

Conclusão

Realizado este percurso expositivo, cumpre-nos efetuar uma síntese daquilo que para Hans Kelsen representa os pressupostos da democracia, os traços característicos que a singularizam bem como as principais condições de sua verificação na experiência social contemporânea.

Já nos pontos iniciais deste trabalho, julgamos necessário delinear as circunstâncias filosóficas nas quais estava Kelsen inserido. A importância que elas desempenharam em todo articulado denominado de teoria pura do direito foi não somente por Kelsen reconhecida, mas foi ressaltada também por seus principais e mais autorizados comentadores.

Seu alcance estendeu-se a todas as esferas do pensamento sobre as quais Hans Kelsen pronunciou-se. Com efeito, em todas elas - nomeadamente a filosofia jurídica, a sociologia, a teoria do Estado, as considerações pertinentes ao direito internacional (cuja menção neste trabalho seria despropositada) e as reflexões dirigidas à política - a influência de específica perspectiva filosófica esteve presente. E nosso autor tinha clara consciência deste aspecto.

Referimo-nos ao pensamento crítico de linha kantiana enquanto este manteve-se, segundo Hans Kelsen, nas trincheiras antimetafísicas. Sua admiração pelo filósofo de Königsberg era declarada, e seu propósito também anunciado era o de levar ao pensamento jurídico as conquistas que na filosofia já podiam ser sentidas com o kantismo. Contudo, havia algumas restrições que impediam sua adesão pura e simples a tal linha de pensamento.

Kelsen entendia que se integralmente acolhida, a filosofia de Immanuel Kant reproduziria em ética - moral e direito - os vícios da cultura tradicional contra a qual a teoria pura posicionou-se com veemência no âmbito jurídico e político. Parte do pensamento kantiano estaria comprometida pela inspiração metafísico-teológica que animava a natureza dotando-lhe de poderes normativos. Trata-se da célebre confusão entre *ser* e *dever-ser*, a falácia naturalística que recebeu forte oposição do articulado kelseniano.

A utilização do princípio da imputação em lugar do já conhecido princípio da causalidade forjava uma natureza que continha normas imanentes.

Uma natureza normativa axiologicamente comprometida com um padrão específico de valor.

Esta natureza fantasiada pelo misticismo metafísico era desempenhada na teoria kantiana pela noção de *razão prática*. Era a natureza humana racional que, se consultada devidamente, poderia fornecer ao investigador as prescrições absolutamente corretas, justas, do bem agir.

É certo que Hans Kelsen não desconhecia a razão prática como uma pretensão anterior à participação kantiana. Porém, tinha no filósofo alemão aquele que melhor a contemplou. E sendo assim, limitou sua adesão à razão teórica desenvolvida em Königsberg. Para Kelsen, apenas ela desempenhava verdadeiramente o papel crítico que fazia do passado um contexto obsoleto, permeado por conclusões falhas e destinadas a manter o homem prisioneiro do misticismo que impedia a afirmação de uma ciência jurídica comparável em exatidão e eficiência às ciências naturais.

A razão prática não mobilizou apenas o gênio kantiano em sua defesa, ela atraiu também Hermann Cohen, principal nome da Escola de Marburgo e cujo pensamento contribuiu intensamente para elaboração da teoria pura do direito. Segundo Kelsen, tanto Kant quanto Cohen teriam sucumbido em ética aos apelos religiosos presentes em seus espíritos. Assim, nenhum deles teria sido capaz de livrar a filosofia jurídica do obscurantismo jusnaturalista que a perspectiva de ambos, então, confirmava.

A razão teórica compreende as possibilidades cognitivas do homem como uma expressão essencialmente limitada. As condições formais somente em virtude das quais pode o indivíduo manifestar-se traduzem a noção de que o conhecimento acerca do absoluto é uma pretensão irrealizável. O sujeito apenas conhece seu objeto parcialmente e dentro das medidas permitidas por tais condições formais: as categorias, no vocabulário kantiano.

Com o neokantismo de Marburgo a questão metodológica surge para Kelsen como decisiva. O método passa a desempenhar uma função categorial, é dizer, restritiva das possibilidades de quem o manuseia. Deste modo, dois métodos diferentes são capazes de proporcionar acerca de um mesmo objeto conclusões distintas, relatos descritivos distintos. Cada esfera do saber possui seu método particular como técnica própria de descoberta do mundo que investiga.

O método a ser utilizado pelo cientista do direito, pelo jurista, é o empírico-transcendental, uma vez que ele está comprometido com a descrição do verificado na experiência – a razão não pode pronunciar-se sobre o metafísico – e que o desempenho de sua atividade cognitiva está necessariamente vinculado ao elemento categorial somente com o qual debruça-se sobre seu objeto. Este elemento é a imputação, o *dever-ser* em que consiste, em resumo, a norma fundamental: aquele pressuposto que permite ao investigador descortinar um objeto como expressão normativa.

Temos então o *relativismo epistemológico*. A cada método corresponde um objeto específico. Mesmo que duas perspectivas dirijam-se a um mesmo objeto verificado na experiência, as descrições que cada uma delas fará a seu respeito nos dirá coisas diversas, de modo que em plano gnosiológico - jamais empírico - a intervenção do método é criativa, pois altera decisivamente por meio de sua descrição dominada pelo método o objeto que nos fornece. “Verdades” a respeito de um certo objeto apenas podem ser compartilhadas, destarte, por quem compartilha os mesmos métodos de investigação.

Análoga a esta postura está aquela que admite apenas o *relativismo axiológico*. Consoante a definição que Hans Kelsen dá a esta compreensão, as pautas valorativas que mobilizam eticamente o indivíduo são decorrência de suas inclinações emocionais. O medo, a paixão, o desejo, todas estas características que preenchem afetivamente os sujeitos terminam por conformar-lhe a perspectiva ética. Com isto, seus valores são variáveis em função de sua disposição interna, íntima. É a partir deste motor-afetivo - e não cognitivo – que os valores são estabelecidos.

Neste passo, quando a doutrina do Direito Natural amparada na razão prática supõe encontrar uma natureza humana dotada de modo imanente de certos padrões axiológicos forja uma circunstância em que, em última análise, não é senão resultado das inclinações afetivas de seu enunciador. A enorme variedade de tendências – muitas delas opostas entre si – percebidas como inerentes à natureza do ser humano já demonstra a falha desta análise, por Kelsen em várias oportunidades denunciada.

O jusnaturalismo, com seu caráter eminentemente metafísico, sustenta-se na possibilidade de se conhecer o absoluto ético, e deste modo desconhece que suas conclusões são projeções da subjetividade de quem as profere, segundo

entende o autor da teoria pura. Ao assim apresentar-se, a doutrina do Direito Natural crê ser capaz de universalizar para todos a pauta axiológica que supõe constituir a natureza, tornando-a absoluta. Esta natureza animada por quem a descreve surge como possivelmente presente a todos aqueles que souberem examiná-la com o adequado rigor técnico. Os valores que ela encerra impõem-se aos indivíduos que a analisam, pois independem da participação destes para sua existência.

Dito isto, pode-se afirmar que o relativismo em epistemologia e em ética reclamam para a o alcance de seu objeto a participação do sujeito. Sem a intervenção criativa do método, que estabelece e delinea o objeto da cognição, e sem a participação essencial dos afetos, que emprestam ao objeto o sentido axiológico que nele se percebe, o discurso descritivo não tem elementos para estruturar-se. O relato fornecido pelo relativista acerca de seu objeto depende diretamente de sua participação metodológica e emocional.

Kelsen percebe a proximidade entre estes dois momentos e a característica fundamental que distingue o regime democrático: a participação. Do mesmo modo que nas perspectivas relativistas mencionadas, na democracia as normas jurídicas são estabelecidas – e portanto ganham existência – por meio dos indivíduos. Assim como o sujeito pretende dominar conceitualmente e apreciar eticamente seu objeto para então poder descrevê-lo como um produto desta sua intervenção, em uma democracia os indivíduos participam da elaboração do direito, que passa a vigorar, a ser válido, a existir, somente após o exercício desta criação jurídico-política.

Em Kelsen, a perspectiva relativista pode ser ao mesmo tempo encontrada em epistemologia, em ética e em política. Segundo ela, em todos estes âmbitos a participação do sujeito apresenta-se como imprescindível e o absoluto é recusado como uma fonte de equívoco filosófico e de arbítrio moral e político. Aqui o racionalismo criticista é ouvido, destinando as pretensões metafísicas ao descrédito.

Esta rejeição do absoluto, esta negativa em conceder prestígio à metafísica, a algo que está além de toda experiência e que existe independentemente do indivíduo decorre, segundo Kelsen, da disposição íntima do sujeito, do modo como este reconhece a si mesmo e como enxerga os demais. O relativista compreende-se como um “eu” entre outros tantos, como alguém que

compartilha a experiência com os demais sem apresentar qualquer nota que o privilegie ou o desmereça em princípio. Ao contrário daquele que demonstra inclinação pelo absoluto, reverência à metafísica, e que assim se porta ou como detentor do único e verdadeiro saber epistemológico e ético/político, ou como alguém que o desconhece e que, por isto, deve submeter-se resignadamente a quem o possui.

Como expressão do mesmo racionalismo crítico e do relativismo que compõem os pressupostos da democracia, Kelsen desenvolve sua teoria pura. Uma perspectiva jusfilosófica dedicada fundamentalmente a fazer do conhecimento referido ao direito um conhecimento científico. A postura antimetafísica em que se baseia torna o jurista comprometido com a descrição axiologicamente neutra da realidade empírica, uma realidade sempre variável e que é destituída de valores imanescentes, imodificáveis, absolutos. O jurista positivista que a teoria pura concebe está epistemologicamente impedido de recusar validade – existência – ao direito cujo conteúdo rejeita. Seu critério ético não pode ser imposto ao dos demais, que precisa ser integralmente observado e descrito no exercício de sua atividade.

Enfim, em Kelsen, vimos, os pressupostos que amparam o regime democrático são os mesmo que o conduzem ao desenvolvimento de uma teoria jurídica positivista. Seu positivismo seria, então, e ao contrário do jusnaturalismo racionalista sugerido pela razão prática, perfeitamente compatível com a democracia: ambos resultam do “eu” relativista que atribui às suas possibilidades epistemológicas e éticas insuperáveis limitações, ambos provém, em última análise, do racionalismo crítico que veda ao absoluto participação na ciência e na política e assim conforma o ego tolerante.

Ultrapassada esta parte do trabalho, tivemos a oportunidade de cuidar da definição kelseniana acerca da democracia em sua formulação ideal: *demokratein*, governo do povo.

É a democracia um regime que significa participação direta dos governados na instituição das normas jurídicas sob autoridade das quais deverão atuar. É uma forma, um método de governo. A rigor, a autoridade aqui é do próprio governado, pois a essência democrática repousa na noção de liberdade política, na idéia de autodeterminação dos indivíduos.

Aqui, governantes e governados se confundem em uma figura singular. Desde que se trata da criação de preceitos normativos dirigidos a condutas específicas, podemos afirmar que na democracia inexistem diferenças entre eles, que são, a um só tempo, criadores-destinatários do direito em vigor.

Contudo, a crescente complexidade das sociedades contemporâneas tornou a intervenção direta dos governados um evento de difícil realização. De tal dificuldade surge o conceito de *representação*, pelo qual os governados escolhem em eleições periódicas indivíduos que, reunidos em uma assembléia de eleitos, deliberam e votam – criam – as normas jurídicas que devem vigor.

O Estado, este composto normativo centralizado em que órgãos são encarregados da criação e da aplicação do ordenamento jurídico, apresenta então o parlamento como instituição decisória fundamental. A competência para inovar juridicamente deixa de estar em mãos dos governados e passa a ser exercida por sujeitos que - ficcionalmente - agem em seu nome.

A ausência da participação direta dos indivíduos é um golpe decisivo na noção ideal de democracia, entende Kelsen. O instituto da representação a degrada e desvirtua em favor de uma instância em que poucos decidem. Ainda que eleitos, a vontade destes não corresponde à expressão da vontade daqueles que os elegeram. E a ficção da representação diminui a democracia contemporânea pela timidez da participação política direta dos governados.

O movimento político liberal fez da representação e do parlamento seus institutos suporte, e com eles pretendeu manter viva a democracia. Em sua tentativa, excluiu certas matérias do alcance decisório dos parlamentares, o que em princípio é ofensivo à noção democrática de que o conteúdo do direito em vigor é exatamente aquilo sobre o que devem decidir os governados; nesta altura seus representantes.

Nada obstante, o liberalismo político procurou garantir com tal exclusão que as circunstâncias necessárias ao funcionamento de uma democracia representativa fossem mantidas. É dizer, ele impediu que normas jurídicas fossem positivadas com conteúdos que atingissem direitos que Hans Kelsen entende como necessários ao funcionamento do modelo democrático.

Assim, a liberdade de reunião, de confissão religiosa, a livre manifestação do pensamento e a liberdade de imprensa, por exemplo, deixaram de ser objeto de deliberação, restando como matéria irrenunciável.

Kelsen compreende que, sempre que consegue restringir suas exclusões a estes aspectos procedimentais – o que implica rejeitar as propostas que nomes do liberalismo econômico como Hayek sugerem -, o liberalismo político, em princípio oposto à democracia em sua fórmula ideal, termina por apresentar-se como plenamente compatível com a democracia representativa, a democracia realizável. E o parlamento, sua instituição maior, passa a figurar como principal instância deste regime: a proteção do parlamento passa a significar a proteção da democracia.

Neste passo, há que ser realizada uma investida voltada a recuperar o prestígio do modelo parlamentarista, o que, entende Kelsen, implica adotar algumas medidas, entre as quais estão as que devolvem aos governados competência para decidir diretamente sobre algumas matérias e outras que os permite controlar com mais proximidade e eficiência a conduta dos eleitos no desempenho de sua atividade parlamentar.

A organização do parlamento em uma só câmara merece destaque, pois uma segunda casa de deliberações – como o Senado – tende a ser instituída para manter ativa uma força política conservadora. Sendo o unicameralismo inconveniente por qualquer motivo técnico, deve-se privilegiar a primeira delas em confronto com a segunda – o Senado ou equivalente.

A publicidade é outro ponto importantíssimo. O parlamento, desde que instituído para funcionar em lugar dos governados na criação de normas jurídicas, necessita contar com a supervisão destes. Uma supervisão tão próxima quanto possível e que somente pode se dar uma vez firmados parâmetros que garantam a publicidade da atuação de seus membros. Membros que, cientes de que têm seus atos acompanhados pelo olhar dos governados, tendem a proceder em consonância com as expectativas que estes alimentaram ao elegê-los, o que os aproxima consideravelmente.

A imunidade parlamentar deve ser abolida. Os representantes dos governados não podem refugiar-se em um instituto que originariamente servia para proteger o parlamento das investidas do monarca. Em uma democracia contemporânea, onde quem governa é principalmente a casa parlamentar, a vigência da imunidade apresenta-se a Kelsen como um obsoleto mecanismo a atrair a antipatia popular, depreciando o prestígio da democracia representativa.

Kelsen agrega ainda a necessidade da participação dos governados no processo legislativo ser estendida o máximo possível. O estímulo à iniciativa popular para a apresentação de projetos e a consulta sob a forma de referendo são expressamente citados como exemplo de medidas que atenuariam a distância entre os destinatários das normas e a instituição das mesmas, tornando a democracia mais vigorosa e algo mais próxima do seu modelo ideal.

Na perspectiva do autor da teoria pura do direito, portanto, o Estado democrático contemporâneo depende do êxito que o liberalismo político conseguir obter no funcionamento de sua instituição maior, o parlamento.

Tal compatibilidade com os postulados democráticos Kelsen recusa, por outro lado, à corrente socialista desenvolvida pelo marxismo-leninismo. Sublinhando que sua perspectiva de modo algum nega que seja perfeitamente possível a existência de uma economia planificada desenvolvida segundo o processo dinâmico que caracteriza a democracia, ele rejeita, contudo, que tal compatibilidade se dê em atenção à versão socialista criada pelo filósofo alemão e continuada em suas linhas gerais pelo líder russo.

O chamado “socialismo científico” se lhe apresenta como uma retórica tão comprometida ideologicamente quanto as formulações burguesas que ele pretende combater. E, ao servir-se da autoridade da ciência para recolher adesões a um projeto eminentemente político, surge como uma falácia jusnaturalista que deposita na natureza da “realidade verdadeira” as disposições que os oprimidos seriam capazes de enxergar uma vez libertos pelos líderes comunistas; líderes que por meio de um conhecimento superior da circunstância econômico-social exibiriam as injustiças imanentes à falsa “realidade burguesa”.

Kelsen entende que as deturpações que tal proposta realiza do conceito de democracia vai ao extremo de sugerir como democracia real uma ditadura dirigida não somente à burguesia, mas também aos “oportunistas do movimento operário”. A exclusão de parte significativa dos governados da instituição das normas jurídicas sob as quais eles devem comportar-se é suficiente para afastar do projeto em tela qualquer pretensão de corresponder ao postulado maior do regime democrático: a participação pautada na liberdade política e na igualdade formal.

Nesta circunstância, a tolerância entre posturas opostas simplesmente não existe. Este valor que Hans Kelsen entende ser tão essencial à democracia está ausente onde aos insurgentes são negados aqueles direitos imprescindíveis ao

processo democrático: liberdade de reunião, de pensamento, de imprensa, de confissão religiosa e, Kelsen acrescenta com ênfase, organização partidária.

A democracia contemporânea não pode renunciar ao pluripartidarismo, uma vez que é no seio dos partidos políticos que são selecionados aqueles que irão figurar como representantes dos governados na assembléia parlamentar. E na falta de pluralidade, inexistente o debate público que marca a dinâmica democrática, sempre voltada ao estabelecimento de um compromisso entre a maioria e a minoria.

Entende Kelsen que no modelo marxista-leninista, como em geral nas autocracias de que também são exemplos o fascismo e o nazismo, não há falar em direitos políticos da minoria, e assim tampouco pode-se supor a existência de debates públicos e compromissos entre pretensões políticas divergentes. Apenas parcela da população - que em realidade é o único segmento que pode pronunciar-se, e que a rigor corresponde ao projeto político do partido único - estabelece por meio de seus representantes as normas jurídicas em nome da “verdade” e para o bem dos governados.

Em um contexto inspirado no absolutismo político deste tipo, como sugerir publicidade para os atos de quem em nome do Estado atua? Como falar em controle? Como pretender instaurar mecanismos de supervisão? Controlar e supervisionar aqueles que detêm por algum meio o segredo da justiça absoluta que se esforçam para estabelecer em favor da grande massa da população? Cerceá-los? Não. Kelsen percebe que neste ambiente não há sentido e nem espaço para instituições como uma jurisdição administrativa e um tribunal constitucional independentes. Tentar submeter os autocratas às disposições normativas que eles próprios positivaram e que podem alterar, em última análise, quando julgarem conveniente?

Bem, feitas estas considerações, podemos então afirmar em linhas conclusivas que para Hans Kelsen:

1. democracia pode ser definida como o procedimento pelo qual participam diretamente da instituição das normas jurídicas aqueles que a elas estarão submetidos, representando a síntese das idéias de liberdade política e igualdade formal;
2. seu pressuposto é o racionalismo crítico que em epistemologia e em ética projeta-se como uma perspectiva relativista antimetafísica inteiramente

compatível com o positivismo no âmbito científico, do qual é expressão a teoria pura do direito; e

3. diante das dificuldades insuperáveis das complexas sociedades contemporâneas, sua realização passa a depender:

a. do modelo representativo, a democracia direta dá lugar à democracia representativa;

b. do liberalismo político e de sua proteção ao procedimento legislativo por meio das garantias destinadas às liberdades de manifestação política (liberdade de reunião, de expressão do pensamento, de imprensa, de confissão religiosa e de organização partidária);

c. do parlamento preferentemente unicameral como espaço onde se verifica o debate público - com participação garantida, e protegida, das minorias - e onde se alcança o compromisso entre perspectivas divergentes, sempre com a nota distintiva da tolerância e da publicidade dos atos ali verificados, sem esquecer do estímulo constante à participação popular direta;

d. da instituição e funcionamento de mecanismos de supervisão mediante os quais os governados possam controlar com eficácia os órgãos encarregados de criar e aplicar normas jurídicas, de que são exemplos destacados a jurisdição administrativa e a jurisdição constitucional.