

A PARTIR DE KELSEN

Luis Alberto Warat

Tradução de Gisele Cittadino

1. Kelsen é um nome da história, que homenageamos no centenário de seu nascimento, neste li Encontro Nacional de Filosofia do Direito.

Fazer esta homenagem, na verdade, é propor um reencontro com uma certa produção teórica, com uma vida profundamente comprometida com o saber. Este reencontro nostálgico torna-se, por vezes, crítico: pretende captar as funções políticas e ideológicas de uma memória institucionalmente conservada. A homenagem converte-se no lugar da enunciação crítica do devir institucional de um saber. É o nosso caso.

Os saberes institucionalmente conservados ficam, como na música de Caetano, adaptados, raptados, para produzir palavras de ordem, discursos estereotipados. Em todo pensamento institucionalmente enunciado existe uma certa esterilidade de leituras um grau elevado de mimetismo significativo, determinado principalmente por um pudor academicista, que em nome da objetividade e do rigor, procura exorcizar as zonas de opacidade, internas e externas, que todo discurso necessariamente determina.

Trata-se de um pudor epistêmico, que infantiliza as enunciações acadêmicas, mas que também conjugabiliza os receptores, as propostas ideológicas de cultura da cultura jurídica dominante, assegurando a sua reprodução institucional.

(*) Este trabalho foi elaborado pela Assessoria Especial para o Ensino Jurídico da Presidência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para a reunião dos Preseidentes dos Conselhos Seccionais.

A minha homenagem a Kelsen esconde também um atentado às marcas teóricas que a expropriação academicista imprimiu a seu pensamento. Ou seja, pretendo rebelar-me contra a ditadura da certeza, contra as zonas de transparência do discurso Kelseniano, contra as áreas de repetição de seu pensamento. Tentarei, assim, desnaturalizar certas versões consagradas da Teoria Pura do Direito, propondo pistas de mutações e deslocamentos (para poder ler os vazios que este pensamento gerou), e procurando principalmente mostrar as funções políticas e ideológicas deste deserto significativo.

Desta forma, os convido a uma viagem tendenciosa à procura da desnaturalização e do colapso dos textos kelsenianos instituídos, para tentar encontrar-me com uma proposta de transparência das zonas opacas da Teoria Pura do Direito, como condição do devir (institucionalmente não condicionado) de nossa intimidade com o pensamento de Kelsen.

Trata-se, na verdade, de uma homenagem intimista, que cada um deve tentar fazer. A viagem dependerá muito da história que cada um de nós carrega. Neste sentido, minhas colocações encontram-se duplamente condicionadas: em primeiro lugar, por um certo desconhecimento geral do que o auditório sente, pensa e age com relação ao seu cotidiano jurídico; e, em segundo lugar, por toda uma série de omissões e antecipações teóricas que me vejo obrigado a fazer, pela limitação temporal que toda palestra nos apresenta e pelo estágio embrionário de algumas colocações. Estou ciente que o fio condutor desta comunicação está fragmentado. Nosso discurso mostra saltos e dispersões que não foram possíveis solucionar.

Resignando-me à coação do tempo, tentarei aproveitá-lo para tecer uma trama crítica, com a maior consistência possível, e m torno ao devir universitário do pensamento de Kelsen. Reservo, pois, para o debate, que espero suscite esta apresentação, os esclarecimentos necessários.

2. Kelsen, atualmente, deve ser visto como formando parte do senso comum teórico dos juristas, ou, melhor dizendo, como a sua manifestação mais interessante. A Teoria Pura do Direito foi concebida como um sistema conceitual, destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber dogmático do direito, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento. Ou seja, como epistemologia e como dogmática geral.

Neste sentido, a proposta kelseniana apresentou um grau de adaptabilidade tal, que, depois dela, resulta difícil tentar compreender e explicar a lógica da dogmática jurídica à margem de suas referências analíticas. Convém notar, entretanto, que o novo modelo de dogmática jurídica proposto por

Kelsen sofreu um forte processo de recuperação ideológica. Portanto, as problemáticas inseridas na Teoria Pura do Direito foram paulatinamente perdendo toda a sua singularidade argumentativa, através de lentos mecanismos redefinitórios, elaborados por uma extensa cadeia de discursos, onde as principais crenças e estereotipações da dogmática jurídica clássica, continuaram vigentes, porém mascaradas.

Os antigos territórios da dogmática jurídica fora., sem dúvida, invadidos gradativamente pelas, categorias kelsenianas. Na verdade, foram os próprios juristas dogmáticos que toleraram e introduziram fragmentariamente as construções da Teoria Pura do Direito na dogmática jurídica. No entanto, tal inserção foi realizada de forma tópica, com o objetivo de amarrar uma estrutura argumentativa que corria o risco de perder a sua eficácia.

Quando falo das conexões da dogmática jurídica com a teoria kelseniana, não quero perder de vista o fato de que a relação entre ambas não ficará suficientemente esclarecida se não entendermos o lugar ocupado atualmente por uma teoria geral de direito, de corte formalista, na produção do saber jurídico e na conservação das funções deste conhecimento na sociedade. Assim, posso afirmar que por intermédio da teoria kelseniana, descobre-se as implicações sociais das chamadas concepções juristicistas sobre, o direito, o Estado e a sociedade. Ou seja, uma forma de saber que termina por reforçar arcaicos mecanismos da cultura jurídica, que a reduzem a formulações padronizadas, cuja necessidade pretende-se justificar em nome da ciência, mas que não passam de um conjunto de crenças transformado em uma força idealista por onde foge a história.

A interrogação central sugerida pela análise crítica do papel da Teoria Pura do Direito na produção da cultura juristicista encontra-se vinculada à elucidação da relação entre a lei (forma jurídica) e o saber jurídico.

Inicialmente, gostaria de demonstrar que, ao contrário do afirmado na Teoria Pura do Direito, as doutrinas jurídicas, ao nos apresentarem uma concepção universalista das categorias e normas jurídicas, como atributo de uma sociedade abstrata, estão fornecendo algumas das condições de intermediação simbólica necessárias à constituição dos efeitos materiais da lei na sociedade. É, fundamentalmente, através do saber jurídico, que se constituem as significações não manifestas dos textos legais, as cadeias conotativas que determinam os efeitos de axiomatização e formalização geralmente atribuídos à lei.

Uma análise política do conhecimento jurídico mostraria como os pontos de vista imanentes e formais, que comandam a produção da cultura juridi-

cista, não expressam insuficiências metodológicas, mas sim funções sociais específicas, contribuindo ao estabelecimento do marco de coerção e controle racional necessário para que a “forma direito” se revista no encobrimento das relações sociais. Eis uma parte do poder das significações jurídicas.

3. Desta forma, parece irrecusável, contra Kelsen, o estabelecimento de uma “política da análise”. Não se trataria mais de reduzir a problemática da ciência jurídica a um devir axiomático, visto como a única garantia para exprimir, sem distorções, o objeto jurídico. Um objeto que, por outro lado, é visto fora do objeto social.

Poder-se-ia, então, presumir que, para tentar rever as ligações políticas e ideológicas das enunciações juridicistas, necessita-se também quebrar as relações produzidas entre a unidade ideal das representações jurídicas internalizadas e as formas dominantes de produção e expressão dos discursos das ciências sociais. Trata-se de um sistema padronizado de regras metodológicas, que Kelsen e nós acatamos como indubitável.

De fato, as representações normalizadoras do direito tornam-se mais eficientes quando apoiam-se nas regras instituídas para a semiologização científica (transformações discursivas) das relações sociais. É exatamente neste ponto que Kelsen torna-se importante. A meu juízo, as enunciações jurídicas normalizadoras satisfazem sua condição de estereotipação significativa quando padronizam a multiplicidade . heterogeneidade de seus argumentos justificadores e evocações significativas, mediante a aplicação de um critério de egocentrismo textual. Através deste critério, os juristas semiotizam a ilusão de suas enunciações e articulam-se em discursos auto-suficientes, fechados em s, mesmos. O critério de egocentrismo textual encontra-se nebulosamente presente no pensamento dogmático tradicional do direito. Em termos semiológicos, poder-se-ia dizer que se trata de uma convenção implícita para a utilização dos signos jurídicos. Kelsen, por sua ,z, apelando à norma fundamental gnoseológica e ao princípio da pureza metódica, não faz outra coisa que tornar esta fo,na de significação explícita e sistemática.

A reformulação kelseniana do princípio do egocentrismo textual acarreta, entretanto, toda uma série de conseqüências complementares para o processo de normalização das representações jurídicas, uma vez que consegue colocar plenamente na marginalidade teórica todas as dimensões políticas do direito. Neste ponto, é importante verificar que o alto grau de vagueza que toda convenção implícita acarreta, permite reintroduzir clandestinamente, acima das intenções excludentes da política, relações de força que tornam o discurso imediatamente político. Kelsen trabalha ais puradamente esta

questão, tornando altamente complexa a tentativa de desvenda, as condições políticas do próprio princípio da purificação.

A análise sobre os feitos políticos das semiotizações jurídicas só poderia progredir, de fato, com a condição de renunciar a uma longa tradição metodológica, baseada na idéia de que não podemos propor um saber satisfatoriamente objetivo sem banir de suas enunciações toda e qualquer posição de dominação. De certo modo, estou considerando uma proposta de leitura diferente, que poderia ser enquadrada como um fragmento de um saber crítico sobre o direito.

Os partidários da produção de um saber crítico sobre o direito pretendem, a partir de uma constituição correlata do saber e das condições de dominação, demonstrar as implicações, as linhas de fuga políticas e ideológicas da rede de significações jurídicas sobre as relações sociais, assim como da lei que as organiza, encarna e reproduz. De fato, existe, por trás dos efeitos de dominação, um elemento semiológico articulador, referente a um conjunto mais ou menos integrado de enunciações, que, respeitando as normas metodológicas consagradas pela tradição cartesiana positivista, reconduz e reforça as conseqüências sociais da dominação e transforma os indivíduos, fazendo-os objetos do saber e do poder.

É precisamente a Partir de uma clara separação entre a lei jurídica (considerada como uma técnica encarregada de cumprir as funções de organização moral da coerção) e o saber sobre a mesma, que se constituem os fluxos semiológicos cristalizadores dos componentes discursivos da dominação. O aperfeiçoamento progressivo deste fluxo semiológico constitui os princípios do normativismo jurídico. Pode-se, assim, assinalar que do entrelaçamento da solidariedade semiológica forjada entre os princípios do normativismo jurídico (geralmente veiculizados pelos diferentes viés da dogmática jurídica) e os sintagmas da lei, surgem as cadeias de significações, que sustentam as funções da lei na sociedade.

Enfim, insisto na idéia de que não podemos negligenciar o saber jurídico como campo paradigmático privilegiado das evocações significativas, as quais, cristalizadas na lei, permitem que esta contribua à proliferação e uitipliação do poder do Estado, no conjunto do espaço social contemporâneo.

Desta forma, deve-se fazer um esforço para compreender que a existência, na atualidade, de gigantescos complexos produtivos determinam que os homens não se comuniquem diretamente entre si. Eles participam de uma estrutura social, que coloca em conjunção cadeias semióticas e fluxos materiais

e sociais. Esta solidariedade semiológica produtiva aperfeiçoa e microssocializa os sistemas repressivos, tornando-as imperceptíveis.

Verificamos, assim, como a microssocialização da repressão, em sua tendência à “molecularização dos indivíduos”, força uma análise altamente complexa das mediações significativas. Por esta razão, as condições de estereotipação significativa, surgidas pela decisão entre a lei e o saber jurídico, não esgotam os determinantes das enunciações jurídicas normalizadoras.

Se não levarmos em conta a complexidade das formas de semiologização dos sistemas repressivos, regressaremos de uma forma mais ofuscada na própria dinâmica analítica das concepções juridicistas. Ainda não tenho condições de avaliar plenamente a importância desta colocação. Trata-se de um aspecto que estou começando a trabalhar, para esboçar um conjunto teórico provisório, onde encontra-se em questão uma caracterização um pouco mais precisa do funcionamento do senso comum teórico dos juristas e do princípio da heteronímia significativa (Comunicação apresentada no I Encontro Nacional de Filosofia do Direito). De fato, a idéia envolve, por outro lado, uma tentativa de desterritorialização do campo problemático da semiologia jurídica, demasiado presa a uma denúncia, autônoma das condições alienantes dos discursos.

A análise semiológica tradicional, elaborada sobre os diversos discursos jurídicos, explícita certos mecanismos de mistificação, mas não teorizam todos os efeitos repressivos das significações (o controle sgnico dos desejos, a molecularização das técnicas de controle). Existe, assim, toda uma micropolítica da repressão, que também está em jogo nas sucessivas fragmentações semiológicas, que a sobrecodificam. Deste ponto de vista, as estratégias semiológicas, como diz Felix Guattari, desterritorializam as relações humanas (produtivas e desejanter), abrindo grandes possibilidades a uma ampla escalada de microfacismo. Ou seja, as estratégias semiológicas molecularizam a repressão, internalizando nos indivíduos, via discurso, um controle de seus desejos e paixões, através de representações estereotipadas do sexo, do dever, da honestidade, da morte, da participação pública e, ainda, das próprias funções sociais do castigo e da repressão.

Verificamos, desta forma, como as significações, em nossa sociedade, vinculam-se muito mais aos processos materiais da vida social que a uma história das idéias. Esta situação relativizou bastante o valor dos processos de desmistificação, as leituras críticas estritamente discursivas, tal como se pretendeu fazer até agora em relação aos discursos jurídicos. Estamos diante da necessidade de construir uma leitura crítica sobre o direito, a partir de mode-

los teóricos abertos, ainda que sob o risco de uma certa perda de nossa especificidade reflexiva.

Por outro lado, pode-se, ainda, afirmar que a análise precedente relativiza o papel da lei na sociedade. Ela constitui-se em uma fatia, que, apesar de considerável, não é excludente das estratégias moleculares da repressão. Deve-se notar, na mesma linha de raciocínio, que existe uma certa reversibilidade ou incidência dos mecanismos (significativos repressivos) molecularizados sobre a lei, que marcam fortemente e especificam as suas singularidades repressivas.

4. Vamos, neste momento, admitir que as contemporâneas leituras críticas sobre o direito tentaram enfatizar o seu caráter político, assim como as dimensões jurídicas da política. Tentaram verificar como, por intermédio do direito, realiza-se o programa político ideológico do Estado. As propostas pretenderam criar um espaço discursivo, que superasse as duplas alienações dos juristas e dos cientistas políticos (positivistas), que reciprocamente negam-se a discutir: uns, os aspectos políticos do direito e os outros, os aspectos jurídicos da política. Este espaço discursivo estaria inscrito no marco de uma teoria crítica da sociedade.

De certa forma, posso afirmar que a partir da proposta de uma nova emergência epistemológica para a produção do saber jurídico, as leituras críticas sobre o direito encaminham as discussões e pesquisas jurídicas a uma nova articulação semiológica operativa entre o que, grosseiramente, podemos chamar “técnica jurídica” e prática política.

Tal operação articuladora encontra-se estreitamente ligada aos ativos processos coletivos de socialização. Assim, parece-me oportuno indicar que uma discussão prioritária a ser levantada por este tipo de leitura vincula-se à oposição das questões “democracia” X “facismo molecular”. Desta forma, os juristas devem procurar reconhecer as estratégias teóricas e práticas capazes de intervir ativamente para a formação do que poderíamos chamar uma “democracia do desejo”. A questão não é fácil. A idéia exposta passa por um processo de dessagralização da teoria, vista sempre como um discurso de ordem em relação aos desejos dos indivíduos. E, tal discurso de ordem sempre foi metafísico. É exatamente frente a esta função metafísica da teoria, que devem levantar-se as leituras críticas, não como uma outra enunciação metafísica, mas como uma denúncia sobre a forma pela qual a metafísica da razão se mostra um conhecimento que opera miticamente como uma forma moral da razão.

5. Retomando o nosso homenageado, ninguém duvida que Kelsen investiu contra a metafísica, mas a sua luta foi parcial. Combateu o jusnaturalismo em nome da objetividade. Poder-se-ia, assim, dizer que Kelsen rebelou-se contra os efeitos da metafísica sobre a ciência, mas não sobre os indivíduos. Não se interessou por discutir o jusnaturalismo como um sistema de regulação dos desejos. Nesta perspectiva, ele seria provavelmente levado a concordar que toda sociedade nos apresenta um sistema metafísico como uma forma de deixar as significações fora dos sujeitos. Não se trata, então, da supressão teórica da metafísica, desprezando a discussão de suas funções sociais. De fato, é mais interessante observar o tipo de metafísica que cada sociedade comporta. A fórmula jusnaturalista, provavelmente, resultará inadequada para a sustentação plena dos atuais efeitos repressivos da lei. Em última análise, as propostas purificadoras do normativismo aparecem como estratégia metafísica mais adequada, pelo menos para reprimir atualmente os próprios juristas.

Finalmente, escamoteando algumas colocações trabalhadas nos textos de Kelsen, como o caráter ideológico da neutralidade ideológica, pretendo fazer alguns comentários, aproveitando os argumentos expostos, sobre o tratamento imprimido na Teoria Pura do Direito à problemática da repressão.

Kelsen tematizou as questões vinculadas à repressão, mediante o conceito de sanção. Esta, por sua vez, é um ato coativo socialmente organizado e monopolizado pelo Estado. Assim, a sanção é uma operação do poder do Estado, prevalentemente realizada através da técnica do castigo.

É interessante verificar que, para Kelsen, as formas metafísicas do castigo aparecem socialmente manifestas quando a ordem social tem ainda um caráter essencialmente religioso. Nos povos primitivos, a observância das práticas emergentes dos tabus sociais encontram-se principalmente determinadas por fórmulas metafísicas do castigo. E, curiosamente, insinuam na teoria geral do direito e do Estado que, no mundo contemporâneo, os indivíduos não se encontram limitados na satisfação de seus desejos, fato pelo qual o apelo a uma ordem transcendente não faz outra coisa que reproduzir a técnica do castigo das sociedades empíricas.

Deste modo, parece claro que na Teoria Pura torna-se irrelevante a discussão sobre as formas em que contemporaneamente se manifesta a metafísica do castigo.

No contexto da teoria kelseniana, o conceito de sanção tem somente um valor epistemológico: serve de critério de demarcação entre as normas jurídicas e os outros sistemas normativos, e também como categoria fundante

para a constituição de seu sistema nomoestático de conceitos jurídicos básicos.

O conjunto de bens que figuram no conseqüente da norma (que podem ser privados coercitivamente pelos órgãos do Estado), servem para Kelsen como indicadores designativos do conceito de sanção por ele estipulado. Sua definição é genérica, valendo tanto para as sanções civis, como para as penais.

Esta dimensão epistêmica do conceito de sanção, somada a idéia da expropriação produtiva como sua nota definitiva, serve, de certa maneira, como uma justificação política do castigo. O que não afasta kelsen do tratamento jurídico tradicional. Possivelmente, ele realiza tão-somente uma sobre codificação ideológica do enfoque tradicional. A abordagem kelseniana continua sendo finalista, com ecos de uma tentativa de justificação moral. Existem, no tratamento kelseniano da sanção, grandes silêncios e sugestivas evocações ideológicas, como, por exemplo, a não discussão de como a sanção desenvolve o processo social de acumulação do poder do Estado, e, ao mesmo tempo, como o tratamento sistêmico, que se constitui a partir do conceito de sanção, facilita a representação de uma racionalidade tranqüilizadora sobre os efeitos da repressão legal. Qualquer pessoa que leia kelsen não duvida do caráter ético do monopólio estatal da coerção. E, desta forma, não se justifica o exercício sem limites dos atos de administração da coerção?

Creio que o tema exige um exercício reflexivo mais extenso. Permito-me, apenas, acrescentar que: 1º) a definição da sanção, baseada na nota de expropriação produtiva, tem como particularidade forçar ao silêncio a apropriação do sujeito, realizada mediante uma política de repressão, que não está baseada na aplicação do castigo legal, mas num complexo de visões moleculares do mundo; 2º) os mecanismos da sanção deixam marcas normalizadoras nos indivíduos, que são, ao nível da política de coerção, muito mais significativas que a necessidade de punir um ato isolado.

6. Enfim, esta era a homenagem crítica que gostaria de prestar a Kelsen, um autor que continua ideologicamente presente cem anos após o seu nascimento. Curiosamente, permanece vivo por haver conseguido, através de sua proposta purificadora, organizar, de um modo altamente satisfatório, as significações ideológicas da cultura jurídica. Trata-se, portanto, de uma proposta que se não purifica o saber jurídico, o mostra sem pudor nem piedade.