionalização que surge da esfera pública para Habermas e da pluralidade para Kelsen.

Por isso, a oposição parlamentar possui uma função estratégica, que dentro do domínio político democrático dos muitos sobre os poucos, não só reconhece tal oposição, mas possibilita procedimentos de mudanças de opinião garantindo a possibilidade de crítica a situação majoritária, através de garantias de direitos e liberdades fundamentais de expressão.

Quanto mais forte for a minoria, mais a política democrática se tornará uma política de compromissos. Ao contrário, quando a minoria é extremamente fraca, há o risco dos detentores do poder nas suas ações políticas começarem a invocar a inspiração divina, tornarem-se surdos aos homens, nesse sentido também se aproxima da ideia de Habermas de que sem a publicização do discurso em uma arena ilocutória, não é possível uma ação comunicativa, ou uma democracia real. A busca do consenso apresentado na democracia deliberativa de Habermas, já se encontrava em Kelsen (2000, p.129):

Todo *procedimento parlamentar* visa alcançar um caminho intermediário entre interesses opostos, uma resultante das forças sociais antagônicas. Ele prevê as garantias necessárias para que os interesses discordantes dos grupos representados no parlamento tenham a palavra e possam manifestar-se como tais em um debate *público*. E, se procurarmos o sentido mais profundo do procedimento especificamente antitético-dialético do parlamento, esse sentido só poderá ser o seguinte: da contraposição de teses e antíteses dos interesses políticos deve nascer de alguma maneira uma síntese, a qual, neste caso, só pode ser um compromisso.

Para atingir o objetivo da maioria, a ordem coativa, isto é, a coerção estatal na democracia é muito mais consensual do que na autocracia. No procedimentalismo democrático a coerção não pode ser utilizada, para impedir a minoria de vir a tornar-se maioria. Como também a coerção e o conteúdo do procedimentalismo não podem ser utilizados como mecanismo de não alternância do Poder.

A luta travada no fim do século XVIII e no início do século XIX contra a autocracia foi essencialmente uma luta em favor da instituição parlamentar. De uma constituição que concede à representação popular um papel decisivo na formação da vontade estatal e põe fim à ditadura do monarca absoluto, ou ao privilégio de uma organização por castas (Kelsen: 2000, p.111).

Kelsen retoma a concepção do parlamentarismo como força possível de refrear regimes autoritários, sem liberdades, mas apontou e reconheceu que a esperança anteriormente depositada nesse instrumento ficou muito

aquém dos que sonhavam no advento de uma era politicamente melhor. Como conquistas do parlamento são ressaltadas a equiparação política do proletariado e, por conseguinte, o início de sua emancipação moral e econômica frente aos capitalistas.

Outra crítica em relação a liberdade e o Parlamento é de que a vontade estatal é uma vontade indireta, o que tenderia a distorcer a relação entre representação e vontade estatal do povo nas sociedades complexas. Para Kelsen o mandato popular que não é imperativo, não deve ser colocado na mesa. “Não deve, pois, causar espécie que, entre os argumentos hoje levantados contra o parlamentarismo, figure em primeiro lugar a ‘descoberta’ de que a vontade estatal criada pelo parlamento não é, em absoluto, a vontade do povo” (Kelsen: 2000, p.115)

A questão é a de que o Parlamento vai além da ficção da representação. O Parlamento deve ser visto segundo o autor como um compromisso indispensável entre a ideia de liberdade política e o princípio da divisão do trabalho, ou seja, caberia a esse corpo parlamentar dirigir e coordenar o Estado. É a partir desse compromisso que devem surgir a reforma do Parlamento, isto é, novamente o autor reitera que o sujeito do poder é o Estado não o povo.

A ficção da representação funcionou muito bem como instrumento político (ideológico) contra o absolutismo, mas já no regime republicano a representação não pode escapar às críticas de que a vontade estatal não é em absoluto a vontade do povo, salvo no ato do voto, como também aponta os defensores do elitismo competitivo.

Porém se o parlamentarismo nesse sentido pode nunca ser capaz de cumprir com a promessa realizada em relação a representação, pode ter como seu ponto legitimador se tornar um instrumento, um meio técnico e específico para a criação da organização estatal.

Basta conceber o parlamento como um compromisso indispensável entre a ideia absoluta de liberdade política e o princípio da divisão diferencial do trabalho, para que já se delineiem distintamente as direções que se deve seguir uma eventual reforma do parlamentarismo. (Kelsen: 2000, p.116)

Kelsen também defende uma maior abertura para a participação popular que não só no momento das eleições para os representantes parlamentares, para tanto, indica o referendo: constitucional, ou o legislativo. Outro método de participação direta colocada por Kelsen está na iniciativa popular de lei. É importante ressaltar que Kelsen não coloca esses instrumentos como taxativos, mas como exemplificativos:

A possibilidade técnico-jurídica de exercer um controle desse gênero existe, e um contato permanente e garantido pela lei entre eleitores e deputados equivaleria a reconciliar as massas com o princípio parlamentar, qual seja, o do mínimo da representação (Kelsen: 2000, p.118).

Nesse sentido, Kelsen procura minimizar a teoria do elitismo competitivo, através de instrumentos de participação direta, hoje muito defendidos pela escola da democracia deliberativa. Para Kelsen, esses mecanismos seriam menos de busca do controle do mandato (na medida em que para ele o mandato é absolutamente

independente), mas funcionaria fundamentalmente como um *check and balance* em relação à autonomia total do corpo parlamentar que forma a vontade do Estado.

O exemplo mais claro disso é a dura crítica realizada a imunidade parlamentar visando minimizar as possíveis irresponsabilidades do mandato imperativo inerente nas democracias de massas. Kelsen leva ao extremo tal opinião inclusive não apoiando a imunidade absoluta de opinião parlamentar. “Verdadeiros delitos de que os deputados se tornam culpados durante um discurso parlamentar, sob o pretexto que foram cometidos no exercício das suas funções” (Kelsen: 2000, p.119)

Outra defesa é o da lista fechada, no qual a cadeira pertença ao partido e não a pessoa eleita. Mas sublinha que as listas fechadas dependem de partidos fortes. Ainda critica a capacidade do Parlamento em se tornar um mecanismo de escolha de líderes que pudessem produzir boas leis. Uma das possibilidades, colocadas pelos críticos da democracia parlamentar, seria através da divisão diferencial do trabalho criar uma múltipla formação de parlamentos técnicos geridos por ministérios correspondentes.

A questão é que os parlamentos corporativistas, para Kelsen não são capazes de interagir com diferentes interesses que o cercam, com a sociedade política e com o mercado: visto esses elementos como um todo a ser coordenado.

É precisamente na definição desses conflitos que deve ser buscado o cerne da questão.

*É inútil pedir à ideologia do próprio princípio corporativista uma resposta para essa questão fundamental. A solução só pode ser uma: a decisão final sobre os conflitos de interesse entre os grupos corporativos acabará sendo confiada a uma autoridade de origem estranha ao princípio corporativista, a saber, seja a um parlamento eleito democraticamente no seio da coletividade, seja a um órgão de configuração mais ou menos autocrática (Kelsen, 2000:124).*

Concluindo, é possível observar que a estrutura democrática de Kelsen, é de enorme riqueza. Primeiro, sua análise de uma Corte Constitucional aliada à teoria federalista (aqui Kelsen pode ser visto como um dos percussores das teorias federalistas atuais) impossibilita a tomada de poder de forma absoluta por uma entidade central.

Segundo, o Parlamento é a instituição capaz de coordenar a ordem social, através dos vários instrumentos de internos de publicização dos debates e interesses antagônicos, inclusive com a participação da sociedade de forma direta. Assim, o Estado como um ordenamento jurídico, ou seja, a própria essência da Teoria Pura do Direito é integrada com a ação social e política, em relação ao conteúdo das decisões através um Parlamento democrático.

## JÜRGEN HABERMAS E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

A representação de uma democracia deliberativa, que não se restringe a lógica da ação puramente

instrumental, mas acrescenta o elemento cultural intersubjetivo surge com a teoria da racionalidade comunicativa de Habermas. Para ele, a sociedade moderna, complexa, plural, não extrai a sua força apenas de uma racionalidade instrumental originada sistemicamente, mas também de uma razão não-instrumental decorrente de uma formação cultural moderna não-tradicional.

Ao buscar essa racionalidade não instrumental, ele o faz na esfera do discurso. Surge então a denominação de uma racionalidade comunicativa que “defende que por intermédio da linguagem cotidiana seja possível que um ator social se entenda com outro ator social acerca de um estado de coisas no mundo objetivo, social e, até mesmo, subjetivo” (Mattos: 2002, p.68).

As condições da democracia deliberativa são dadas segundo o modelo habermasiano de mundo moderno por duas categorias essenciais: o mundo sistêmico, constituído pelos subsistemas do mercado e do Estado e o mundo da vida caracterizado pelas ações espontâneas e não-reflexivas da vida cotidiana. Para cada mundo há respectivamente uma força motriz modernizadora. No mundo sistêmico, a modernização societária se liga à lógica da ação instrumental e da escolha racional, sendo seus mecanismos de integração o dinheiro e o poder. Já no mundo da vida, a modernização é envolta por uma cultura não tradicional, sendo sua lógica a da ação comunicativa, que tem como mecanismo de integração a força dos argumentos ilocutórios.

O que há de inovador na teoria habermesiana é justamente a possibilidade de se vislumbrar um novo tipo de solidariedade social pós-tradicional, não mais fundado na religião ou nos vínculos de sangue, como nas sociedades tradicionais, ou ainda, em estímulos empíricos como poder e dinheiro. Com a teoria do agir comunicativo, pode-se pensar a solidariedade social em termos de um interesse como racionalmente obtido, captando o interesse geral no particular (Mattos: 2002, p.69).

A solidariedade pós-tradicional se realiza com a reprodução do mundo da vida através da linguagem cotidiana que serve de *medium* operacional entre as suas estruturas especializadas, entre elas, “em reprodução cultural (escola), em socialização (família) ou integração social (o direito)” (Habermas: 2003a, p.86).

A publicidade não alcança as relações intersubjetivas das esferas especializadas de reprodução do mundo da vida, que se regem pelo princípio da intimidade. Cabe à esfera pública incorporar no público o que foi realizado e consubstanciado pelo *medium* operacional segundo o que repercute nas interações privadas. A esfera pública funciona como uma “caixa de ressonância onde os problemas políticos encontram eco” (Habermas: 2003a, p.91).

A esfera pública não é prescritiva, não se forma segundo a agregação de valores, não se forma como um dado objetivo, mas nos próprios pressupostos necessários à elaboração de um consenso lingüístico segundo a validade dos processos de argumentação cotidianos.

Os pressupostos de uma deliberação através dos canais democráticos comunicativos têm por função a filtragem dos argumentos, para a emersão daqueles que serão imbuídos de legitimidade (Habermas: 2003a, p.71). Por isso, a importância da publicidade em relação à democracia deliberativa. Esse é o intuito, por exemplo, dos debates parlamentares possuírem uma natureza pública, visto que são estes que asseguram “a conexão entre

deputado e eleitores com um único público" (Habermas, 2003b, p.104).

A esfera pública obriga a que os interesses defendidos, o sejam através de argumentos capazes de gerar legitimidade. Nesse sentido, ocorre o que Habermas denomina como coerção procedimental saudável, ou seja, o defensor de determinado interesse não pode realizá-lo a qualquer custo, o que acaba por comprometê-lo com as regras de alteridade, e com a aceitação da avaliação de sua credibilidade (Habermas: 2003a, p.71).

A coerção procedimental saudável suscita a ideia de que a democracia deliberativa não parte de um ideal da política como sendo aquela realizada por cidadãos necessariamente virtuosos, desejosos de entrarem em acordo entre si para a consecução do bem comum. O que a democracia deliberativa propõe não parte do indivíduo, mas da intersubjetividade possibilitada pelo processo deliberativo institucionalizado calcado em canais comunicativos e discursivos (Habermas: 1995, p.276).

As condições para uma formação política racional da vontade não devem ser procuradas apenas no nível individual das motivações e decisões de atores isolados, mas também no nível social dos processos institucionalizados de formação de opinião e de deliberação. Estes podem ser considerados como arranjos que influenciam as preferências dos participantes, pois eles selecionam os temas, as contribuições, as informações e os argumentos, de tal modo que somente os que são "válidos" conseguem atravessar, em caso ideal, o filtro das negociações equitativas dos discursos racionais, assumindo importância para as tomadas de resolução. Isso implica uma mudança de perspectivas: passa-se da teoria da escolha racional para a teoria do discurso (Habermas: 2003a, p.72).

A democracia deliberativa possui a sua fundamentação originária na esfera pública que, através de sua ligação com os canais de comunicação da intersubjetividade privada, alça o processo ao nível público, lugar onde a atuação parlamentar institucionalizada converterá a problematização de temas importantes para o todo social em ações administrativas (Avritzer: 1996, p.21), de outra forma, "a opinião pública reina, mas não governa" (Habermas: 2003, p.277).

O parlamento é capaz, portanto, de legitimar argumentos sem a necessidade de convencimento face a face, uma vez que o debate parlamentar funciona como uma ratificação e um filtro do que foi discutido e deliberado na esfera pública.

Nessa perspectiva a sociedade civil possui um papel de relevo, pois ela funciona como um dos mecanismos de transmissão dos valores da esfera pública para o mundo sistêmico. O conceito de sociedade civil para Habermas se distingue do conceito das teorias ligadas a teoria da escolha racional, na qual a sociedade civil representa os interesses da sociedade organizada, que agirão instrumentalmente em busca de seus objetivos. Habermas, ao tratar do núcleo institucional da sociedade civil, o faz da seguinte forma:

O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os tramitem, a seguir, para a esfera pública política" (Habermas: 2003a, p.99).

A relação da esfera pública e da sociedade civil com o parlamento funciona como um ponto de interseção entre o mundo da vida e o mundo sistêmico. A democracia deliberativa é fundamental, pois é ela que possui os elementos necessários para a composição de uma sociedade na qual os valores sistêmicos não contaminaram de todo o mundo da vida.

A forma propícia de Estado para a democracia deliberativa é o Estado democrático de direito, uma vez que o direito moderno porta nessas circunstâncias duas características fundamentais. Primeira, a natureza do direito como um sistema de direitos e deveres é capaz de estabilizar a ordem social, já que tanto as sanções como a não intervenção estatal se aplicam como pressuposto da garantia da liberdade.

Um segundo ponto é que o direito funciona como um mecanismo de legitimação, no qual o ordenamento jurídico, por ser fruto de um processo legislativo racional, possibilita a identificação das mais diversas biografias à sua realização (Habermas: 2003a, p.47).

Habermas procura nos mostrar como sua concepção de direito e democracia se articula com a teoria do agir comunicativo. Para isso, ele ressalta o duplo aspecto do direito moderno salientando que as pessoas obedecem à lei por duas razões básicas, pelo medo das sanções e por sentirem não só como destinatárias das leis, como também suas autoras. É exatamente nessa última razão que reside a importância dada na teoria habermasiana da sociedade ao processo democrático. É ele que possibilita a livre flutuação de temas e contribuições, de informações e argumentos, além de assegurar um caráter discursivo à formação política da vontade (MATTOS, 2002:83).

A teoria da democracia deliberativa não observa a participação apenas como um instrumento legitimador dos receptáculos do poder político, mas busca descobrir como a dimensão simbólica da democracia é capaz de construir processos participativos políticos que sustentam, propagam e difundem, através da esfera pública, a democracia como marco normativo.

Dessa forma, a teoria da democracia deliberativa busca responder a duas questões centrais. A primeira trata da impossibilidade do fortalecimento da participação popular e complexificação da burocracia estatal. Ao separar a lógica sistêmica da lógica comunicativa, é percebe-se que esta última é capaz, através de interações argumentativas, de reproduzir os valores normativos da democracia.

Outra questão que Habermas aborda concerne a bem comum compartilhado. Uma racionalidade comunicativa desloca o bem comum da área substantiva para a procedimentalista, ou seja, o aspecto normativo é aplicado na realização e concretização de um meio comunicativo eficiente. Dessa forma, o bem comum se torna coletivo, visto que a comunicação não se realiza individualmente.

A validade da democracia é inerentemente ao processo de argumentação através do qual um indivíduo reconhece ao outro enquanto igual na utilização da linguagem. Consequentemente, a validade da democracia está ligada ao ato argumentativo do qual participam pelo menos dois indivíduos, um ato eminentemente coletivo (Avritzer: 1996, p.123).

Porém, a operacionalização da democracia deliberativa oferece sérios desafios. como a dispersão da esfera pública, ou seja, posição periférica da influência dos setores sociais participantes como receptores das inquietações populares, pois essa posição não-institucional acaba por conformar, segundo o autor, esses movimentos em influências esparsas e não sistemáticas. Tais movimentos, se assim analisados, assumem tão-somente uma posição defensiva frente aos subsistemas com os quais eles interagem e, por isso, se mostram incapazes de redefini-los (Faria: 2000, p.54).

Esse é um dos principais desafios da teoria da democracia deliberativa, pensar a efetividade das arenas institucionais nas quais a sociedade civil participa.

## CONCLUSÃO

As teorias da democracia de Kelsen e Habermas trazem, apesar dos diferentes contextos históricos, importantes contribuições para a reflexão da consolidação e manutenção do regime democrático, inclusive em momentos de crises institucionais. No caso de Hans Kelsen, de forma mais aguda, pois tratava-se da crise da República de Weimar e a possibilidade de uma saída autoritária, como de fato aconteceu com a tomada de poder pelo nacional socialismo. Já no que diz respeito a Jürgen Habermas, este busca respostas para duas das patologias das democracias contemporâneas, quais sejam: a) a incapacidade de formas de participação inclusivas das massas e b) falta de representatividade demonstrada pelos Parlamentos atuais. A questão de Habermas está ligada fundamentalmente a qualidade da democracia.

Uma das variáveis mais importantes para os dois autores é o argumento de que o ordenamento jurídico para além de seu papel de regulador do regime democrático, tanto no controle de entes estatais e sua burocracia, ou seja, da ideia formal das regras democrática, mas também em relação a importância dos direitos liberais individuais para Kelsen, ou os direitos humanos para Habermas, como capazes de atuar na ordem social.

Esses direitos disponibilizados para a população, podem ser considerados o que hoje conhecemos como cidadania moderna, tão bem exposta por Marshall (1967), que apesar da crítica imputada à linearidade do seu pensamento<sup>6</sup>, teve a grande façanha de associar a ideia de cidadania à de direitos legais. O que de certa forma também foi utilizado tanto por Kelsen, como necessidade e instrumento de controle em relação ao conteúdo das Constituições, como em Habermas, através da ideia de que os direitos humanos universais institucionalizados figuram como a forma de secularização cultural não instrumental, da ética das religiões em relação à caridade e o amor ao próximo.

---

<sup>6</sup> Para Marshall, a ocorrência dos direitos de cidadania se dava de forma linear, evolutiva no sentido individual, político e social. Para mostrar que a linearidade não é uma regra, José Murilo de Carvalho (2001) aponta que, durante o regime de 1930 no Brasil, foram os direitos sociais, principalmente os ligados aos direitos trabalhistas, que primeiro foram instituídos, sendo que os direitos individuais e políticos eram suprimidos.

Em relação aos controles institucionais Kelsen como um liberal, estudioso do Direito, acreditava que um ordenamento jurídico lógico, juntamente com um regime democrático fosse capaz de defender os ideais democráticos liberais, ou seja, o liberalismo possuía a função de:

defender os valores de liberdade de escolha, razão e tolerância diante da tirania e do sistema absolutista. (...) Desafiando os poderes das 'monarquias despóticas' e sua afirmativa de ter 'suporte divino', o liberalismo buscou restringir os poderes do Estado e definir uma esfera unicamente privada, independente da ação do Estado. No centro desse projeto estava libertar a sociedade civil (a vida pessoal, familiar e dos negócios) da interferência políticas e simultaneamente, da delimitação da autoridade do Estado (Held: 1987, p.39).

Habermas, por sua vez, foca a sua preocupação em contribuir com o aumento da qualidade da democracia, no qual a ordem social necessita de um espaço (esfera pública) na qual os cidadãos, através de ações sociais intersubjetivas, consigam criar vínculos de solidariedade, que afastem o destino trágico da jaula de ferro no sentido weberiano.

Para tanto, Habermas (1980) utiliza as concepções de violência e de política de Hannah Arendt para demonstrar que as lutas de interesses não são tidas como lutas políticas, mas como formas de violência, sendo da esfera da argumentação a atuação política propriamente dita, o que levaria a uma maximização da *ágora* ateniense. A análise do alargamento de uma esfera pública no mundo contemporâneo possibilitou uma visão política do cotidiano e não somente das grandes decisões, tendo como resultado a necessidade da incorporação de novos valores ideológicos que antes eram restritos à vida privada.

Para Kelsen, embora não enxergasse uma esfera pública no sentido de Habermas, a pluralidade, principalmente colocada, na sua esfera política apropriada, um Parlamento que propicie um consenso, seria a melhor saída para os impasses sociais.

Tanto Kelsen como Habermas tinham a noção que nas sociedades complexas, torna-se cada vez mais difícil o cidadão se sentir representado pela classe política, pois o número de interesses ligados aos agentes políticos é tão vasto que a mera atuação parlamentar ou executiva muitas vezes não corresponde satisfatoriamente às demandas dos eleitores, e estes, por sua vez, não se sentem parte integrante da construção política e legal da atuação parlamentar. Ademais a participação política do cidadão mais evidente, o voto, não pode ser concebida, por si só, como uma forma de controle público eficaz, são necessários outros mecanismos de *accountability* que funcionem durante os intervalos eleitorais.

Segue assim que o procedimentalismo legal, desde que logre a incorporação de novos valores, ou dos múltiplos valores sociais, de forma que gere ordem, paz, que no íntimo é o seu conteúdo, será capaz de gerar legitimidade.

Kelsen postula que a legitimidade no Estado Moderno se funda na execução do poder segundo as regras e competências estabelecidas, dentro de determinados conteúdos e parâmetros constitucionais, pois apenas dessa forma é possível se pensar em uma ordem social com previsibilidade sobre a discricionariedade tantos dos atos

políticos, como administrativos, econômicos e sociais. Habermas postula dos mesmos princípios, acrescentando, porém, uma defesa de maior autonomia da esfera pública em relação ao mundo sistêmico. Concluindo, para os autores a legitimidade das ações de poder ou ações volitivas da política, do mercado ou individuais não podem se por em efeito sem garantias e controles do próprio jogo pluralista que a sociedade engendra.

A democracia como forma de governo, através de suas instituições, possibilita a justificação e legitimidade do funcionamento da ordem social, pois como foi visto, o procedimentalismo, a deliberação não são apenas formas, mas constituem um conteúdo fundamental, que é a garantia da liberdade, da expressão dos vários valores da sociedade, porém com a necessidade de controles que gerem um consenso através de canais de comunicação entre a sociedade e o Estado.

## BETWEEN POWER AND CONTROL: THE THEORIES OF DEMOCRACY IN HANS KELSEN AND JÜRGEN HABERMAS

### Abstract

This article examines two of the greatest Law's theoreticians, Hans Kelsen and Jürgen Habermas through their collaborations for modern democratic theory. Both authors carried out important contributions on the consolidation and maintenance of democracy. Hans Kelsen, sought in the democratic theory a response to the crisis of the Weimar Republic that would be followed by the seizure of power by national socialism. Jürgen Habermas seeks answers to the ways of mass participation democracies and to the difficulty of representation by the Parliament in these democracies, issues linked to the quality of democracy. The papers of Kelsen and Habermas will be incorporated in the study of the state and the democracy, especially the entitled deliberative democracy, with contributions such as: the federation as a pact of coordination not hierarchical given by the Constitution through power distribution; the legislative limitation, through the instruments of control as the liberal rights that affect the formation content of two rules; a Constitutional Court with a political role; and instruments of direct participation.

**Keywords:** Law Theory; Democracy; Regulation

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luis; COSTA, Valeriano M. F. (1998) **Reforma do Estado e o contexto federativo brasileiro**, Konrad-Adenauer-Stiftung, série Pesquisas, n. 2, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

AVRITZER, Leonardo (1996). **A moralidade da democracia**. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG. 168 p.

BOBBIO, Noberto (2006). **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone. 239 p.

\_\_\_\_\_. (1983). Direito. In: **Dicionário de política**. Brasília: Editora UnB.

\_\_\_\_\_ (1983). Poder. *In: Dicionário de política*. Brasília: Editora UnB.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado.

CARVALHO, José Murilo de (2001). **Cidadania no Brasil: o longo caminho**: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

**Constituição de Weimar** – disponível em < [http://www.zum.de/psm/weimar/weimar\\_vve.php](http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php) > Acesso em 12 jul 2016.

DYZENHAUS, David (1997). Legal Theory in the Collapse or Weimar: Contemporary Lessons?. **American Political Science Review**, March, vol. 91, n. 1. p. 121 - 134

FARIA, Cláudia Feres (2000). Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, n. 50, p. 47-68.

HABERMAS, Jürgen (1980). O conceito de poder de Hannah Arendt. *In: FREITAG, B.; ROUANET, S. P. (org.). Habermas*. São Paulo: Ática. p. 100-118.

\_\_\_\_\_ (1995). Três modelos normativos de democracia. São Paulo. **Lua Nova**, Revista de Cultura e Política, n. 36. p. 269-284.

\_\_\_\_\_ (2003a). **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 352 p.

\_\_\_\_\_ (2003b). **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto à categoria de uma sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 397 p.

HELD, David (1987). **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paideia. 297 p.

KELSEN, Hans (1973). **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 371 p.

\_\_\_\_\_ (2000). **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 392 p.

\_\_\_\_\_ (2007). **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 319 p.

MARSHALL, T. H. (1967). Cidadania e classe social. *In: Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, p. 57-114.

MATTOS, Patrícia Castro (2002). **As visões de Weber e Habermas sobre direito e política**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 143 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1997). **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros. 655 p.

SCHMITT, Carl (1990). **Sobre el parlamentarismo**. Madrid: Tecnos. 102 p.

WEBER, max (1997). A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. *In Weber, (org) Gabriel Cohn*. 6. ed. São Paulo: Ática. P. 79-127.

*Trabalho enviado em 07 de outubro de 2016.*

*Aceito em 07 de março de 2017.*